

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO

CUESTIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS EN SU
APLICACIÓN EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

Vladimir Everaldo Núñez Herrera



eBook en www.colex.es





eBook gratuito en COLEX Online

- Acceda a la página web de la editorial **www.colex.es**
- Identifíquese con su usuario y contraseña. En caso de no disponer de una cuenta regístrese.
- Acceda en el menú de usuario a la pestaña “Mis códigos” e introduzca el que aparece a continuación:

RASCAR PARA VISUALIZAR EL CÓDIGO

- Una vez se valide el código, aparecerá una ventana de confirmación y su eBook estará disponible en la pestaña “Mis libros” en el menú de usuario

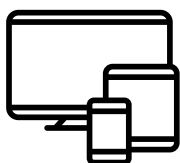
No se admitirá la devolución si el código promocional ha sido manipulado y/o utilizado.



¡Gracias por confiar en Colex!

La obra que acaba de adquirir incluye de forma gratuita la versión electrónica. Acceda a nuestra página web para aprovechar todas las funcionalidades de las que dispone en nuestro lector.

Funcionalidades eBook



**Acceso desde
cualquier dispositivo**



**Idéntica visualización
a la edición de papel**



Navegación intuitiva



Tamaño del texto adaptable

Puede descargar la APP “Editorial Colex” para acceder a sus libros y a todos los códigos básicos actualizados.



Síguenos en:



LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

**CUESTIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS EN SU
APLICACIÓN EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA**

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

**CUESTIONES TEÓRICAS Y PRÁCTICAS EN SU
APLICACIÓN EN EL DERECHO DE EXTRANJERÍA**

Vladimir Enealdo Núñez Herrera

COLEX 2023

Copyright © 2023

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Vladimir Eneraldo Núñez Herrera

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-622-8
Depósito legal: C 459-2023

SUMARIO

ABREVIATURAS	17
---------------------------	----

INTRODUCCIÓN	25
---------------------------	----

CAPITULO I.

LA VIGENTE REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN ASUNTOS SOMETIDOS AL DERECHO DE EXTRANJERÍA

1.1. Consideraciones generales	41
1.2. Presupuestos generales de las medidas cautelares. Su interpretación y aplicación en las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería	67
1.2.1. Consideraciones previas	67
1.2.2. El <i>periculum in mora</i> . La finalidad legítima del recurso	72
1.2.2.1. Operación jurídica determinación <i>prima facie</i> de las consecuencias de previsibilidad del peligro, daños y consecuencias	74
1.2.2.2. Operación jurídica determinación <i>prima facie</i> si la medida cautelar puede perjudicar gravemente el interés general o de tercero	80
1.2.2.3. La finalidad legítima del recurso, no siempre es motivo suficiente para la medida	83
1.2.3. El <i>fumus boni iuris</i>	84
1.2.3.1. La cuestión prejudicial como elemento conformador del <i>fumus boni iuris</i>	92
1.2.4. Los intereses generales y de terceros, intereses individuales. Obligaciones positivas. Proporcionalidad/razonabilidad de intereses. Daños irreparables/irreversibles	94
1.2.4.1. Consideraciones previas	94
1.2.4.2. Aproximación a una configuración de interés general según la LOEX	94
1.2.4.3. Configuración de los intereses individuales según la LOEX ...	97
1.2.4.4. Identidad de ambas configuraciones	97
1.2.5. Conclusiones parciales	104

CAPITULO II. LEGITIMACIÓN

2.1. Consideraciones previas	107
2.2. Su configuración y naturaleza jurídica	109
2.2.a) Capacidad procesal (art. 18 LJCA)	109
2.2.b) Legitimación (art. 19 LJCA).	110
2.2.c) Interés legítimo	111
2.3. Asociaciones	114
2.4. Ministerio fiscal	118
2.5. Menores y MENAS. Accesibilidad al recurso cautelar	119
2.5.1. Conformación de la capacidad. Defensor judicial	119
2.5.2. Conflicto de intereses (repatriación, devolución, determinación de la edad). Aproximación a su solución. Suspensión automática. . .	121
2.5.2.a) Nombramiento defensor judicial	122
2.5.2.b) La suspensión automática del procedimiento	123
2.5.2.c) Solución con el derecho interno actual	124
2.6. Terceros interesados	127
2.7. Extranjeros privados de libertad. Accesibilidad al recurso cautelar	130
2.8. Conclusiones parciales	135

