

LA EXPULSION DE EXTRANJEROS: SUS GARANTIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Por JOSE LUIS NIETO PALOMO

Sumario: I. INTRODUCCIÓN: A) Expulsión del extranjero. Concepto. B) Causas que acoge la doctrina.—II. LAS DECLARACIONES INTERNACIONALES Y LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS.—III. DERECHO INTERNO EUROPEO Y LA MEDIDA DE EXPULSIÓN: A) Inglaterra. B) Alemania. C) Francia. D) Portugal. E) Conclusiones.—IV. RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL: A) Su estudio en las diversas Constituciones. B) Tratados ratificados por España. C) La expulsión de extranjeros en nuestro Derecho administrativo: a) Primeras regulaciones. b) Su tratamiento en la Segunda República. c) Situación tras la guerra civil. D) Examen del Decreto de 14 de febrero de 1974: a) La expulsión como sanción. b) Sus causas. c) Competencia orgánica. d) Procedimiento. e) Vías de impugnación. f) Cuestiones no reguladas. g) Ejecución de la expulsión: posible anticonstitucionalidad del artículo 30, apartado 1. E) Tratamiento de la expulsión en situaciones de excepción. F) Perspectivas futuras.

I. INTRODUCCION

La figura jurídica conocida por el nombre de «expulsión de extranjeros» ha tomado hoy día, en España, una relativa importancia por la promulgación de algunas normas, entre ellas el Real Decreto 1874/1978, de 2 de junio, ya derogado, por el que se regulaba la concesión y renovación de permisos de trabajo a extranjeros, en la que se observa la apertura de una vía restrictiva al establecimiento y circulación de súbditos no nacionales en nuestro territorio y, por ende, un acicate para que las autoridades gubernativas la utilicen con cierta habitualidad: la prensa nos da cuenta diariamente de relaciones de extranjeros en los que ha recaído la medida de expulsión del territorio nacional; medida que entiendo debe poseer un carácter de excepción y

debe dictarse de conformidad con un procedimiento que garantice la bondad de la resolución. Por otro lado, la promulgación de nuestra Constitución democrática de 1978 ha abierto un nuevo camino a la situación jurídica de los no nacionales en España, al reconocer el artículo 13, a los extranjeros, el goce o uso de las libertades públicas que garantiza el título primero, y que se denomina: «De los derechos y deberes fundamentales», uno de los cuales es el de libertad de residencia y circulación por el territorio nacional, que aparece regulado en su artículo 19.

A) Expulsión del extranjero. Concepto

Previo a un examen más amplio de la cuestión se hace preciso deslindar un concepto sobre lo que se entiende por expulsión del extranjero. Materia no exenta de interés por la ausencia total de monografías entre los administrativistas españoles, relegando su trato a los textos de estudio y consulta de Derecho internacional privado, y el tratamiento casi marginal que otros profesores han dado a este tema en libros o artículos.

También sobresale la escasa jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el asunto, cuando esto escribo, y habiéndose dictado numerosas resoluciones gubernativas de expulsión contra extranjeros, sin sometimiento a procedimiento alguno, e incluso con carencia de resolución escrita. Todo ello acentúa el atractivo del estudio de la medida, grave, en efecto, de expulsión de extranjeros y sus garantías en nuestro ordenamiento jurídico.

La expulsión de extranjeros puede conceptuarse como una de las quiebras o limitaciones a la libertad de circulación, que aparece recogida en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y que Antonio Carro (1) clasifica dentro del apartado de libertades individuales, pudiendo ser definida como «aquella que consiste en la posibilidad de que cada persona pueda fijar su residencia, moverse y trasladarse libremente en el espacio sin trabas de ningún género.» Dentro de la definición de expulsión de extranjeros puede adoptarse la que

(1) ANTONIO CARRO MARTÍNEZ: *Derecho político*.

ofrece Miaja de la Muela (2): «Intimación hecha por una autoridad administrativa a un extranjero para que abandone el territorio, dentro del plazo perentorio que se le señale, y acompañada o no de su conducción hasta la frontera.» Como otras limitaciones a la libertad de circulación, pueden citarse el extrañamiento, confinamiento y destierro, que aparecen relacionados en el artículo 27 del Código Penal dentro de las penas graves y, por tanto, únicamente pueden ser impuestas por los órganos judiciales, a diferencia de la expulsión, que primordialmente se aplica mediante resolución administrativa. De aquellas tres penas, la más similar a la expulsión es la de extrañamiento, que, según el artículo 86 del Código punitivo, consiste en la expulsión del territorio español por el tiempo de la condena; diferenciándose ambas, además de por el órgano que la impone, porque el extrañamiento es una pena que se asigna contra nacionales, al contrario de la expulsión propiamente dicha, que recae sobre extranjeros.

Cuello Calón (3) la conceptúa como una medida de carácter administrativo, de tipo policiaco, empleada por gran número de países para protegerse contra las actividades criminales o peligrosas de ciertos extranjeros que se hallan dentro de sus fronteras. Además de medida administrativa, en algunos países tiene carácter penal, como son los casos de Suiza, Dinamarca, Checoslovaquia, Argentina, Brasil, Colombia y otros en que viene recogida en sus Códigos penales respectivos. En España tiene el doble concepto de medida administrativa salvaguardadora de los intereses públicos del Estado y de pena, aun cuando no aparezca como tal en el Código Penal. No obstante ello, la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, en su artículo 15, apartado 12, establece como medida de seguridad y rehabilitación social: «La expulsión del territorio nacional cuando se trate de extranjeros. El sujeto a esta medida de seguridad no podrá volver a entrar en España durante el plazo de tres años.» Esta medida únicamente puede ser impuesta por la jurisdicción ordinaria, a través de los Juzgados de Peligrosidad

(2) Adolfo MIAJA DE LA MUELA: *Derecho internacional privado* (Parte especial).

(3) Eugenio CUELLO CALÓN: *Derecho penal*.

y Rehabilitación Social. Cuello Calón (4) clasifica a la expulsión dictada por órganos judiciales dentro de las penas restrictivas de la libertad, y que sólo disminuyen la libertad del penado, no privándole por completo de ella, englobando con aquélla, en el grupo: el extrañamiento, confinamiento, destierro, prohibición de que el reo vuelva al lugar de comisión del delito o en que resida la víctima o su familia, prohibición de visitar establecimientos de bebidas y sumisión a la vigilancia de la autoridad. Así, pues, hay que reconocer que la práctica totalidad de los Estados reconocen, bien en sus normas administrativas o penales, la facultad discrecional que tiene el Estado para expulsar de su ámbito territorial a aquellos súbditos extranjeros que le resultan indeseables o peligrosos, en virtud de una conducta que infringe el derecho interno de aquél, al cual se halla sometido en cuanto traspasa sus fronteras.

B) Causas que acoge la doctrina

Por el contrario es defendible, y así hay que exponerlo, que la medida administrativa de expulsión aplicable a súbditos no nacionales, dada su gravedad, por los daños irreparables que pueden causarse a los sometidos a ella, deben imponerse con unos criterios muy restrictivos y mediante un procedimiento en que resulten garantes los principios de legalidad y defensa. De otro modo, resoluciones de expulsión pueden encubrir y actuaciones políticas de los Gobiernos, como pueden ser casos de petición de extradición a los que no fuera posible acceder por tratarse de delincuentes políticos, o el de los refugiados en los países que no reconozcan la figura del refugiado político, caso de España hasta hace muy escasas fechas, en que se ha regulado provisionalmente la condición de refugiado por Orden del Ministerio del Interior de 16 de mayo de 1979. En tal sentido se votó una resolución de la VII Conferencia para la Universidad del Derecho penal (El Cairo, enero de 1938), que recomendó cierta restricción en el ejercicio del derecho de expulsión, limitándola a causas de cierta gravedad. Recomendación que se ha

(4) Eugenio CUELLO CALÓN: *Obra citada*.

reiterado en Conferencias posteriores, y que puede extenderse a los procedimientos administrativos. Como causas que pueden motivar la adopción de la medida de expulsión, enumera como más corrientes, Miaja de la Muela (5), con gran extensión: condena por delitos comunes, la mendicidad y la vida vagabunda, la conducta inmoral, las enfermedades epidémicas y contagiosas, las actividades anarquistas, la sospecha de espionaje, la intervención en la política interior del Estado, las actividades políticas contra Gobiernos de otros Estados, el antimilitarismo violento, el ultraje a la bandera, los gritos sediciosos y la publicación de noticias falsas o tendenciosas. Dicha enumeración, muy amplia, comprende actuaciones delictivas que deben ser penadas en pie de igualdad con las nacionales, sin que sea necesario someter a sus autores a la medida de expulsión. Este problema no se plantea en España, puesto que la expulsión no está recogida como pena en nuestro Código Penal.

II. LAS DECLARACIONES INTERNACIONALES Y LA EXPULSION DE EXTRANJEROS

Como se ha dejado expuesto con anterioridad, una de las limitaciones al derecho de libre desplazamiento, en su concepción de derecho fundamental de la persona humana, consiste en la posibilidad de que un súbdito no nacional pueda ser compelido, por una autoridad administrativa, a abandonar el territorio nacional en el cual se encuentra residiendo legalmente. Previo al examen de la normativa española es necesario, para obtener una mayor perspectiva de estudio, observar cómo ha sido tratada la medida de expulsión de extranjeros dentro de las normas internacionales, así como en el derecho comparado más significativo.

La Declaración de los Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea Nacional Francesa en 1789, supone el primer paso para establecer universalmente el principio de igualdad, en su calidad de derecho natural e imprescriptible; declaración que tanta in-

(5) Adolfo MIAJA DE LA MUELA: *Obra citada*.

fluencia ha ejercido en nuestra cultura occidental. En dicha Declaración no aparece formulada todavía la libertad de desplazamiento y de residencia; no obstante, puede considerarse implícita en el principio genérico de libertad. Una vez finalizada la Primera Guerra Mundial, se intentó formular una nueva Declaración de Derechos Fundamentales, dentro de la Sociedad de Naciones; idea que no cuajó totalmente por falta de unidad de criterios entre los países miembros.

Tras la Segunda Guerra Mundial renacen en la sociedad universal con nuevos bríos los principios de libertad e igualdad, surgiendo dentro de la Organización de las Naciones Unidas una de las tareas que alcanzaría una gran resonancia entre los pueblos: la elaboración de una Declaración Internacional de los Derechos del Hombre, encargándose al Consejo Económico y Social de la ONU su redacción. Para ello, y como cuestión previa, se estimó muy procedente el consultar a varios filósofos de gran renombre, cuyas respuestas sirvieron para ir apoyando doctrinalmente la construcción de cada una de las libertades. Dentro del cuestionario o memorándum que se hizo circular entre los expertos consultados aparece ya expuesta, como libertad que debía figurar expresada en la Declaración, la de desplazamiento, en el interior y a través de fronteras nacionales, observándose en sus contestaciones distintos conceptos sobre la libertad de desplazamiento.

