LTDA. ESTHER LORA GONZÁLEZ ATT.
JOSE LUIS RODRÍGUEZ

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO UNO DE JEREZ DE LA FRONTERA

Procedimiento Abreviado nº 267/2.005.
Pieza Separada de Medidas Cautelares.

AUTO

En Jerez de la Frontera, a dieciocho de noviembre de dos mil cinco.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 16 de noviembre de 2.005, Doña María Alejandra Herrera Penagos presentó escrito interponiendo recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno central en Cádiz de fecha 15 de noviembre de 2.005, recaída en el expediente nº 110020050002811, por la que se acordó la devolución de la interesada a su país de origen en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000.

SEGUNDO.- Por otrosí suplicó la adopción de medida cautelarísima consistente en la suspensión de la ejecución de la orden de devolución, todo ello al amparo de lo prevenido en el artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción, dictándose auto en la misma fecha por el que se acordó, inaudita parte, la suspensión del acto administrativo impugnado, citando a ambos interesados a comparecencia para el día 18 de noviembre a las 14 horas, acudiendo a la citación la parte actora y su Letrada, solicitando ratificación de la medida cautelar, recibiéndose en el juzgado, vía fax, escrito remitido por la Abogacía del Estado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dispone el artículo 129 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción que los interesados podrán solicitar, en cualquier estado del proceso, la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la futura sentencia, añadiendo el artículo 130 siguiente que el órgano jurisdiccional, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto podrá acordar las medidas únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de

la disposición general pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, o sea, cuando existiera una posibilidad cierta de una eventual sentencia estimatoria pero inoperante para restablecer el ordenamiento jurídico vulnerado. También dice el artículo 130, en su párrafo segundo, que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada.

SEGUNDO.- Existe una corriente doctrinal que considera inconveniente la adopción de medidas de este carácter en los supuestos de esta índole, es decir en los que prima el aspecto sancionador, pese a lo cual debe considerarse que el automatismo denegatorio pugna ciertamente con el derecho de los ciudadanos a una justicia cautelar derivada directamente de la Constitución: se trata de extremar el cumplimiento de la tutela judicial efectiva, de llevar hasta el límite el principio de presunción de no culpabilidad, piedras angulares del derecho sancionador tanto en el ámbito penal como en el administrativo, sin establecer distinciones que pudieran tacharse de discriminatorias en función de la raza o la nacionalidad de los afectados.

El proceso cautelar, actualmente, tiene como fin esencial, preservar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Esta relación de medio a fin existente entre la institución cautelar y el derecho fundamental citado lo recordó ya el Tribunal Supremo en el auto de 20 de diciembre de 1.990, afirmando que el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución implica, entre otras cosas, el derecho a una tutela cautelar. El Tribunal Constitucional ha refrendado esta línea doctrinal en sentencias tales como las de 10 de febrero de 1.992, 17 de diciembre de 1.992 y 29 de abril de 1.993, lo que conduce a sostener expresamente que todas las cuestiones que en el proceso cautelar sean susceptibles de plantearse han de ser resueltas primando la consideración y las exigencias de esa idea básica o ánimo rector.

El Tribunal Constitucional, asimismo, desde la sentencia 18/81, de 18 de junio viene diciendo que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la norma suprema. Esta doctrina está asentada sólidamente y prueba de ello es que la sentencia de 26 de enero de 1.999, nº 3/99, reitera lo ya manifestado y lo expresa con abundante cita de todas las resoluciones dictadas en los últimos tiempos a ese respecto.

No hay que olvidar, finalmente, que la filosofía de la Jurisdicción se ha modificado. Antes de la vigente Ley Reguladora se trataba de interponer un recurso contra un acto de la Administración que gozaba de una cierta presunción de veracidad y de legitimidad, motivo por el cual la suspensión del mismo tenía carácter de excepcionalidad, ahora, se está ante un supuesto diferente, se trata de dos partes que comparecen ante el órgano jurisdiccional

en situación de igualdad total, con identidad de armas y sin que ninguna de ellas disfrute de privilegios procesales respecto de la otra.

La exposición de motivos de la Ley, en el párrafo segundo del nº 5 del apartado VI recuerda que "se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a *la tutela judicial efectiva, tal como tiene declarado la* jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario".

TERCERO.- En los casos en que se contraponen principios legales de trascendente importancia *es necesario ponderar los mismos para lograr una* solución razonable y proporcionada.

Frente al concepto de finalidad legítima, "periculum in mora" y al criterio del "fumus", esgrimidos por la doctrina administrativa tradicional, la *jurisprudencia constitucional ha venido reaccionado* en el sentido de inclinarse por la preeminencia de los *principios constitucionales* de tutela judicial y presunción de no-culpabilidad. *En definitiva, en los supuestos de necesidad de* ponderación la interpretación debe ser siempre favorable a los derechos y libertades fundamentales.