CAPITULO III. CAUCE CAUTELAR, ADOPCIÓN. LA CAUCIÓN. MODIFICACIÓN, LEVANTAMIENTO. NUEVAS CIRCUNSTANCIAS. LAS CAUTELARÍSIMAS. VÍA DE HECHO. LAS MEDIDAS CAUTELARES POSITIVAS. ANOTACIÓN DE DEMANDA EN REGISTRO CENTRAL DE EXTRANJEROS

3.1. Consideraciones previas	139
3.2. El cauce procesal para la adopción de las medidas cautelares en el Derecho de Extranjería. El incidente cautelar	144
3.3. La caución en las medidas cautelares de extranjería	146
3.3.a) Consideraciones previas	146
3.3.b) La caución en las medidas cautelares de extranjería	148
3.3.b.1) Formas de caución según tipo de actos y medidas	151
3.3.b.1.a) Cauciones ante medidas cautelares personales..	152
3.3.b.1.b) Cauciones ante medidas cautelares personas jurídicas .	153
3.4. Modificación. Revocación. Nuevas circunstancias	154
3.5. Cautelarísimas. Procedimiento. Interpretación y aplicación en el derecho de extranjería.	156
3.5.1. Consideraciones previas	156
3.5.2. Definición de la especial urgencia. Naturaleza jurídica	167

SUMARIO

3.5.3. Medidas de agilización procesal (art. 135.2)	175
3.5.3.a) Consideraciones previas.	175
3.5.3.b) Limitación del art. 135.2 respecto al art. 135.1.a)	177
3.5.3.c) Limitación del art. 135.2 respecto al art. 135.1.b)	178
3.5.4. Servicio de guardia. Juzgados de instrucción y contencioso- administrativos. Reglamento 1/05 CGPJ. Acuerdo de 2007. Su vigente legalidad	182
3.5.4.a) Consideraciones previas. Accesibilidad-admisibilidad. Determinación de la imputabilidad de la pérdida del recurso	182
3.5.4.b) Determinación de la competencia. Domicilio. Órgano autor del acto originario impugnado. Consideraciones previas	186
3.5.4.b).1. Domicilio y la Regla Segunda del art. 14.1 LJCA. Los CIE y los lugares de detención	190
3.5.4.b).2. Órgano autor del acto originario impugnado	198
3.5.4.c) Levantamiento, modificación de la medida cautelarísima. Levantamiento medida cautelar internamiento. Juzgados de instrucción o contencioso- administrativo. ¿Parcialidad o imparcialidad objetiva?	201
3.5.4.c).1 Consideraciones previas	201
3.5.4.c).2. Levantamiento medida cautelar internamiento. Juzgados de instrucción o contencioso- administrativo. Aproximación a una solución	203
3.5.4.c).3. ¿Parcialidad o imparcialidad objetiva? Acumulación funciones enjuiciamiento o conocimiento previo del asunto. Consideraciones previas	206
3.6. Inactividad/Vía de hecho	211
3.6.1. Consideraciones previas.	211
3.6.2. Singularidad o especialidad de la medida en el Derecho Extranjería. Presupuestos y características de la medida	215
3.6.2.a). Régimen especial de Ceuta y Melilla	219
3.7. Las medidas cautelares positivas	222
3.7.1. Consideraciones previas	222
3.7.2. Requisitos y características de negatividad jurisprudencial. Su aplicación en la práctica	225
3.8. Medida cautelar de anotación preventiva de demanda o medidas cautelares en Registro Central de extranjeros y Registro de Menores Extranjeros No Acompañados	235
3.8.1. Consideraciones previas.	235
3.8.2. Soporte normativo	239
3.8.3. Presupuestos y características de la medida.	241
3.9. Conclusiones parciales	246