Así, Quincy Wright (6) estima que la facilidad de movimientos se encuentra immanente inclusive en los individuos desprovistos de toda cultura, equiparándola a ciertos deseos de intensidad variable, como son la vida, la nutrición, el sexo o el dominio. Para Levi Carneiro (7), las libertades de desplazamiento y de residencia se deducen del derecho genérico de libertad y equiparables a los de libertad de conciencia, de pensamiento, de opinión, etc.

Finalmente, el 10 de diciembre de 1948, en el Palais Chaillot, en París, fue aprobada la Declaración de Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

(6) Quincy WRIGHT: *Los derechos del hombre*.

(7) Levi CARNEIRO: *Los derechos del hombre*.

Dentro de aquélla, y en su artículo 13, aparecía formulada la libertad de desplazamiento de la siguiente forma:

- «1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.»

Dada su carencia de coercitividad, lo que fue puesto de manifiesto por E. H. Carr (8), dentro de las características que debía reunir una Declaración de Derechos, cuando indicaba «que cualquier declaración de los derechos y obligaciones del individuo, dentro de la sociedad, debe considerarse, en la etapa presente, como una declaración de intención o como una norma a la que debe aspirarse, más que como un compromiso internacionalmente obligatorio», se vio necesaria la elaboración de unas normas internacionales que desarrollasen la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y vinculasen a los Estados que procedieran a su ratificación en el desarrollo de su derecho interno. Así surgió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, dentro del cual se establece con mayor claridad la libertad de desplazamiento y sin limitación: la expulsión de extranjeros. Tal Pacto ha sido ratificado por España, tardíamente, mediante Instrumento de 13 de abril de 1977.

Su artículo 12 declara:

- «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones, salvo cuando éstas se hallen previstas en la Ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

(8) E. H. CARR: *Los derechos del hombre*.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.»

El tratamiento concreto de la medida de expulsión de extranjeros viene determinado en el artículo 13 del Pacto y se expresa de la siguiente forma:

«El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley; y a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.»

También la Convención de 28 de julio de 1951 y su protocolo de 31 de enero de 1967, por la que se aprueba el Estatuto de Refugiados, al que se adhirió España por instrumento de ratificación el 22 de julio de 1978, tiene regulada la medida de expulsión de extranjeros refugiados en sus artículos 32 y 33.

III. DERECHO INTERNO EUROPEO Y LA MEDIDA DE EXPULSION

Tiene el mayor interés conocer cómo en los diversos sistemas jurídicos nacionales viene garantizada la grave limitación a la libertad de desplazamiento; la expulsión de extranjeros. Por ello, se ha escogido un abanico de ordenamientos jurídicos europeos que pueden considerarse representativos de todas las tendencias existentes en el Derecho administrativo actual y cuyos países tienen como nexo de unión el poseer un sistema democrático y, por tanto, unas Constituciones que recogen los derechos humanos, habiendo todos ellos ratificado la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención que estableció el Estatuto de

Refugiados. Se va a observar la normativa británica, representativa del rule of law; un ordenamiento restrictivo, como es el suizo; el germánico, representado por la ley alemana de 10 de marzo de 1967; los ordenamientos de Francia, Italia y Portugal que, junto con España, son los típicos del sistema administrativo.

A) Inglaterra

Jean Marie Crouzatier, profesor de Ciencias Sociales de Toulouse (9), expone la evolución del sistema jurídico británico en el tema de las garantías dentro del procedimiento de expulsión.

«La práctica seguida testimonia una sensible evolución hasta 1815, la expulsión de extranjeros es una prerrogativa real. A partir de esa fecha, el poder judicial interviene en el proceso de expulsión y hace del aspecto judicial un elemento esencial de aquél. Pero estos últimos años testimonian una regresión muy clara hacia un procedimiento más administrativo, menos judicial: el giro se manifiesta más en los motivos invocados para la expulsión de extranjeros que en las condiciones materiales de ejecución. En materia de expulsión, como en otros dominios de la vida pública, los últimos años dan cuenta de una "revancha del ejecutivo".»

Desarrollando este texto, se puede indicar que la ley de 1905, sobre tratamiento de extranjeros, prevé dos casos que pueden fundamentar la adopción de la medida de expulsión: la recomendación judicial para adoptar tal medida en los supuestos de condena penal y también el ministro del Interior puede resolver en tal sentido si el individuo extranjero se encuentra, durante los doce meses siguientes a su entrada, en la pobreza o sin medios de subsistencia, siempre que un Tribunal haya constatado tales hechos y le haya dirigido al ministro una recomendación en tal sentido. En la ley de 1962 se encuentra también recogida la primera causa antes expuesta, pero aparece otro motivo: la situación irregular de un extranjero. Así, si una persona no británica

(9) Jean Marie CROUZATIER: «L'entrée et l'expulsion des étrangers en Grande Bretagne», en *Revue Droit Administratif*, mayo de 1978.

entra en el Reino Unido de una forma ilegal o fraudulenta, la Administración la expulsa acto seguido a su constatación, y en este caso el ministro del Interior puede actuar sin orden o recomendación judicial. Este caso aparece como una excepción a lo normado en el año 1905: la imposibilidad de que la autoridad administrativa pueda dictar resoluciones sancionadoras de expulsión sin un previo examen de las causas por los órganos judiciales.

La Immigration Act de 1971, que consagra la práctica de la expulsión a consecuencia de una condena penal y por una recomendación de los tribunales, permite también al ministro del Interior expulsar a una persona condenada sin orden judicial, cubriendo tal medida mediante la cláusula de «defensa del bien público». La tercera causa de expulsión que aparece en el texto es la entrada irregular en el territorio nacional, motivo cuya aplicación se deja a la discreción de la Administración. La citada disposición del año 1971 establece unas limitaciones considerables contra las garantías de los extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión. Además de poder basar una resolución en el concepto no determinado de «bien público», no se puede acceder a la vía del recurso cuando la resolución de expulsión ha sido dictada por el órgano administrativo en base a la recomendación de un tribunal judicial. Asimismo, los individuos expulsados por razones de seguridad nacional carecen del derecho a recurrir ante un tribunal, teniendo legitimación únicamente para presentar alegaciones ante un Consejo de tres miembros, que eleva un informe-recomendación al ministro, quien toma la decisión definitiva. Su eficacia, como revisora de un posible fallo no ajustado a Derecho, es muy escasa, dado que su composición la determina el ministro del Interior, órgano autor de la medida de expulsión y, además, sus miembros suelen ser funcionarios del Estado. Por otro lado, en aquellos supuestos en que la orden de expulsión se base en el concepto ambiguo del «bien público», los motivos de aquélla no son comunicados al interesado, por lo que este último debe defenderse contra unas acusaciones que no conoce. La Ley sobre Prevención del Terrorismo de 29 de noviembre de 1974, prorrogada dos veces hasta el año

1977, ha reforzado aún más este dispositivo atentatorio contra las garantías tradicionales de defensa.

Nos encontramos, pues, ante un sistema jurídico que restringe, sin duda, la libertad de circulación por causa del terrorismo irlandés y para detener la inmigración creciente.

B) Alemania

El texto refundido de la Ley de Extranjeros de la República Federal de Alemania de 25 de junio de 1968 establece como causas de expulsión de un extranjero: poner en peligro el orden fundamental de libertad y democracia o la seguridad de la República Federal de Alemania: haber sido condenado por un delito o falta o por una acción que fuese considerada delito o falta en el ámbito de aplicación de esta ley; se ordene contra él una medida de seguridad y corrección que lleve unida la privación de libertad; el internamiento en un centro especial de trabajo o en un sanatorio o clínica, o bien se le someta a educación en un Centro tutelar; infrinja un precepto del Derecho fiscal, incluido el Derecho aduanero y de monopolios o del Derecho de economía exterior, o bien contravenga prohibiciones o limitaciones de importación, exportación, tránsito o depósito; infrinja una disposición sobre el ejercicio de una profesión u oficio o de una actividad lucrativa por cuenta ajena; contravenga una disposición del Derecho de residencia; con ánimo de engaño hiciere declaraciones falsas o rehusare proporcionar datos sobre su persona, salud, familia, nacionalidad, profesión o su situación económica ante un organismo oficial; mendigue, practique la prostitución o el vagabundismo; ponga en peligro la salud o moralidad públicas; no pueda costear o no costee su propio sustento y el de sus familiares con derecho a alimentos, sin recurrir a la Asistencia Social; si por otras razones su presencia menoscaba intereses considerables de la República Federal de Alemania.

A primera luz hay que rechazar totalmente el sentido que da el citado texto legal a las causas de expulsión: en primer lugar, por la amplitud desmedida de sus motivaciones y en se-

gundo por la redacción imprecisa de algunas de aquéllas, en especial la cláusula abierta relacionada en último lugar. Respira el artículo una defensa a ultranza de los súbditos alemanes e incluso una cierta xenofobia. Debe repetirse que la medida de expulsión debe tener un carácter totalmente extraordinario y su adopción debe tener lugar una vez aplicadas otras medidas correctivas. No obstante, su contenido se dulcifica cuando la ley determina que los extranjeros que posean una legitimación de residencia sólo podrán ser expulsados por las dos primeras causas expuestas o, en su caso, que los restantes motivos revistan una especial gravedad.

En caso de que el súbdito extranjero sometido a la medida de expulsión no abandone voluntariamente el país, podrá ser compelido a hacerlo utilizando para ello la vía de apremio. La misma vía podrá ser utilizada en el caso que se precise vigilar su salud por razones de orden o seguridad públicas. La adopción de esta medida debe materializarse por escrito, debiendo fijarse un plazo dentro del cual el extranjero tendrá que abandonar el país. Estas garantías sólo podrán decaer cuando razones especiales lo justifiquen. La medida de expulsión tendrá o no un plazo de duración que podrá bien reducirse o, una vez finalizado, prorrogarse si continúan las causas motivadoras de tal decisión. También, y con carácter excepcional, se podrá autorizar al súbdito extranjero que haya sido expulsado por vía normal o de apremio a entrar por breve tiempo en el territorio nacional si razones apremiantes hicieran necesaria su presencia. En la autorización deberá hacerse constar el itinerario del viaje y el lugar de residencia.