El examen provisional de la cuestión, con base en una aportación aún no completa de datos y razonamientos que contradictoriamente afluirán al *proceso, que conlleva la toma en consideración de esa condición de probable* perjuicio para el derecho del demandante, constituye claramente un riesgo; pero para un Estado de Derecho siempre será, o *deberá ser, más temible el* riesgo de la irreversible conculcación del derecho del ciudadano. Desde esta perspectiva, lo más importante no es tanto la posibilidad de éxito de la *demanda, como que* la pretensión no esté a primera vista desprovista de todo fundamento.

En el presente caso, *debe reiterarse lo que ya se dijo en el auto de 16* de noviembre pasado con respecto a la suspensión de la ejecución de la orden de salida obligatoria, pues no cabe duda de que dada la materia sobre la que versa el presente recurso y acordando la resolución impugnada la salida obligatoria de la demandante del territorio nacional, el levantamiento de la *suspensión cautelar se podría traducir en la frustración de la finalidad del propio* recurso, atendido su objeto y circunstancias del caso si luego se estimara el mismo en sentencia, pues en *tal caso se habría producido ya la salida* obligatoria de la recurrente del territorio nacional, creándose una situación prácticamente irreversible, lo que significaría la inutilidad de la resolución judicial y convertiría la actuación jurisdiccional en una mera apariencia de tutela sin efectividad real alguna. Además, al realizar una ponderación de los intereses *públicos o de terceros en juego, con amparo en lo dispuesto en el artículo 130* LJCA, no se aprecia que la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución impugnada implique perturbación grave de los intereses generales o de tercero,

sino que simplemente retrasaría la ejecución de tal medida, condicionándola al resultado del presente recurso contencioso administrativo.

En el presente supuesto parece que lo más prudente es esperar el curso de los acontecimientos. Está acreditado que la afectada se halla empadronada en esta ciudad desde el 21 de agosto de 2.003, en calle del Mar nº 3, 8ª, puerta D, habiéndolo estado antes en Gexto en el año 2.002 junto con su hermano Don José Rogelio Herrera Penagos, el cual tiene residencia legal en España, donde se le ha expedido el permiso administrativo de conducir. Por último manifestar que la demandante mantiene una relación sentimental con un ciudadano español, el cual ha asegurado que está dispuesto a formalizar su relación de pareja una vez que obtenga el divorcio de su actual esposa.

Por otra parte, la Sra. Herrera Penagos solicitó con fecha 19 de abril de 2.005 autorización residencia y trabajo en la Subdelegación del Gobierno central en Málaga por ser en esa provincia en la que tenía la oferta de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera del real Decreto 2393/04, sin que haya recibido ni ella ni su abogado noticias alguna sobre la resolución de la petición efectuada y pese a las reiteradas comunicaciones enviadas en demanda de noticias al respecto, todo lo cual indica que posee un principio de arraigo laboral y familiar que permite invocar el artículo 39 de la Constitución.

En este caso el respeto a esos principios constitucionales y a esa realidad fáctica, hace innecesario el cumplimiento de la orden de salida obligatoria, por lo que procede acceder a la pretensión deducida por la demandante adoptando la medida suspensoria solicitada, la cual se mantendrá hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al proceso o haya este finalizado por cualquiera de las otras causas previstas en la ley y sin perjuicio de la posible modificación de la medida en uno u otro sentido o de su revocación si se modificaran las circunstancias contempladas en esta resolución, tal y como previene el artículo 132 de la Ley de la Jurisdicción.

CUARTO.- La presente resolución es apelable en su solo efecto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80.1º a) en relación con el 81.1, a) ambos de la Ley de la Jurisdicción.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139, no apreciándose temeridad ni mala fe en las partes, no procede pronunciamiento sobre costas.

Por lo expuesto, procede y

ACUERDO

RATIFICAR la medida cautelar adoptada en el auto de 16 de noviembre pasado y, en consecuencia, mantener la suspensión de la ejecución

del acto administrativo recurrido. Dicha medida se mantendrá por el tiempo y en las condiciones reseñadas en el fundamento jurídico tercero de esta resolución. Sin imposición de costas y sin exigir caución.

Comuníquese este auto al órgano administrativo autor de la actuación impugnada, el cual dispondrá el inmediato cumplimiento de lo acordado. Llévese testimonio de esta resolución a los autos principales.

Notifíquese a las partes personadas advirtiéndoles que contra esta resolución cabe RECURSO DE APELACIÓN EN UN SOLO EFECTO, a interponer ante este Juzgado mediante escrito en el plazo de QUINCE DIAS, a contar desde el siguiente a la notificación de la misma.

Así, por este auto, lo acuerda y firma el Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número Uno de Jerez de la Frontera, D. JOSE-MIGUEL MARTINEZ GONZALEZ DEL CAMPO. Doy fe.

Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Jerez
REPÚBLICA JUDICIAL
SECRETARÍA

ES COPIA