SUMARIO

CAPITULO IV. PRUEBA

Prueba	251
------------------	-----

CAPITULO V. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

5.1. Consideraciones previas	257
5.2. Ejecución del auto de medida cautelar. Ejecución forzosa y ejecución provisional	262
5.2.a) La ejecución forzosa de la medida cautelar	262
5.2.b) La ejecución provisional de la medida cautelar ante recurso apelación	264
5.3. Conclusiones parciales	266

CAPITULO VI. RECURSOS IMPUGNATIVOS CONTRA LOS AUTOS DE MEDIDAS CAUTELARES

6.1. Consideraciones previas	269
6.2. Recurso de apelación contra autos de medidas cautelares	274
6.3. Recurso de casación respecto de los autos de medidas cautelares.	276
6.4. Conclusiones parciales	279

CONCLUSIONES GENERALES	281
---	------------

BIBLIOGRAFÍA	289
-------------------------------	------------

JURISPRUDENCIA

Sentencias del TEDHH	305
Sentencias del TJUE	306
Sentencias del TC	307
Autos TC	309
Sentencias del TS	310
Autos del TS	313
Sentencias y Autos de la AN	315
Sentencias del TSJ Andalucía.	315
Sentencias del TSJ Aragón.	316
Sentencias del TSJ Cantabria	317

SUMARIO

Sentencias del TSJ Castilla y León	317
Autos TSJ Castilla La Mancha	317
Sentencias y Autos del TSJ Cataluña	317
Sentencias del TSJ Comunidad Valenciana	318
STSJ Galicia	318
Sentencias y Autos del TSJ Madrid	318
Sentencias del TSJ Murcia	320
Sentencias y Autos del TSJ País Vasco	320
Sentencias y Autos del TSJ Rioja	320
Audiencias provinciales	320
Sentencias juzgados	320
Autos de juzgados.	320

ABREVIATURAS

AE	Abogado del Estado. Abogacía del Estado.
AJCA	Auto Juzgado Contencioso Administrativo.
AJI	Auto Juzgado Instrucción.
AN	Audiencia Nacional.
Art.	Artículo.
ATC	Auto del Tribunal Constitucional.
ATJUE	Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
ATS	Auto del Tribunal Supremo.
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
CoDN	Convención de los Derechos del Niño.
CE	Constitución Española.
CEC	Centro de Estudios Constitucionales.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros.
CITES	Centros de Estancia Temporal de inmigrantes.
CDN	Comité sobre la Convención de los Derechos de Niño.
Coord.	Coordinador.
CUE	Ciudadano de la Unión Europea.
CSE	Carta Social europea.
DGP	Dirección General de la Policía.

DI	Derecho Internacional.
Dir.	Director.
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea.
DUE	Derecho de la Unión Europea.
Ed.	Edición.
ELSJ	Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.
EM	Estado Miembro.
FD	Fundamento de Derecho.
FGE	Fiscalía General del Estado.
FJ	Fundamento Jurídico.
GC	Guardia Civil.
GS	Gran Sala.
INAP	Instituto Nacional de Administración Pública.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LJCA	Ley 29/1998 de 13 de Julio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
LO	Ley Orgánica.
LO 4/00	Ley Orgánica Sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social.
LOCJ	Ley Orgánica Conflictos Jurisdiccionales.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOPSC	Ley Orgánica Protección de la Seguridad Ciudadana.
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
LMAP	Ley de Medidas de Agilización Procesal.
LPACAP	Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
MENAS	Menores no acompañados.
MF	Ministerio Fiscal.
ONG	Organización no Gubernamental.
ONU	Organización de Naciones Unidas.
P. ej.	Por ejemplo.
PDESC	Pacto de derechos Económicos Sociales y Culturales
PMIM	Pacto Mundial de las Migraciones.
RAP	Revista de Administración Pública.
RCE	Registro Central de Extranjeros.
RCIE	Reglamento CIE. Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.
RD	Real Decreto.

RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo.
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia.
Rec.	Recurso.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
REDI	Revista Española de Derecho Internacional.
REDE	Revista Española de Derecho Europeo.
RDME	Revista de Derecho Migratorio y Extranjería.
RDP/UNED	Revista de Derecho Político. UNED.
RGDC	Revista General de Derecho Constitucional.
RJD	Revista de Jurisprudencia. El Derecho.
RLD	Residente Larga Duración.
RMENA	Registro Central de Menores Extranjeros No Acompañados.
RLOEX	Reglamento de la Ley de Extranjería.
RPTJUE	Reglamento de Procedimiento del TJUE.
RTEDH	Reglamento del TEDH.
RTS	Revista de treball social.
RVAP	Revista Vasca de Administraciones Públicas.
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJA	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
STSJCant.	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.
STSJCat.	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
STSJCL	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.
STSJCV	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Valenciana.
STSJG	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
STSJIB	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares.
STSJM	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
STSJMur.	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Murcia.
STSJN	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra.
STSJPV	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de País Vasco.
STSJR	Sentencia Tribunal Superior de Justicia de La Rioja.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de Unión Europea.
TL	Tratado de Lisboa
TUE	Tratado de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.

PRÓLOGO

La presente obra *Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo: cuestiones teóricas y prácticas en su aplicación en el Derecho de Extranjería* es fruto del esfuerzo investigador del Dr. Núñez Herrera, el cual ha dedicado estos últimos años a ello. Me complace presentar esta edición cuidadosamente publicada por Editorial Colex la cual recoge una parte de los trabajos de investigación realizados por el autor en esta materia.

En este caso el autor aborda una materia muy conocida, las medidas cautelares, pero en un área de trabajo muy compleja y transversal, el Derecho de Extranjería, a su vez poco tratada con la sistematicidad empleada por el mismo, lo que constituye en sí una novedad. El núcleo de esta obra se sitúa en el ámbito la interpretación teórica y aplicación práctica de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo en la especialidad señalada —el derecho de extranjería o migratorio—. Reconoce el autor que es difícil encontrar una solución adecuada y pacífica al tema, atendiendo a su señalada complejidad y transversalidad, aunque creo que ello es positivo debido precisamente a lo polémico del trabajo y a pesar de ello se podrá percatar el lector que se proponen más de cinco aproximaciones de soluciones objetivas y viables, con coherencia y argumentación lógica a diferentes problemáticas, como el interés general visto desde la óptica de la especialidad, o la compleja solución de la designación de defensor judicial cuando existen conflicto de intereses con los niños, niñas y adolescentes no acompañados, proponiendo como solución la suspensión automática, la cual está en plena correspondencia con el contenido y alcance del art. 13 del CEDH o del art. 47 de la CDFUE, o la reticencia a la adopción de medidas cautelares positivas, incluso realiza un acercamiento y posición de postura respecto a determinadas medidas cautelares adoptar, como pueden ser las registrales, las cuales como señala el autor podrían solucionar varios aspectos, entre ellos, evitar detenciones o internamientos en CIE innecesarios. Quizás sean estos mismos motivos los cuales hacen las reservas del autor respecto a las soluciones propuestas o más bien a su modestia y de su gran sentido autocrítico. Cuestión distinta es que las soluciones sean compartidas o no, pero ello no ha de verse como algo negativo a la investigación plasmada, sino más bien como un punto de inflexión, como un reto para seguir investigando y profundizando sobre el tema y dar soluciones más garantistas como ha de corresponder a una sociedad democrática.