Si la autoridad no puede decidir inmediatamente sobre la expulsión y sin arresto, la expulsión por vía de apremio se hiciera difícil o se pudiera malograr, podrá acudir a la detención del extranjero con la finalidad de preparar su expulsión, medida que no podrá exceder en su duración de seis semanas. Cuando se den razones que impidan la expulsión por vía de apremio podrá ésta ser suspendida temporalmente aplicando la vía de la tolerancia. Esta se revocará cuando desaparezcan las causas que se han opuesto a la expulsión. La residencia tolerada facultará al Ministerio Federal del Interior a domiciliar en un Estado de-

terminado, sea o no el de su residencia habitual, al extranjero sometido a tal medida, previa consulta con el Estado federado. Las resoluciones de expulsión y en las que se acuerdan las medidas de tolerancia precisarán la forma escrita. El texto refundido de 10 de marzo de 1967, que se ha comentado, no concede ningún artículo a los recursos a interponer por los interesados en las medidas de expulsión, órganos competentes y procedimiento a seguir. Puede concluirse que la libertad de desplazamiento en Alemania Federal se encuentra restringida, sobre todo con los extranjeros residentes, dado el carácter exhaustivo de las causas que pueden basar una resolución de expulsión, así como las lagunas existentes en la norma fundamental de extranjería.

En relación con los refugiados extranjeros y aquellos que gozan del derecho de asilo por razón de persecución política, se establece una grave sanción cual es la posibilidad de ser expulsados por razones graves de seguridad u orden público. Estas medidas parecen en extremo rigurosas aun cuando jurídicamente puedan ser justificadas por el contenido de la Convención sobre Refugiados Políticos. Creemos debería tenderse a su desaparición, sustituyéndolas por un confinamiento en un lugar del territorio nacional que no perjudique los intereses nacionales hasta tanto cesen las causas motivantes de la peligrosidad del encausado.

C) Francia

La Ordenanza número 45/2658, de 2 de noviembre de 1945, relativa a la entrada y estancia de los extranjeros en Francia, es la norma principal reguladora de la figura sancionadora de la expulsión de extranjeros dentro del sistema jurídico francés, prototipo del Derecho administrativo. La competencia para adoptar tal medida recae en el ministro del Interior y en los departamentos fronterizos está compartida con el prefecto, que debe dar cuenta inmediata al ministro de su adopción. El procedimiento a seguir se inicia con una propuesta de expulsión dictada por cualquiera de las autoridades citadas anteriormente, que le será notificada al interesado por diligencia del prefecto de su domi-

cilio o residencia habitual y en la que se harán constar sucintamente los motivos de la medida en cuestión. El sujeto deberá comunicar al agente notificador si desea o no ser oído por la Comisión, que, radicada en la Prefectura, se compone por el presidente del Tribunal de Instancia Superior de la capital del Departamento; del jefe del Servicio de Extranjeros de la Prefectura y de un consejero de ésta, o, en su defecto, de un funcionario designado por el ministro del Interior. En caso contrario dispone de un plazo de ocho días, a contar desde la notificación, para avisar al prefecto de su deseo de ser oído por la citada Comisión, teniendo ésta un plazo de dos meses para torgar la audiencia al extranjero y elevar a la autoridad competente su opinión sobre la propuesta de expulsión. Ante dicho órgano colegiado, el encausado puede ser asistido por un letrado y, si lo solicita, puede recibir comunicación del expediente, así como presentar una memoria en su defensa. Las resoluciones de expulsión deberán ser comunicadas por escrito.

En Francia, como en otros sistemas jurídicos, está tipificado como delito al extranjero que impide la ejecución de una orden de expulsión o que retorne al territorio francés sin autorización, imponiéndosele la pena de prisión, con una duración de seis meses a tres años, siendo reexpulsado una vez cumplida aquélla. Dicha pena no se impondrá en aquellos supuestos en que el extranjero pueda demostrar la imposibilidad de abandonar el territorio francés, considerándose tal si hace constar que no puede volver a su país de origen ni a ningún otro. También se establece como medida subsidiaria a la de la expulsión y ante aquellos casos en que el extranjero sometido a tal orden estuviera imposibilitado para abandonar el territorio francés, la de que el ministro del Interior le fije una residencia obligatoria, con imposición de presentarse periódicamente ante los servicios de policía y de la gendarmería. Como medida cautelar, y en casos de urgente necesidad, se puede aplicar, a petición del prefecto, a los extranjeros que sean objeto de una propuesta de expulsión. Si los sometidos a tales medidas no se incorporasen a los lugares determinados de residencia o bien los abandonasen sin orden del ministro del Interior, serán castigados con prisión de tres a seis años.

Los *arrêtes* de expulsión pueden ser recurridos ante la vía contenciosa. «Sin embargo, según Gérard Finkel (10), esta posibilidad es bastante reciente, puesto que el Consejo de Estado consideró siempre a la resolución de expulsión como un «acto de gobierno» o como una medida de policía y de orden público adoptado en el límite de las atribuciones del ministro del Interior y que no podía ser impugnado en la vía contenciosa». Este criterio va desapareciendo paulatinamente desde el año 1964 y sobre todo en los años 1969 y 1970, cuando los jueces contenciosos entran a conocer los recursos presentados por los afectados por medidas de expulsión adoptadas por los sucesos de mayo de 1968. Más recientemente aún, el juez tiende a ampliar el campo de su control en lo que se refiere a investigar si el ministro ha cometido alguna ilegalidad en el procedimiento seguido. Esta acentuación del control del juez choca sin embargo con límites. De una parte, el mismo juez es respetuoso con el poder de que dispone la Administración en la materia. Por otro lado, el ministro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Consejo de Estado, trata de modificar su forma de actuar para preservar la eficacia de la institución. Y, finalmente, las personas sancionadas con medidas de expulsión, por distintas razones, acuden poco al juez administrativo. La razón principal es la falta de seguridad en la imparcialidad de su actuación, dada su composición. Finkel indica «que es extremadamente raro que el presidente del Tribunal de Instancia Superior acuda en persona a la Comisión, sino que designa muy a menudo un juez del Tribunal Correccional, el mismo que algunas veces ha condenado en vía penal al extranjero que comparece ante ella; el representante de la Administración es en la mayor parte de los casos el funcionario que ha instruido el expediente de expulsión».

D) Portugal

El Decreto-ley número 189-B/76, de 15 de marzo, regula con gran detalle el régimen de la expulsión de extranjeros. En su exposición de motivos se formula su espíritu en los siguientes

(10) Gérard FINKEL: «L'expulsion des étrangers et le Judge administratif en Droit français», en *Revue Droit Administratif*.

términos: «El Estado portugués ... reconoce a todos los individuos, nacionales o extranjeros, el derecho a circular libremente en el territorio nacional. Mas aceptándose este principio en toda su amplitud, no se puede permitir que esas libertades sirvan para propiciar injerencias en la vida política del país.»

«El Estatuto del Refugiado Político»...

Entre tanto, importa fortalecer al Gobierno con un instrumento jurídico que establezca un mínimo de garantías a los extranjeros, no permitiendo la pura arbitrariedad policial que caracterizaba al régimen anterior, mas también que no ate a las autoridades a un formalismo que dificulte la defensa y ejecución de los intereses nacionales. El contenido de la citada norma se sujeta efectivamente a las formulaciones antepuestas, y las garantías jurídicas de los derechos de los no nacionales están establecidas suficientemente, aun cuando deja un cierto margen de maniobra a la Administración por la vía de la discrecionalidad, actitud criticable, pues, como ya se ha venido haciendo constar a lo largo del trabajo, la adopción de las sanciones de expulsión, dada su gravedad y los perjuicios de toda índole que pueden causar, requiere el ajuste más exquisito al principio de legalidad, con una tipificación clara de los tipos sancionadores.

Dentro de las causas de expulsión, se recogen la entrada clandestina en el país; los atentados a la seguridad nacional, al orden público y a las buenas costumbres; las participaciones activas en acciones políticas sin autorización del Gobierno, y el no respetar las condiciones establecidas para su estancia en Portugal. La competencia para decidir la expulsión de extranjeros se establece a favor de la Dirección de Servicios de Extranjeros, y en la resolución deberá hacerse constar obligatoriamente sus fundamentos, el plazo de ejecución y el lugar a donde debe ser enviado el extranjero. El plazo para abandonar el territorio nacional no podrá ser inferior a treinta días para los residentes habituales en el territorio nacional (a partir de los tres meses de residencia en Portugal). También se hará constar el término, que no podrá exceder de cinco años, dentro del cual le está vedada al extranjero la entrada en el territorio nacional. Se establece como garantía fundamental del expulsado la de que éste no puede ser compelido a ir a una nación en la que pueda ser

perseguido por razones políticas, pudiendo aquél, en uso de su derecho, indicar el país al que desea ser encaminado, siempre que sus autoridades lo consientan. También se garantiza la vía del recurso para atacar la resolución: primero, mediante la utilización del jerárquico ante el ministro de Administración Interna; contra su decisión, cabe a los residentes habituales acudir a la vía contenciosa ante el Supremo Tribunal Administrativo, que se sustanciará por vía de urgencia y con prioridad a cualquier otro. Un efecto de trascendental importancia origina la interposición del recurso jerárquico: la suspensión de la ejecución de la resolución de expulsión. Este resultado da la medida del límite de las garantías reconocidas a los extranjeros, y es una cortapisa de gran importancia ante el campo, muchas veces limitado, del abuso de la discrecionalidad de la Administración en la utilización de la medida de expulsión. La suspensión de la ejecución tiene que ir seguida de una orden fijando el lugar de residencia del extranjero hasta que se sustancien los recursos. Si no hace uso del recurso, el extranjero estará obligado a abandonar el territorio nacional en el plazo fijado en la resolución, y en caso de que así no lo efectúe, puede ser detenido y conducido a la frontera.

Como quiebra grave de las garantías del extranjero y del derecho a la libertad se reconoce a la Administración facultades para detener a aquéllos en casos excepcionales que pongan en grave riesgo la seguridad nacional o el orden público y hasta tanto se juzgue el recurso interpuesto. El plazo de detención no podrá exceder el de prisión preventiva en los procesos por querrela, y una vez finalizado el mismo deberá ser ordenada por el juez su ratificación. Este poder de la Administración, censurable a todas luces, lo es más por la forma en que aparece enunciado en el Decreto-ley; en efecto, además de crear en vía administrativa una posible pena de privación de libertad, no figura el órgano que la puede imponer ni el lugar donde se debe cumplir. Hubiera sido más coherente con el resto del texto haber aplicado a estos extranjeros supuestamente peligrosos para el Estado la medida de fijarles una residencia dentro del territorio nacional y, en todo caso, si se hacía necesaria aplicarles pena de privación de libertad, su imposición debiera corresponder al

poder judicial. Está tipificada como delito la entrada en el territorio nacional portugués del extranjero sometido á expulsión durante el periodo de su vigencia. La pena es la de prisión, sin que pueda acogerse a la libertad provisional.

E) Conclusiones

Como características que pueden deducirse del Derecho comparado están las siguientes:

a) Todos los ordenamientos proclaman el derecho de los extranjeros a la libertad de movimientos, así como su limitación por la vía sancionadora de la expulsión.

b) Todos los ordenamientos también establecen mediante norma escrita las garantías, con mayor o menor amplitud, según el país, a que deben sujetarse las resoluciones de expulsión y su ejecución, sobresaliendo:

1. La resolución de expulsión debe notificarse por escrito al interesado, haciendo constar los motivos, plazo para abandonar el país y el lugar donde debe ser enviado, que no podrá ser a un Estado en el que peligre su vida.

2. Posibilidad de recurrir en vía administrativa y posteriormente ante la jurisdicción contenciosa contra la resolución de expulsión, lo que origina en algún país (Portugal) la suspensión de la ejecución hasta el pronunciamiento del órgano.

3. La medida de expulsión puede suspenderse en determinados supuestos y sustituirse por la imposición de una residencia obligatoria; inclusive se puede llegar en algunos países a la anulación de la medida, por imposibilidad de su ejecución.

4. Se castiga como delito la contravención de la orden de expulsión.

c) Las causas de expulsión se enumeran con una gran amplitud, lo que facilita la actuación discrecional de la Administración. Aceptando la posible bondad de la medida de expulsión, como sanción de extranjeros, ésta debe constreñirse a supuestos muy extraordinarios y, por tanto, por la comisión de unos hechos claramente estatuidos como faltas.

d) Está generalizada la facultad de la Administración, salvo casos muy singulares (Inglaterra) para detener e ingresar en prisión a los extranjeros expulsados en los que se den algunas circunstancias. Tal prisión preventiva vulnera las normas penales, sometidas al principio de que las penas privativas de libertad únicamente pueden ser dictadas por los jueces. Es una grave quiebra en las garantías de los extranjeros y una evidente discriminación con los nacionales.

e) Se reconoce que las cargas de los gastos producidos por las órdenes de expulsión deben ser soportadas por el Estado actuante, puesto que al ejercitar tal medida él se beneficia directamente.

f) Se distingue entre extranjeros cuya entrada se ha producido legalmente y están documentados, y los clandestinos. Las garantías sólo se aplican a los primeros, actuando contra los segundos por la vía de hecho.

IV. REGIMEN JURIDICO ESPAÑOL

El Derecho español de extranjería se ha caracterizado, quizá influido por los musulmanes, por una gran tolerancia con los extranjeros, ya puesta de manifiesto por los numerosos fueros municipales de la Edad Media, llegando a indicar Miaja de la Muela que, «en conclusión, en los siglos en que más vejaciones sufrían los extranjeros al otro lado del Pirineo, las leyes españolas les dispensaron una protección jurídica que constituye un precedente del criterio amplio con que en tiempos posteriores se han resuelto las cuestiones de extranjería, no sólo en la propia España, sino en los países de nuestra estirpe» (11).

Concretándose en la libertad de movimientos, y siguiendo a Castells Arteche, aquel derecho individual se consolida en España a mediados del siglo XIX. Así este autor declara «Como consecuencia de la total consolidación de los principios liberales revolucionarios, la doctrina destacó el hecho cierto de que a partir de mediados de siglo, en la mayor parte de los países de

(11) Adolfo MIAJA DE LA MUELA: *Obra citada*.

Europa, se aceptaba plenamente la libertad de movimientos como un derecho indiscutible de la persona, iniciándose una rapidísima evolución de signo favorable, una apertura cuya importancia se manifiesta en el dato real de que, a finales del siglo XIX, la libertad de viajar de un país a otro es la regla general coherentemente aceptada ... España, en esta circunstancia histórica concreta, sigue fielmente las pautas marcadas en el exterior» (12).

A) Su estudio en las diversas Constituciones

El tratamiento expreso de la medida de expulsión de extranjeros, como limitación a la libertad de desplazamiento, sólo se recoge en la Constitución del año 1931. No obstante, esta libertad aparece recogida de manera marginal en otras normas constitucionales. Así, el artículo 2.º de la Constitución de la Monarquía española de 30 de junio de 1876 literalmente expresa: «Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas.» Pero este derecho constitucional, que a primera vista reviste y está formulado con una gran amplitud, se ve fuertemente limitado por el artículo 9.º, cuando dice: «Ningún español podrá ser compelido a mudar de domicilio o residencia sino en virtud de un mandato de autoridad competente y en los casos previstos por las leyes», por lo que a sensu contrario parece deducirse la concepción de una libertad atenuada a la autoridad administrativa para decretar medidas de expulsión de extranjeros, y más si tenemos en cuenta que hay otros derechos formulados conjuntamente para españoles y extranjeros, como son: la garantía en la detención, inviolabilidad del domicilio y de correspondencia, libertad de religión y culto, etc.

La Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931 otorga por primera vez un tratamiento constitucional a la expulsión de extranjeros, cuando el artículo 31, que establece

(12) José Manuel CASTELLS ARTECHE: *El derecho de libre desplazamiento en España y el pasaporte en España.*

para todos los españoles la libertad de circulación y residencia, remite a una ley especial la determinación de las garantías para la expulsión de los extranjeros del territorio español, ley que debía ser promulgada por el Estado, al declararse en el artículo 14 de la exclusiva competencia del Estado español la legislación en materia de policía de fronteras, inmigración, emigración y extranjería; mandato constitucional que no fue cumplido, pues la ley de garantías no se elaboró, publicándose en su lugar el Decreto de 4 de octubre de 1935 sobre extranjería y pase de fronteras. En el régimen de Leyes Fundamentales surgidos con posterioridad a la guerra civil de 1936-1939, aparecen recogidos los derechos fundamentales en el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, derechos que, como se indica en su exposición de motivos, son garantes únicamente para los españoles. Su artículo 14 declara que «los españoles tienen derecho a fijar libremente su residencia dentro del territorio nacional». Así pues, hasta este momento la libertad de desplazamiento de los españoles se recoge en todas nuestras normas constitucionales contemporáneas, formuladas con una gran amplitud y liberalidad, no así a favor de los extranjeros, lo que produce como resultado una legislación donde las garantías para los no nacionales sometidos a medidas de expulsión se ven muy recortadas, así como la existencia de un amplio campo discrecional en esta materia.

La Constitución de diciembre de 1978 regula la libertad de circulación a favor de los extranjeros de una forma ambigua y progresiva. Su artículo 13 establece: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título (De los derechos y deberes fundamentales) en los términos que establezcan los Tratados y la Ley». Así, pues, la norma constitucional establece como principio el goce de los extranjeros de las libertades públicas españolas, pero su determinación última la deja al contenido de los Tratados ratificados por España y la ley, entendiéndose ésta en sentido formal. No obstante, esa clara exposición del artículo 13, el 19 reconoce a los españoles la libertad de circulación por el territorio nacional. En ese sentido se expresan Enrique Gómez-Reino y Paloma Abarca, dentro del libro *Lecturas sobre la Constitución española*, en el que aparecen una serie de trabajos sobre nuestra Constitución coordi-

nados por Tomás Ramón Fernández. Hay que pronunciarse en contra del contenido del artículo 19, pues contraviene no sólo las ideas progresistas sobre la libertad de circulación que hoy priman, sino el mismo formulado de la Constitución y los Tratados internacionales. La Constitución, en su artículo 10, apartado 2, declara que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España», exposición que ratifica el ya comentado artículo 13, cuando el goce de las libertades públicas de los extranjeros lo remite al contenido de los Tratados internacionales. En relación con las formulaciones que la libertad de circulación presenta tanto en la Declaración Universal de Derechos del Hombre como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el día 13 de abril de 1977, es preciso remitirse a los comentarios efectuados con anterioridad, y en los que se recoge como derecho fundamental de la persona, y formando parte del denominado *minimum estándar internacional*. Así pues, resulta poco congruente el texto del artículo 19 de la Constitución con las declaraciones y principios en ella expuestos; al propio tiempo, se ha perdido una ocasión singular para proclamar la libertad de circulación de los extranjeros y sus restricciones, en un sentido evolutivo, como aparecen expuestos otros derechos y libertades. Parece ser, y ello puede deducirse de nuestra Constitución, que los españoles, y en concreto los partidos políticos, incluso los más radicales, no han sabido recoger el ideario predominante en la actualidad y plasmarlo en la Constitución: la concepción integradora entre naciones.

B) Tratados ratificados por España

Como norma general hay que establecer que en los Pactos Internacionales en que nuestro país ha sido parte raramente se expresan causas de expulsión; no obstante, vamos a presentar algunos donde dichos motivos sí aparecen reflejados.

Así, en el Convenio de 7 de enero de 1862 entre España y Francia, para afirmar los derechos civiles de los respectivos súbditos y las atribuciones de los agentes consulares destinados a protegerlos, tras establecer en su artículo 1.º la libertad de circulación y establecimiento para los súbditos de ambos países, el artículo 17 fija como causa de expulsión el que fueren declarados mendigo o vagabundo, con arreglo a la legislación de su país. El Tratado de 14 de agosto de 1879 de Paz y Amistad entre España y Perú, ratificado por nuestro país el 18 de junio de 1898, declara en su artículo 7.º: «Las dos Altas Partes contratantes se reservan el derecho de no admitir y de expulsar del territorio, con arreglo a las leyes respectivas, a los individuos que, por su mala vida o por su conducta, fueren considerados perniciosos.» También el Tratado de 23 de abril de 1970 sobre establecimiento con la República Federal de Alemania fija en su artículo 2.º la libertad de desplazamiento y residencia para los nacionales de ambos países, y en su artículo 3.º expresa que: «Los nacionales de una de las Partes que residan legalmente en el territorio de la otra Parte sólo podrán ser expulsados por razones de orden público, seguridad y sanidad públicas o buenas costumbres. La expulsión sólo podrá llevarse a efecto, salvo motivos perentorios de la seguridad del Estado que aconsejen otra cosa, después de haber dado al interesado la posibilidad de presentar sus alegaciones y utilizar todos los medios y recursos previstos en la legislación, haciéndose representar ante las autoridades competentes si lo considera necesario.» Las garantías procedimentales en este Tratado aparecen formuladas correctamente, puesto que se establece la audiencia del encausado en el expediente; la suspensión sobre su ejecución hasta tanto se resuelvan los recursos que desee interponer el sujeto a medidas de expulsión, y la posibilidad de actuar ayudado por un letrado. No obstante, resultan altamente criticables los conceptos jurídicos indeterminados que se exponen como causas de expulsión. Finalmente hacer constar que tales garantías sólo surten efectos entre aquellas personas que sea legal la estancia en el país de adopción de la expulsión.