Como reconoce el autor la obra se enfrenta a unos conceptos sobre las medidas cautelares en el contencioso-administrativo donde el TS ha venido consolidando una jurisprudencia casi inamovible sobre las mismas, una jurisprudencia que en la presente especialidad ha estado tendente a calificar el uso de la institución de las medidas cautelares como un abuso de derecho, una mala fe procesal por parte de los extranjeros, responsabilizando a dichos justiciables con la desconfiguración o desnaturalización de las medidas cautelares. Frente a ello, el autor recuerda insistentemente que la garantía de la justicia cautelar forma parte de la tutela judicial efectiva y que su adopción debe hacerse sobre la base de la conjugación de dos criterios, de un lado, —el *periculum in mora*— la ejecución del acto pueda hacer perder la finalidad legítima del recurso (artículo 130 de la expresada Ley Jurisdiccional) y de otro, hacer una previa valoración circunstanciada y ponderada de los intereses en conflicto, lo que determinará la adopción o denegación de la medida cautelar cuando esta pueda causar perturbación grave a los intereses generales. A la vista de esto, continúa siendo el *periculum in mora* el requisito que operar como criterio decisor de la suspensión cautelar. Se desprende de ello que lo que justifica la adopción de la medida cautelar es la garantía final de la eficacia de un posible fallo favorable para el interesado, de manera que la ejecución del acto no impida la realización de la eventual declaración del derecho del recurrente en la sentencia, es decir, el restablecimiento de su titularidad jurídica. En todo caso, junto a ese perjuicio para el derecho del recurrente han de valorarse como he señalado el interés público y los intereses de tercero afectados que, hacen que, aun concurriendo el *periculum in mora*, pueden justificar la denegación de la medida solicitada. Dicho con otras palabras, lo que se pretende con la adopción de la medida, es en general, evitar la frustración de la finalidad legítima del recurso, evitar que durante el tiempo que dura la sustanciación del recurso contencioso-administrativo hasta su resolución definitiva, se quiebre tal propósito, asegurando de este modo la eficacia de la sentencia que ponga fin al mismo, es decir, que la misma tenga un efecto útil y pueda ser cumplida. En definitiva, se trata de asegurar la efectividad de la sentencia, artículo 129 de la LJCA). El autor resalta que, en la materia de derecho extranjero o migratorio, el análisis *prima facie* de la previsibilidad del daño irreversible por la ejecución del acto debe potencializarse, agregar un *plus* al alza en dicho control jurisdiccional, precisamente porque de ejecutarse el acto y estimarse el recurso no se garantizaría la efectividad de la sentencia debido a que los daños son irreversibles. Desgrana el autor lo antes dicho con varios ejemplos prácticos y con abundante jurisprudencia. Agrega, defendiendo que la previsibilidad del daño irreversible al justiciable extranjero en la mayoría de las ocasiones en la presente disciplina está estrechamente relacionada con la dignidad de la persona y los derechos humanos y libertades fundamentales.

Unido a lo anterior se encuentra el debate sobre el *fumus boni iuris*, el cual en la jurisdicción contencioso-administrativa no viene expresamente reco-

gido en el articulado, de la LJCA (a excepción de los supuestos de inactividad y vía de hecho). A estos efectos no está de más recordar que la introducción de este presupuesto es fruto de la jurisprudencia sobre la materia y que en su momento la doctrina del «*fumus boni iuris*» desbordó el marco que fijaba la vieja LJCA de 1956, lo que supuso un gran avance en la tutela cautelar, que la jurisprudencia más reciente, en aplicación de la vigente LJCA de 1998, la ha ido matizando, y limitado sus efectos, al extremo que existe una reticencia sobre su valoración y aplicación. De hecho, el TS en su jurisprudencia más reciente señala y ratifica que para apreciar este presupuesto han de concurrir determinados supuestos, entre ellos, la nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta; en supuestos de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; o ante la existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior, aunque no sea firme; y ante la existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración se opone con un comportamiento de resistencia o posición contumaz contra el mismo. Ante esta realidad jurisprudencial el autor toma los criterios antes expuestos y analiza su comportamiento en la presente especialidad llegando a la conclusión que en muchos casos donde se valora el presente presupuesto la Administración ha mantenido una posición contumaz o de resistencia ante actos donde ya la jurisprudencia los ha declarados nulos y, sin embargo, los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo no tienen en cuenta esta propia jurisprudencia consolidada del TS. A su vez, sobre el presente presupuesto el autor destaca su importancia para la disciplina migratoria y su relación con el Derecho de la Unión Europea y las cuestiones prejudiciales interpretativas, concluyendo que estas últimas pueden conformar ese buen derecho cuando el acto no es claro o no está aclarado y precisamente existe interpuesta una cuestión prejudicial interpretativa.