C) La expulsión de extranjeros en nuestro Derecho administrativo

a) PRIMERAS REGULACIONES

El primer texto legal en que aparece la figura del extranjero con un tratamiento jurídico unitario y global es el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, sobre clasificación, residencia y condición civil de los extranjeros. Su régimen jurídico está expuesto con un carácter muy liberal y con una equiparación casi al límite entre extranjeros y españoles. En su artículo 17 se establece la libertad para entrar y salir de España, así como para transitar por su territorio, determinándose como causa de expulsión única la entrada en el país sin presentar el pasaporte, penándose el extranjero que desobedezca la orden con su expulsión del Reino como desobediencia grave. El punto tercero de la circular de la Inspección General de la Guardia Civil, de 28 de junio de 1858, por la que se dictan reglas para la vigilancia sobre los emigrados extranjeros, establece como facultad del gobernador civil ordenar que aquéllos regresen a su país en los casos que hubiesen entrado en el territorio nacional desprovistos de pasaporte u otro documento análogo, si la finalidad del viaje es dedicarse a la mendicidad o resulta ser un vago.

b) SU TRATAMIENTO EN LA SEGUNDA REPÚBLICA

La Ley Segunda de Orden Público de 28 de julio de 1933, y dentro del capítulo de medidas que pueden ser adoptadas por las autoridades gubernativas, una vez declarado el estado de prevención en todo el territorio nacional, figura la de expulsión de extranjeros, para lo cual los clasifica en «no establecidos» y «establecidos permanentemente». Los primeros, según el artículo 24, que no hayan cumplimentado todos los requisitos que para permanecer en España señalan las leyes especiales podrán, sin otras formalidades, ser detenidos e inmediatamente expulsados del país. Contempla esta norma el supuesto de un extranjero cuya estancia es ilegal en España por documentación

incompleta. El artículo siguiente observa que la misma clase de extranjeros podrán ser expulsados del territorio nacional, aun cuando hayan cumplimentado todos los requisitos para su permanencia, si aquéllos no cumplen las medidas que la autoridad gubernativa hubiese adoptado con motivo del estado de prevención o bien actuaren de modo perturbador a aquél. Para ello debe iniciarse el correspondiente expediente que conduzca a su declaración como indeseables, lo que conllevará aparejado la expulsión del territorio nacional. Contra la decisión cabe recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación, que no suspenderá la ejecución de la resolución. Los extranjeros establecidos permanentemente se equiparan a los nacionales en cuanto a su sujeción a los dictados de esta Ley. No obstante lo cual, si se mezclasen en actos perturbadores del orden público, se les abrirá expediente gubernativo, sumario, en el que habrán de ser oídas y recibidas las pruebas que aporten sobre su conducta, pudiendo finalizar con la resolución de expulsión si se justifica suficientemente la adopción de tal medida. También cabe recurso de alzada ante el ministro de la Gobernación, que no suspenderá la ejecución del acto. En el capítulo tercero de la citada Ley de Orden Público, que regula el estado de alarma, establece en su artículo 36 una serie de medidas contra los extranjeros, entre las que se encuentra la expulsión. Así, los extranjeros no establecidos y que no hayan cumplimentado todos los requisitos para permanecer en el país están sujetos a las mismas medidas que ya se fijaban en el capítulo regulador del estado de prevención: detención y expulsión. Un tratamiento conjunto reciben los extranjeros no establecidos, pero que han cumplimentado todos los requisitos para residir, y los establecidos, los cuales si participan en la alteración del orden público podrán ser detenidos y expulsados seguidamente del territorio español por el tiempo que dure el estado de alarma. Los extranjeros establecidos deberán ser oídos previamente a la toma de la decisión, teniendo garantizada ésta la vía del recurso jerárquico ante el ministro de la Gobernación, lo que no suspenderá su ejecución. El tratamiento jurídico de las garantías de la libertad de circulación de extranjeros son muy similares en ambos estados, disminuyendo en la situación de alarma las de los extran-

jeros no establecidos pero legalmente en el país, dado que en este caso la resolución de expulsión se dicta sin previa declaración de indeseable, que es la motivación o fundamento de aquélla.

Finalmente, el Decreto del Ministerio de la Gobernación de 4 de octubre de 1935, que regula las normas de expedición de los pasaportes, contempla como medida sancionadora contra los extranjeros la de expulsión. Así el artículo 23 indica que en aquellos supuestos que se compruebe que un extranjero en posesión de autorización de residencia se dedica, sin previa declaración, a ejecutar actividades diferentes de las que expresó en su día, la autoridad gubernativa podría anular dicha autorización, con requerimiento al extranjero para que abandone el territorio nacional. También se penaliza con la medida de expulsión a todos los extranjeros infractores del citado Decreto (artículo 41).

Las características que presentan las normas estudiadas hasta el momento son una ausencia casi total de regulación sobre la medida de expulsión, acentuada en los textos legales del siglo XIX y con una mayor atenuación en los publicados en el régimen republicano, quizá producido por un internacionismo mayor del Estado en las cuestiones de extranjería, paralelo al que se produce en otros campos del Derecho administrativo.

c) SITUACIÓN TRAS LA GUERRA CIVIL

Finalizada la guerra 1936-1939, el régimen legal de los extranjeros, y en especial en lo relativo a su expulsión, continuaba estando regulado, en esencia, por el Decreto republicano de 4 de octubre de 1935, dentro del cual se contemplaba el régimen de concesión de pasaportes a españoles y la entrada, permanencia y salida de los súbditos extranjeros. Aquella norma, por el transcurso del tiempo, devino en obsoleta para la materia de pasaportes, modificándose por Decreto de 20 de junio de 1958, que según Castell Arteche: «No obstante, el aludido inmovilismo prevalente en aquel Decreto, simple matización en cuestiones accesorias y radical continuación de los principios y reglas del

Decreto precedente de 1935, contrastaba vivamente con una situación exterior cuyo evidente liberalismo y aperturismo también hicimos notar, especialmente destacables a partir de los años cincuenta» (13). Esta norma, a su vez, ha sido modificada por dos Decretos posteriores, uno de 23 de diciembre de 1971 y el último de 23 de septiembre de 1977. Por tanto, a partir del año 1958, del primitivo Decreto de 4 de octubre de 1935 únicamente quedaban vigentes los artículos que trataban de los asuntos de extranjería, dentro de los cuales se regulaba con gran parquedad lo referente a sus medidas de expulsión. Así, pues, no es extraña la promulgación del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España, y en el que figura un capítulo, el V, dedicado en exclusiva a las infracciones y sanciones de aquéllos, motivándose su nacimiento al campo del derecho, según su exposición de motivos, «en el aporte de soluciones adecuadas para regular todas las situaciones a que dan origen el considerable número de extranjeros que anualmente cruzan nuestras fronteras y el creciente ritmo del fenómeno turístico», justificación de un cariz muy tecnocrático, pero que en nada trata el establecimiento de una contrapartida a favor de los extranjeros mediante la fijación de algunos derechos a los súbditos no nacionales con estancia legal en España. La exposición de motivos finaliza indicando: «Se impone, pues, la urgente necesidad de someter a revisión sus preceptos y dar paso a una nueva normativa dotada de la necesaria flexibilidad y amplitud que se adapte a las diversas exigencias de las nuevas realidades y confiera a los organismos encargados de vigilar su cumplimiento las facultades indispensables para salvaguardar los intereses generales y el orden público, que pueden resultar afectados por aquellos hechos.» Este segundo párrafo es más esclarecedor. No se trata con esta nueva regulación de garantizar el derecho humano a la libertad de circulación (ni siquiera marginalmente se habla de ello), sino a crear una acción unilateral del Estado, con una discrecionalidad total, destinada únicamente a la defensa de aquél, utilizando para ello, contra

(13) José Manuel CASTELLS ARTECHE: *Obra citada*.

los súbditos extranjeros, una norma legal dócil a la actuación de la Administración. No obstante, el Decreto a que se hace mención resulta aplicable sólo a las situaciones que se planteen en régimen de normalidad, pues para los que se originen en estado de excepción habrán de contemplarse a la luz del contenido de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, por lo que en primer lugar se va a examinar el régimen jurídico actual de las expulsiones de extranjeros, dentro de un régimen de normalidad en el sistema de libertades públicas fundamentales.

D) Examen del Decreto de 14 de febrero de 1974

a) LA EXPULSIÓN COMO SANCIÓN

Ante la regulación que de la medida de expulsión de extranjeros lleva a cabo el Decreto de 1974 sobresale, *a priori*, su declaración como sanción, y así aparece regulada en su capítulo V, denominado «Infracciones y sanciones». Dicha sanción puede ser englobada dentro del grupo que García de Enterría denomina: «Sanciones administrativas de protección del orden general», y por medio de los cuales la Administración no busca su propia protección como organización o institución, sino que se justifica en la protección del orden social general (14). Como causas de la expulsión enumera varias el Decreto, distinguiendo si el extranjero se encuentra o no legalmente en nuestro país; así su artículo 12 establece que: «Los extranjeros que se hallen en el interior del país desprovistos de la debida documentación o con documentación defectuosa o incompleta, salvo adecuada justificación, serán puestos a disposición del director general de Seguridad, en Madrid; de los gobernadores civiles en las demás provincias, y de los delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla, para la resolución que proceda, pudiendo ser detenidos cuando no acrediten debidamente su personalidad y carezcan de arraigo o aval suficiente en la nación.» La puesta a disposi-

(14) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: «El problema jurídico de las sanciones administrativas». Civitas, *Revista española de Derecho administrativo* núm. 10, julio-septiembre de 1976.

ción de las autoridades gubernativas enumeradas en dicho artículo irá seguida en numerosas ocasiones de la correspondiente orden de expulsión.

b) SUS CAUSAS

El artículo 29 no regula las causas de expulsión de los extranjeros en situación legal por el sistema del *numerus clausus* o lista cerrada, al establecer en último lugar de las relaciones una cláusula abierta y residual, estableciendo como fundamento de una resolución de expulsión: la forma de vida del extranjero, actividades que desarrolle, conducta que observe, antecedentes penales o policiales, relaciones que mantenga u, otras causas análogas que así resulte procedente. Tal relación debe ser condenada por la amplitud con que viene expuesta, de tal modo que pueden caer dentro de su contenido cualquier actuación de un extranjero en el territorio nacional. Aquéllas ni siquiera se tratan de conceptos jurídicos indeterminados, para cuya concreción final existen varias técnicas, sino que es el legal ofrecimiento a la Administración de un cheque en blanco para actuar contra los extranjeros que aquélla, de una manera subjetiva, considere indeseables. El párrafo dos del citado artículo 29 concreta el motivo de expulsión expuesto en su párrafo primero bajo la denominación de «actividades que desarrollen», cuando expresa que: «Especialmente procederá la adopción de tal medida cuando los extranjeros se hallen implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad del Estado», y la de antecedentes policiales o penales, al regular en dicho párrafo dos: «... o, una vez extinguida la responsabilidad criminal cuando hayan sido condenados por delitos de la misma naturaleza.»