En este orden de cosas y estrechamente relacionado con ese debate de la desconfiguración de la medida cautelar en la presente especialidad el Dr. Núñez Herrera, introduce cuidadosamente otro elemento valorativo, el debido proceso o proceso equitativo art. 6 del CEDH y el art. 41 de la CDFUE, en cuanto al derecho a una buena administración, recordado que este último ha sido reconocido en nuestro derecho interno a través de la LO 1/08 por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa y de la propia CDFUE, preguntándose, entre otras cosas, como puede influir el mal actuar, la posición contumaz o desidia de la administración cuando vulnera derechos como los antes referenciados ante la solicitud que realice un justiciable alegando tales vulneraciones desde la propia fase cautelar; se pregunta si se debilita o desvanece la presunción de legalidad o no de esa autotutela ejecutiva de la Administración ante estas vulneraciones. A estas y a otras cuestiones les da respuesta el autor tras un amplio y refrendado análisis doctrinal y jurisprudencial.

Son precisamente los aspectos antes dichos los que aportan su merecido valor a la obra, pues el autor sobre esos pilares, valores y reconocimiento

consolidados realiza un profundo estudio, no solo de la propia jurisprudencia del TS, que como él mismo señala, está llena de vaivenes, sino de la TEDH, del TJUE y del propio TC para llegar a conclusiones tan claras como que las doctrinas y jurisprudencias no pueden ser trasladadas miméticamente de una especialidad a otra, maxime como en la materia que se estudia en la presente obra, donde en definitiva lo que se está valorando es la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad, como máxima expresión de cualquier derecho humano o fundamental.

Sobre esto último —los derechos humanos, las libertades y derechos fundamentales— insiste mucho el autor, realizando un análisis axiológico que también se contrapone en muchos aspectos al criterio del TS respecto, por ejemplo, a que en la doctrina interpretativa del mismo sobre la apariencia de buen derecho considera que no se debe esgrimir cuestiones sobre los derechos fundamentales vulnerados ya que son impropias de una pieza de medidas cautelares, al resultar prematuras y comprometen, en fin, la resolución que pudiera poner fin al recurso contencioso-administrativo. Al respecto, el autor se alza con un criterio totalmente contrario y desarrolla un amplio argumentario para sostener su opinión, partiendo y ratificando que precisamente lo que se pretende asegurar con la medida es el resultado de la sentencia, que es en definitiva que el ciudadano extranjero pueda tener una vida digna.

En esencia se analizan conceptos, problemas de fundamentación, la resistencia al cambio, la ineficacia de los recursos, la tolerancia de los órganos administrativos superiores, así como se introducen cosas totalmente novedosas, como es el concepto interpretativo del interés general multinivel, que hacen que la presente obra sea un punto de partida para muchas otras investigaciones sobre esta materia en aspectos sustantivos o procesales.

La obra es expresión de una amplia búsqueda bibliográfica y jurisprudencial, existe una pluralidad de criterios, pero llevados a una profunda unidad conceptual que hace que el estudio jurídico tenga, tanto, un carácter teórico, como práctico, que podrá ser de gran utilidad a los operadores jurídicos.

El libro se inicia con una introducción, que explicita la complejidad del estudio, perfila el hilo conductor y plantea los principales temas que preocupan al autor. Continúa con seis capítulos donde se van desmembrando paso a paso el cauce cautelar en la presente especialidad, abordando precisamente en el primer capítulo los presupuestos de las medidas cautelares. Analiza dichos presupuestos desde el punto de vista teórico conceptual e histórico y su interpretación respecto a la especialidad en estudio. Destaca cómo considera que debe ser interpretado el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* en la materia migratoria. Sobre el *periculum in mora*, como he señalado, el autor centra su atención, no solo en su importancia de garantizar la finalidad legítima del recurso y luego de la sentencia, sino que profundiza sobre la previsibilidad del peligro, daños irreversibles y las consecuencias de la ejecución del acto administrativo sobre el ciudadano extranjero y sus familiares interesados con

interés legítimo. En cuanto al *fumus boni iuris*, como ya expuse, el Dr. Núñez realiza un importante análisis de la relación del mismo en cuanto al planteamiento de cuestiones prejudiciales sobre actos interpretativos o sobre la doctrina de los actos claros, concluyendo que las cuestiones prejudiciales en la presente materia pueden constituir un elemento integrador para el análisis del buen derecho, debido precisamente a que los conceptos no son claros y mientras se aclaran deben ser a favor del actor extranjero solicitante de la medida cautelar.

Sobre esta cuestión, la adopción de una medida cautelar favorable, señala el autor que se debe superar la estigmatización que hay al respecto, ya que si fuera concedida la medida cautelar y luego el principal es desfavorable en nada afecta, perjudica o perturba al interés general, ello por dos razones fundamentales, una, porque se logra una regularización provisional en correspondencia con los intereses generales de la materia, dos, por una de las características propias de las medidas cautelares su temporalidad.

En este capítulo y en estrecha relación con lo anterior el autor desarrolla una aproximación de definición del interés general en la presente especialidad nunca antes realizada sobre la base teórica del dinamismo del mismo, incluso incorpora un análisis sobre el denominado interés multinivel que pueda existir en la misma al estar en su gran mayoría regulada por el Derecho de la Unión, por lo que se tendría que tener en cuenta el interés general de la UE y el efecto útil del derecho de la Unión en determinados aspectos, como por ejemplo, los estudiantes. Destaca al respecto un análisis muy actualizado de la reciente reforma del Reglamento de Extranjera (RD 629/22) en cuanto a que en el Preámbulo del mismo se reconoce precisamente lo defendido por el autor, el papel de la inmigración en el tejido socioeconómico, laboral y cultural del país, estando ello en correspondencia con el criterio del Defensor del Pueblo expuesto en varios de sus Informes anuales, superando así la estigmatización establecida al respecto, lo que trae como consecuencia, como bien señala el Dr. Núñez Herrera que se han de superar las formulas rituales en cuanto al análisis valoración de la proporcionalidad razonabilidad de los intereses en conflicto. Concluyendo en este punto que existe una especie de convergencia o simetría entre el interés general y los intereses individuales e incluso de los intereses legítimos de aquellos interesados que puedan ser parte en el proceso, como pueden ser, cónyuges, hijos, entre otros. Lo anterior, debido al papel del extranjero en la sociedad, tanto en el tejido económico, productivo, como en el social propiamente dicho, aspecto a tener muy en cuenta al momento de acordar una medida cautelar.

El nudo gordiano del libro se formula en el capítulo III al abordar el cauce procesal cautelar propiamente dicho. Aquí se analizan temas tan complejos como la definición de la especial urgencia o las cautelarásimas del art. 135.2 de la LJCA y el Reglamento 1/05 CGPJ, Acuerdo de 2007 y las funciones de los juzgados de instrucción de guardia, tanto para la adopción de medidas cautelares de internamiento, como conocer a su vez de medidas cautelarásimas de suspensión del acto. Llegando a abordar la compleja situación de la posible