c) COMPETENCIA ORGÁNICA

El órgano competente para dictar la resolución de expulsión viene establecido en su artículo 29, con carácter único: el director general de Seguridad; no obstante ello, el apartado cuatro

de dicho precepto deja abierta la vía a su ampliación por la técnica de la delegación, al establecer que: «El director general de Seguridad podrá delegar temporalmente en los gobernadores civiles y delegados del Gobierno las facultades que le confiere el párrafo primero del presente artículo, los cuales comunicarán a aquél, en cada caso, el uso motivado de las mismas», facultad ya ejecutada por aquel órgano, mediante Real Decreto 1617/1978, de 2 de junio, por el que se autoriza al director general de Seguridad a delegar en los gobernadores civiles las facultades que le corresponden en materia de entrada, permanencia y salida de extranjeros, delegación que, no obstante el carácter de temporalidad con que viene declarada tal facultad en el artículo 29, y como se deduce de su exposición de motivos, con carácter indeterminado, se permite su ejercicio por el ministro del Interior en los gobernadores civiles. Realmente resulta incomprensible la atribución de la competencia a un solo órgano para sancionar a extranjeros con la medida de expulsión, si no es para ejercerla restrictivamente y aplicándola a casos en que estén plenamente motivadas las causas de la adopción de una medida tan grave y trascendente, actitud benévola y humana que creo lejos de la mente del legislador. Más bien parece que va dirigida a consagrar la expulsión como medida eminentemente policial; que se gesta ante órganos estrictamente policiales, como son las Comisarías, y resuelve el supremo órgano policial operativo: el director general de Seguridad. Por otro lado, nos hace ver las escasas garantías con que se debían estar dictando las resoluciones de expulsión, si se observa que difícilmente puede existir un órgano en la Dirección General de Seguridad que instruya los expedientes sancionadores iniciados por los órganos policiales de toda España, con audiencia y propuesta de resolución. Seguramente antes de la delegación de facultades se vendría utilizando el sistema de hacer propuestas por *télex*, que serían confirmadas por la misma vía, sin garantías para el encausado y sin conocimiento exacto de los hechos por la Dirección General. Delegación, por tanto, que hay que aplaudir al establecer una cercanía juzgador-encartado que beneficia tanto al Estado, puesto que los riesgos de incurrir en una arbitrariedad son mayores, como al extranjero, ya que sus

garantías están más aseguradas. No obstante, estimo que sería conveniente en la norma que regule de nuevo el régimen de expulsiones se establezca una competencia originaria en los gobernadores civiles, inclusive en los delegados de Gobierno insulares, reservándose el ministro del Interior o el director de la Seguridad del Estado el conocimiento de aquellos hechos que, cometidos por extranjeros, excedan de un carácter meramente provincial y tenga repercusión a nivel de Estado.

d) PROCEDIMIENTO

El Decreto de 14 de febrero de 1974 no regula procedimiento alguno en materia de expulsión de extranjeros, ni siquiera hace mención de remitirse a un procedimiento ya establecido para otra materia, por lo que habrá de reconducirse a la norma reguladora del procedimiento para sanciones gubernativas impuestas por las autoridades centrales, provinciales y locales dependientes del Ministerio del Interior, que está constituido por el Decreto de 16 de junio de 1965, que declara vigente el establecido en el apartado 5.º del artículo 137 del Decreto de 31 de enero de 1947, por medio del cual se impone sanción de plano, cuando de la denuncia o antecedentes apareciese comprobada la infracción o extralimitación; sumariedad procedimental que hay que contrastar con nuestra Constitución, y más concretamente con los apartados a) y c) del artículo 105, en los que se garantiza la audiencia a los ciudadanos y al interesado, respectivamente, en el procedimiento administrativo. Así, pues, previo a dictar la correspondiente resolución de expulsión, deberá oírse o darle audiencia al extranjero contra el que se haya iniciado el expediente sancionador. Tal principio procesal de auditoría, garantizado en nuestra Constitución, viene recogido también, como ya se ha indicado con anterioridad, en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977. Su defecto, y tal como viene estableciendo el Tribunal Supremo en frecuentes sentencias, dará lugar a la anulación de la resolución de expulsión, al

olvidar la Administración la práctica de un trámite esencial en la defensa del inculpado, derivado del principio jurídico de que «nadie puede ser condenado sin ser oído y juzgado».

e) VÍAS DE IMPUGNACIÓN

Un tema de gran interés en esta materia lo constituye la vía de impugnación a ser utilizada por el extranjero expulsado mediante resolución administrativa. La importancia surge porque en determinados sectores de la Administración se ha considerado a tales medidas como actos políticos, formando parte de las denominadas relaciones internacionales, lo que conlleva a su exclusión de la jurisdicción contencioso-administrativa, por declaración expresa del artículo 2.º, apartado b), de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956. Por otro lado, el silencio del Decreto de febrero de 1974 es total en materia de recursos a oponer ante una medida de expulsión. De la Morena (15), y en relación con el Decreto de 1935, no se pronuncia con claridad sobre la legitimación de los extranjeros para interponer recursos judiciales contra resoluciones de expulsión en base a aquella norma, reconociéndola para los que se dicten contra residentes en base a la Ley de Orden Público; incluso parece que se inclina por no reconocer a los extranjeros transeúntes la facultad de poder interponer recursos en vía administrativa. García de Enterría (16) reconoce la existencia de dos clases de actos que son distintos de los actos administrativos, y uno de ellos son: «Los actos de relación internacional cumplidos por los órganos superiores en vista de las relaciones internacionales», y son así, como indica más adelante, «..., porque no proceden con toda claridad de la Administración como persona. Las relaciones internacionales las cumple no la Administración, sino la persona internacional del Estado, el Estado entendido como personalidad jurídica desde otro ordenamiento distinto del ordenamiento administrativo, desde el ordenamiento jurídico internacional». A la vista del texto puede colegirse

(15) LUIS DE LA MORENA Y DE LA MORENA: *Procedimiento en materia de extranjería y pase de fronteras* (Procedimientos administrativos especiales, vol. II).

(16) EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder*.

con claridad que los actos de expulsión de extranjeros no pueden ser elevados a la categoría de los políticos, puesto que no se dan en ellos las características expresadas por García de Enterría, al no dictarse por los órganos superiores del Estado, si con ellos se está cumpliendo o ejecutando una relación internacional pretérita.

Pero Santiago Muñoz Machado (17) nos puede aportar, y de hecho así lo hace, mayor claridad y comprensión en la materia, y así indica: «... Es importante señalar que la corrección más meritoria (generalmente aplaudida por la doctrina) introducida por la Ley y corroborada por la jurisprudencia (vid. sentencias de 10 de febrero y 29 de octubre de 1962, 18 de febrero y 30 de septiembre de 1963, 21 de diciembre de 1964, 5 de abril de 1965, 23 de enero de 1967 y 17 de febrero de 1969) han consistido en dar un sentido orgánico a la expresión actos políticos, afirmando que es el Gobierno (Consejo de Ministros) del único que pueden emanar actos políticos»; más adelante continúa: «... definiendo los actos políticos exclusivamente con arreglo a un criterio material, calificando como tales sólo a los que no son imputables a la Administración, bien por ser el resultado de la actividad internacional del Estado, bien por ser el desarrollo de otras funciones constitucionales no atribuidas a aquélla (relaciones Gobierno-Parlamento o Cortes)». La tesis de Santiago Muñoz es sumamente esclarecedora para ilustrar el carácter no político de las resoluciones decretadas por los gobernadores civiles, expulsando del territorio nacional a extranjeros, abundando en la idea expuesta por García de Enterría: no emanan del Gobierno, ni forman parte de la actividad internacional del Estado; son simples actos administrativos, con una gran carga de discrecionalidad y, por tanto, sometidos a su revisión mediante la utilización de recursos administrativos y jurisdiccionales, que no les están vedados a los extranjeros ni en la Ley de Procedimiento Administrativo ni en la de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

(17) Santiago Muñoz Machado: «Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa. Civitas, *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 6, julio-septiembre de 1975.

Determinada, pues, la calificación de actos administrativos a las resoluciones de expulsión de extranjeros, cabe preguntarse qué tipo de recurso cabe interponer contra aquéllas. He defendido a lo largo de este trabajo que la expulsión es una medida administrativa restrictiva del derecho a la libre circulación de los extranjeros, que nuestra Constitución reconoce a aquéllos, aunque de una forma limitada, según las declaraciones contenidas en los artículos 10 y 13 de la Constitución y la del artículo 139, que literalmente indica: «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional.» Por lo tanto, y considerando que las medidas de expulsión de extranjeros afectan al ejercicio, por aquéllos, del derecho fundamental de la persona a circular libremente en nuestro país, una vez traspasada la frontera legalmente, contra su adopción cabe interponer el recurso contencioso-administrativo regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, y, por tanto, acudir directamente a aquella jurisdicción sin necesidad de interponer recurso administrativo, todo ello por la extensión que de la protección de la citada Ley efectuó el Real Decreto 342/1979, de 20 de febrero, incluyendo la libre circulación por el territorio nacional y la libre entrada y salida de España en los términos legales. Dos efectos prácticos de suma importancia para los extranjeros se produce por la interposición de este tipo de recurso contencioso-administrativo: su tramitación urgente, lo que deviene en un pronunciamiento judicial no alejado en el tiempo de los hechos juzgados, y la posibilidad que un órgano neutral, como es la Sala de lo Contencioso-Administrativo, se pronuncie decretando la suspensión de la ejecución de la resolución, con lo que se evitan numerosos perjuicios a los afectados, todo ello en un plazo sumario.

f) CUESTIONES NO REGULADAS

Lagunas importantes, y que dan fe de la falta de rigor que posee el Decreto de 1974, son, por un lado, la falta de regulación en cuanto a la duración de la expulsión, y por otro, si siguen al extranjero expulsado, o no, sus familiares. En el primer supuesto, es práctica del derecho comparado, como se ha examinado con anterioridad, al dejar a la autoridad sancionadora un margen discrecional para establecer el término de la expulsión, que podrá llegar en supuestos muy graves a tener un carácter indefinido; la determinación de dicho plazo es importante para los supuestos de repaso de frontera del extranjero sometido a expulsión, y observar, por tanto, la legalidad de aquélla, desde el punto de vista del cumplimiento de su duración. Del Decreto que comentamos no se desprende de ninguno de sus artículos la fijación de una facultad a la autoridad administrativa para ampliar en más o en menos la duración de la expulsión, y dado que las normas sancionadoras deben interpretarse restrictivamente, no puede pensarse que la norma ha tratado de otorgar a la Administración una facultad tan amplia como para aplicar la medida de expulsión sin límite temporal, excediendo con ello, aquélla, del poder que el Estado ha concedido a los jueces al imponer la pena de extrañamiento, en que se ven limitados en cuanto a su duración, al tiempo de la condena. Todo ello nos reconduce al absurdo, de que, legalmente, la medida de expulsión en España no puede ir acompañada de un plazo de prohibición de entrada y, por tanto, se cumple una vez que se ha traspasado la frontera española. Por otro lado, tampoco la norma de 14 de febrero de 1974 determina a quién sigue la familia de un extranjero expulsado, lo que parece deducir que la resolución de expulsión tiene únicamente efectos individuales, cuando no puede dejarse de olvidar que tal medida repercute grandemente entre sus familiares más próximos, como son la esposa y los hijos, muchas veces con un carácter totalmente negativo. Piénsese en una familia de extranjeros residentes en España por un período de diez años y donde le han nacido varios hijos, los cuales se encuentran adaptados a las costumbres españolas e incluso tienen como principal idioma el español. La orden de expulsión del

padre, si sólo se ejecuta sobre su persona, recae sobre él una incomunicación con su familia, semejante a la que se produciría si estuviera cumpliendo una pena en un centro penitenciario; peor aún, pues en éste puede acogerse al régimen de cumplimiento de penas en régimen abierto. Por contra, si la familia sigue al cabeza de familia en su expulsión, el desarraigo de los hijos puede causarles una influencia negativa. Por lo tanto, este olvido es de una gran gravedad, por las implicaciones familiares que puede conllevar, además de olvidar el contenido de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el artículo 39 de nuestra Constitución. También los Estatutos sobre extranjeros de los países que se han expuesto en el presente trabajo someten a regulación el acompañamiento o no de la familia, en la ejecución de la orden de expulsión, y entiendo que en el nuestro debiera fijarse como precepto general que la familia de la persona expulsada la acompañe fuera del territorio nacional, a no ser que el otro cónyuge, que encontrándose en situación legal en España y gozando de medios económicos desee permanecer con su residencia, ampliándose esta facultad a los españoles que no desearan abandonar su país; los hijos menores de edad seguirían al padre o a la madre, de conformidad con el criterio que adoptasen los cónyuges. No obstante ello, la medida más humana sería la no aplicabilidad de la sanción de expulsión para algunos casos, de entre los cuales pudiera entresacarse el del matrimonio que llevase en España un número determinado de años, u otras causas similares, pudiendo sustituirse la medida bien por una sanción pecuniaria o por la de residencia obligada en un lugar determinado del Estado.

g) EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN: POSIBLE ANTICONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 30, APARTADO 1

Finalmente es conveniente estudiar las formas de ejecución de las resoluciones de expulsión que en nuestro derecho de extranjería revisten unas ciertas peculiaridades. El Decreto de febrero de 1974 contempla tres supuestos de ejecución: por los medios propios del extranjero, mediante conducción ordinaria por las Fuerzas de Seguridad del Estado y previa detención,

ingreso en prisión y posterior conducción a la frontera, ordenado todo ello por el órgano que hubiere dictado la resolución de expulsión. El primer supuesto no plantea problema alguno, pues consiste en que el extranjero, una vez que ha recibido la notificación de la resolución escrita de expulsión, se aviene con su contenido y, no deseando interponer recurso alguno, abandona el territorio nacional una vez extinguidas las posibles responsabilidades que estuvieran a su cargo. En el segundo caso, y por aplicación del apartado 2 del artículo 30, se faculta a la Administración autora de la expulsión, cuando circunstancias especiales que concurren en determinados extranjeros sometidos a tal medida hagan aconsejable o necesaria su inmediata expulsión, para acordar que sean conducidos por miembros de las Fuerzas de la Seguridad del Estado hasta el puesto fronterizo por el que se haya de ejecutar tal medida. En el supuesto que el extranjero estuviera detenido, la conducción se verificaría por fuerzas de la Guardia Civil, y con el procedimiento establecido en el Decreto de 16 de septiembre de 1967, en otro caso aquélla se llevará a cabo por funcionarios del Cuerpo Superior de Policía. En ambos supuestos la conducción deberá llevarse a cabo de la manera y en la forma que lesionen lo menos posible la dignidad del expulsado.

Por último, la tercera forma de ejecutar la expulsión requiere una mayor atención, pues su adopción por la Administración pudiera tacharse de anticonstitucional. El apartado 1 del artículo 30 del Decreto de 14 de febrero establece que: «Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo anterior (resolución de expulsión), el director general de Seguridad (hoy director de la Seguridad del Estado) y los gobernadores civiles o delegados del Gobierno, en su caso, podrán ordenar la detención e ingreso en prisión, a su disposición, cuando procediera según las circunstancias de los extranjeros que hayan de ser expulsados, medida que subsistirá durante el tiempo indispensable para poder evacuar los trámites inherentes a tal situación, comprobar que los mismos han extinguido las posibles responsabilidades de todo orden que pudieran pesar sobre ellos y llevar a cabo la expulsión.» Con este precepto se concede a las autoridades gubernativas que en él se expresan una facultad *ope legis* para detener a un

súbdito extranjero sometido a una medida de expulsión, y su posterior ingreso en prisión, sin que los motivos que puedan mover aquélla se encuentren tasados de una forma clara y concreta. Serán las circunstancias ponderadas por la Administración las que harán al órgano que resolvió la expulsión del extranjero decretar su ingreso en prisión, sin ulterior recurso de ningún tipo.

Esta medida trascendental y sumamente onerosa para el extranjero debe ser tachada de arbitraria y anticonstitucional, pues aun cuando tiene una limitación en el tiempo (la evacuación de los trámites inherentes conducentes a su expulsión y la comprobación de que han sido extinguidas en su totalidad las posibles responsabilidades que pudieran pesar sobre él), realmente no es tal, pues los trámites administrativos pueden durar varios meses, como así viene sucediendo en numerosas ocasiones, mientras el extranjero continuaba en prisión.

El razonamiento para llegar a esa conclusión lo podemos encontrar mediante el examen de las siguientes normas legales: el artículo 17 de nuestra Constitución establece con claridad meridiana que: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. *Nadie* puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.» A su vista nuestro texto fundamental establece como derechos fundamentales la libertad de la persona y la seguridad jurídica, quebrando aquéllos solamente en los casos previstos en la ley, que, como reguladora de un derecho fundamental, debe entenderse como ley formal y sujeta a la categoría de ley orgánica por aplicación del artículo 81 de la Constitución. Las causas de privación de libertad y concretamente de detención vienen enumeradas en los artículos 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todas las cuales se refieren a personas que vayan a cometer un delito, fugados, rebeldes procesados, nunca por supuestos de tipo administrativo y menos aún

para regularidad situaciones o abono y cancelación de obligaciones, como establece el citado artículo 30, ni establecidos por norma de rango no adecuado. Nuestra Constitución asimismo establece que la detención preventiva de una persona se motiva y va dirigida a conseguir averiguaciones para un mejor conocimiento de los hechos, finalidad que no se trata de conseguir con la detención regulada en el Decreto de 1974 y que, transcurridas setenta y dos horas, debe ser puesta en libertad o a disposición de la autoridad judicial, tal como también establece el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que a su vez elevará la detención a prisión o la dejará sin efecto: por lo tanto, y a la vista de la legislación actualmente en vigor, el ingreso en prisión de un expulsado compete ordenarla a la autoridad judicial y no a la autoridad gubernativa.

La detención por faltas administrativas puede ser acordada por las autoridades gubernativas, en los supuestos del artículo 12 de la Ley de Orden Público, pero los detenidos serán puestos en libertad o entregados a la autoridad judicial en el plazo de setenta y dos horas. Así, pues, la facultad de la autoridad administrativa para privar de libertad tiene un límite de setenta y dos horas, transcurrido el cual decae aquélla en favor de la autoridad judicial, que si se dan los casos enumerados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la podrá elevar a prisión.

El ingreso en prisión por parte de las autoridades gubernativas no es defendido o amparado tan siquiera por la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, ya que su artículo 3.º, apartado 1, establece: «los detenidos, por hallarse implicados en cualquiera de los delitos enumerados en el artículo 1.º (contra la vida y la integridad física; detenciones ilegales bajo rescate: tenencia o depósito de armas; coacciones, amenazas o extorsiones, etc.), serán puestos a disposición del juez competente, para instruir el correspondiente procedimiento, dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, la detención gubernativa podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal propuesta se ponga en conocimiento del juez... El juez... denegará o autorizará la prolongación propuesta». Abun-

dando en lo expuesto, el artículo 5.º del Real Decreto-ley 3/1979, de 28 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, establece: «Los jueces de Instrucción o centrales a cuya disposición fuese puesta una persona detenida como presunto autor, cómplice o encubridor de cualquier delito recabará inmediatamente por vía telegráfica del Registro Central de Penados y Rebeldes, información de antecedentes penales de la misma, y si se halla declarada rebelde por algún Juzgado o Tribunal. El juez de Instrucción o Central, atendidas las circunstancias del caso y los antecedentes del inculpado, podrá decretar la prisión provisional incondicional, aunque el delito tenga señalada pena inferior a la de presidio o prisión mayores.» El razonamiento definitivo de la anticonstitucionalidad de la facultad que el artículo 30 del Decreto de febrero de 1974 concede a las autoridades gubernativas allí enumeradas para detener e ingresar en prisión a los extranjeros objeto de expulsión, viene otorgado por el artículo 26 de la Constitución, que proclama: «La Administración Civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.» Por lo que a *sensu contrario*, si la Administración prevé que la imposición de una sanción de expulsión a un extranjero le va a conducir con posterioridad a tener que aplicar una medida de detención y posterior ingreso en prisión, deberá abstenerse de decretar tal sanción por orden constitucional. Como prevenciones que puede adoptar la autoridad competente para velar por una feliz ejecución de la medida de expulsión, se encuentran en el derecho comparado: la presentación periódica a las autoridades policiales, la confinación del extranjero expulsado en un lugar determinado, la imposición de sanciones pecuniarias. Todo ello una vez llegado a la conclusión que la detención e ingreso en prisión de extranjeros sometidos a procedimiento de expulsión, como medida procesal de tipo cautelar y en la forma en que está expuesta en el ya citado artículo 12, dando competencias para tal fin a autoridades gubernativas, reúne caracteres de anticonstitucionalidad y podría configurar, si se utiliza un posible delito de detención ilegal de los tipificados en el artículo 184 del Código Penal.

E) Tratamiento de la expulsión en situaciones de excepción

TRATAMIENTO DE LA EXPULSIÓN: INSTITUCIONES DE EXCEPCIÓN

Hasta ahora se ha examinado el régimen jurídico-administrativo español regulador de las sanciones de expulsión de extranjeros en situación de normalidad ciudadana, pero para tener una visión completa sobre la materia se hace preciso su estudio en momentos de excepción, por razones de orden público, y así ver qué diferencia hay entre ambas situaciones en cuanto inciden en el mayor o menor rigor de aplicación por la administración de la sanción de expulsión. El tema aparece contemplado en el artículo 24 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y con estos supuestos la Administración encuentra vía libre para la aplicación de la medida de expulsión, dado que la libertad de circulación, derecho reconocido en el artículo 19 de la Constitución, puede ser dejado en suspenso, según la regulación que de la suspensión de los derechos y libertades lleva a cabo nuestra norma fundamental en su capítulo quinto. En los casos de excepción por los que la seguridad del Estado se ve amenazada, se permite a aquél la adopción de una serie de medidas extraordinarias tendentes a su autodefensa. No obstante la permisividad, la Constitución arbitra un medio de control en su aplicación, cuando dice en el apartado 2 del artículo 55: «La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos en las leyes.»

El artículo 24 de la citada ley orgánica, después de imponer una serie de prestaciones a los extranjeros, como su sujeción a comparecencias ante las autoridades españolas, cumplimiento de las normas que se establezcan en el Decreto de declaración del estado de excepción sobre permisos de residencia y cédulas de inscripción consular, determina en su párrafo 2: «Quienes contravienen las normas o medidas que se adopten, o actuasen en connivencia con los perturbadores del orden público, podrán ser expulsados de España, salvo que sus actos presentasen indi-

cios de ser constitutivos de delito, en cuyo caso se les someterá a los procedimientos judiciales correspondientes.»

Una cuestión que se plantea de inmediato es si la medida de expulsión regulada en la disposición citada puede adoptarse prescindiendo del trámite procedimental de audiencia. En tal sentido creo que la Ley Orgánica 4/1981, de 4 de junio, no limita el ejercicio de derechos procedimentales, como es el de la audiencia del interesado, sino algunos derechos y libertades que aparecen enumerados taxativamente en el artículo 55, apartado 1 de la Constitución. Negar aquel derecho supondría una grave indefensión del ciudadano ante los poderes públicos. Apoya esta tesis la última doctrina del Tribunal Supremo, en la que aun reconociendo la posibilidad lícita de imponer sanciones por las autoridades gubernativas aplicando el procedimiento sumario del apartado 5 del artículo 137 del Reglamento de 31 de enero de 1947, vigente por el Decreto de 10 de octubre de 1958, no excluye aquella sumariedad el otorgamiento de previa audiencia.

La resolución, según el apartado 4 del ya referido artículo 24, debe ir acompañada de una previa justificación sumaria de las razones que las motivan. Su contenido se incardina con el del artículo 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que en su apartado *a)* establece la motivación para los actos que limiten derechos subjetivos.

La impugnación en vía jurisdiccional de la medida de expulsión adoptada al amparo de la referida ley viene recogida en el apartado 1 de su artículo 3.º Por tanto, a mi juicio, cabe la interposición del recurso contencioso-administrativo según el procedimiento regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, y ello en base a las razones ya expuestas con anterioridad.

El contenido del artículo comentado ofrece en principio un juicio crítico negativo importante, y es su no distinción entre extranjeros transeúntes y residentes a efectos de las medidas a adoptar por la Administración. Si el extranjero transeúnte se equipara, según el artículo 16 del Decreto de 14 de febrero de 1974, con el visitante, y que sólo puede permanecer en territorio nacional por el término establecido en el visado, el extranjero resi-

dente, como he indicado con anterioridad, supone un vínculo cualificado con la nación en que vive. Aquella distinción se recogía en la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, en cuyo capítulo III, que regulaba el estado de excepción, derogado expresamente por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, en su artículo 31, distinguía entre aquellas dos calidades de extranjeros. Y así el transeúnte que contraviene las formalidades indicadas por las autoridades u ofreciere indicios de concomitancia con los revoltosos *serán expulsados* del país. Por el contrario, el residente en España estaba sujeto a las mismas disposiciones que los nacionales, y si en su conducta se apreciara connivencia con los perturbadores *podrán ser expulsados* del territorio nacional.

Surge así la paradoja que una ley promulgada en un régimen autoritario ampara los derechos de los extranjeros residentes en España ante una situación de excepción con mayores garantías que otra aprobada por las Cortes de un Estado democrático de Derecho.

F) Perspectivas futuras

Aceptando que el Estado, hoy en día, posee unas facultades de carácter excepcional para poder expulsar de sus límites territoriales a aquellos extranjeros que consideran indeseables, aun con quiebra del derecho internacionalmente reconocido a la libertad de desplazamiento, aquella medida, que reúne las condiciones de una gran gravedad, debe ser tomada sin que se produzcan violaciones al principio de legalidad y mediante el uso de una serie de garantías a favor del inculpado que avalen o aseguren la bondad de la resolución. Por ello el Decreto de 14 de febrero de 1974 debe ser derogado, al menos, en la parcela referente a la sanción de expulsión, pues incumple tanto el principio de legalidad como el de garantías a los encausados, debiendo someterse el contenido de la nueva regulación a nuestra Constitución y al Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España y, por tanto, constitutivo del derecho interno español con rango de ley. Entiendo que como ambas normas han modificado sustancialmente

el *status* del extranjero en España, debiera dictarse por las Cortes una norma que regulase globalmente y en todos los aspectos su situación, cumpliendo con ello el mandato del artículo 13 de la Constitución española de 1978. En materia de expulsiones las modificaciones debieran tender a garantizar al extranjero con residencia legal en el territorio, los siguientes mínimos derechos:

En el tratamiento del extranjero habrá que distinguirse si aquél se encuentra legal o ilegal en nuestro país; entendiéndose por ilegal aquel extranjero que, habiendo entrado en España por los puestos fronterizos habilitados para ello y portando la debida documentación, se encontrasen en descubierto ante la Administración por incumplimiento de trámites que por norma legal vengan impuestos ante ella. En la misma situación se encontrarán los que transpasasen la frontera por lugares no acondicionados para ello o se encontrasen en España sin documentación adecuada. En estos casos la autoridad gubernativa, tras una constatación sumaria, pero fehaciente, de los hechos, resolverá, o bien conceder un plazo suficiente para que acomode su situación a las leyes españolas, o expulsarlo del territorio nacional. Mayores problemas presentan los extranjeros que se encuentran legalmente dentro de la jurisdicción del Estado.

La nueva ley de extranjería debe, para acomodarse a las normas fundamentales antedichas, establecer en su contexto las siguientes garantías:

1.^a Los motivos de expulsión deben estar claramente tipificados y aplicarse con un carácter restrictivo, dada la gravedad de la sanción y los perjuicios de difícil reparación que pueden originarse a una persona sometida a tal medida, dejando al margen la regulación de causas que supongan la aplicación de conceptos indeterminados.

2.^a Debe establecerse o un procedimiento especial en el que se garantiza la audiencia al extranjero o normativizar la aplicación del procedimiento sancionador desarrollado en el capítulo II del título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, introduciendo como variación y como una garantía más eficaz del procedimiento que el trámite de Audiencia se evacue ante un órgano colegiado que podría estar presi-

dido por el magistrado-juez de Primera Instancia e Instrucción-Decano, secretario general del Gobierno Civil y el abogado del Estado-jefe, actuando de secretario un funcionario del Gobierno Civil, designado por el gobernador. Ante dicho órgano se celebraría una visita, cuya duración máxima no podría exceder de una jornada, en la que el inculpado, asistido de letrado, si le interesa, podría efectuar toda clase de alegaciones y aportación de pruebas.

3.^a Respecto a la resolución, y en cuanto al órgano, debe concederse una competencia directa, para una mayor celeridad, a los gobernadores civiles, al tiempo que parece que es la materia de expulsión una de las que entran en la conceptualización de seguridad ciudadana, cuyo valedor en la provincia es el gobernador civil. No obstante, en aquellos casos cuyos hechos cometidos por un extranjero diesen motivos bastantes para la instrucción de un expediente sancionador y se observase que sus repercusiones se extienden a otras provincias, deberá otorgarse la competencia para resolverlo al ministro del Interior. La resolución deberá contener un plazo para que el extranjero pueda abandonar el territorio nacional, que pienso que en determinados casos, como los que sean titulares de propiedades, debe tener una duración de, al menos, tres meses. Durante este término el extranjero debe estar sometido a un régimen de presentaciones ante la Comisaría de Policía que se indique en la resolución. También deberá especificarse el tiempo por el cual la autoridad gubernativa prohíbe la entrada en el territorio nacional al extranjero expulsado, tipificándose, al propio tiempo, como delito su quebrantamiento durante el período de interdicción. El plazo entendemos que no debe ser muy amplio, máximo quizá de dos años, por los daños que pueden originarse en casos de separaciones familiares o de posesión de bienes, además de los morales que siempre acompañan a estas medidas.

En cuanto a los recursos, y como se ha matizado claramente en las páginas anteriores, debe establecerse el contencioso-administrativo regulado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, que tiene como característica de garantía sobre la lega-

lidad de la resolución: la apertura en pieza separada de un procedimiento incidental sumario para tratar sobre la suspensión o no de la resolución de expulsión y el carácter urgente y prioritario de tales recursos. La resolución debe expresar con claridad si la orden de expulsión alcanza o no a los familiares en primer grado del extranjero que con él convivan, o se amparen en su autorización de residencia; de otro modo los problemas familiares que se pueden plantear son numerosos, pudiéndose contravenir la norma constitucional que defiende y garantiza la familia. En este punto ya me he pronunciado con anterioridad, haciéndolo en contra de la medida de expulsión por simpatía de los familiares del extranjero, excepto en aquellos supuestos de voluntariedad de la otra u otras personas familiares o de implicación con el extranjero sometido a procedimiento.

En cuanto a la ejecución no voluntaria por parte del implicado, debe matizarse lo siguiente: Si el expulsado por causas muy graves no puede abandonar el territorio nacional, debe sustituirse tal medida por la domiciliación de aquél en el lugar de la provincia que indique el gobernador civil; y si el extranjero diera motivos suficientes para presumir que sin alegar causas muy graves no desea ejecutar la orden de expulsión, la autoridad gubernativa podrá detenerlo y ponerlo a disposición del juez por si estima procedente su ingreso en prisión durante el tiempo necesario para evacuar los trámites inherentes a su expulsión. No debe faltar tampoco la comunicación de la resolución de expulsión al órgano diplomático del país del extranjero para que la asistencia legal y en otros órdenes quede cubierta, la que deberá efectuarse con toda urgencia.