existencia de elementos de una posible parcialidad objetiva y funcional o si el juez de lo contencioso-administrativo podría estar legitimado para que en la audiencia o la comparecencia del art. 135. 1-a) de la LJCA para el mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida cautelarísima, pueda o tengan competencia para conocer lo referente al mantenimiento, modificación o levantamiento de la medida cautelar de internamiento, en un examen completo y *ex nunc*. Realiza aquí el autor un análisis basado en la jurisprudencia del TJUE proyectando una aproximación resolutive al problema, fundamentada para ello cuatro argumentos o razonamientos que sostienen que el juez de lo contencioso-administrativo puede en el momento de dicha audiencia o comparecencia levantar, mantener o modificar la medida de internamiento. En igual sentido se analizan temas como la efectividad del recurso y la tutela judicial efectiva ante disfunciones de determinación de competencia por razón de domicilio o por razón del órgano que dictó el acto, es decir, la accesibilidad-admisibilidad del recurso ante situaciones de urgencia y el cuestionamiento de competencias, cuando el recurrente está detenido o se encuentra en un CIE, abordando la particularidad de que si estos lugares de detención pueden ser considerados domicilio. Realizado los estudios antes mencionados finalmente el autor como he señalado realiza aproximaciones resolutive, proponiendo al efecto propuestas de *lege ferenda*.

En este capítulo tres trata otros temas tan medulares como las vías de hecho y el régimen especial de Ceuta y Melilla, ello sobre la base del reconocimiento por parte del TC de la constitucionalidad de dicho régimen (STC 172/20), señalando la complejidad práctica del tema ante la ausencia de procedimiento y ante realidades tan cercanas y cruentas como las sucedidas en el mes de julio del año 2022. Al respecto el autor destaca la importancia del análisis de la convencionalidad internacional de la cual España es parte y donde los órganos jurisdiccionales ordinarios tienen el deber-obligación de control y cumplimiento. A su vez en el capítulo tercero analiza el no menos polémico tema de las medidas cautelares positivas en la especialidad, aquí el Dr. Núñez hace una recensión de conceptos utilizados por la jurisprudencia para justificar la no concesión de la medida positiva, esta recensión la lleva al plano del análisis lógico jurídico y dogmático para demostrar que la forma en que son utilizados dichos conceptos o frases rituales, son de una manera u otra expresiones instrumentalizadas a través de los tiempos y trasladadas miméticamente de una resolución a otra, proponiendo finalmente una aproximación reinterpretativa al respecto.

Por último, en este capítulo tercero el autor configura y realiza una aproximación a una medida cautelar a partir del *numerus apertus* de medidas cautelares, estructurando de forma sistemática y fundamentada la medida cautelar de anotación preventiva de demanda o medidas cautelares en Registro Central de Extranjeros y Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. En dicho estudio argumenta sobre el *periculum in mora*, y sobre la ausencia de perturbación grave a los intereses generales y como ambos registros cumplen precisamente funciones registrales, de fe pública y del tráfico jurídico de los

extranjeros. Fundamenta su propuesta, entre otros aspectos, precisamente en el anteproyecto en trámite legislativo sobre la determinación de la edad de los MENAS, donde la propuesta de ley remite en consulta precisamente al Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. Destaca que con esta medida se pueden evitar muchos otros problemas prácticos, como detenciones innecesarias o incluso medidas cautelares de internamiento en CIE ante situaciones de imposibilidad de expulsión o lo que el TJUE ha denominado «*perspectiva razonable de expulsión*», dando así una alternativa de solución a través del control judicial a las Recomendaciones del Defensor del Pueblo a la Secretaría de Estado de Seguridad sobre la comprobación que debe realizar la policía sobre la ficha actualizada del Registro Central de Extranjeros (Adexttra) al procederse al ingreso de personas extranjeras en centros de internamiento o la creación de un protocolo en virtud del cual las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado informen a las personas extranjeras —cuya situación sea susceptible de la materialización de la expulsión—, siendo esta última rechazada por la referida Secretaría de Estado de Seguridad, cuestión que no podría suceder de existir una resolución judicial Auto de medida cautelar con efectos vinculantes y de obligatorio cumplimiento.

Seguidamente el esquema de la monografía elaborada por el profesor Núñez, aborda temas como la prueba y su matiz interpretativo en las medidas cautelares en el derecho de extranjería, que como señala el autor hacen que la prueba que se exige en la fase cautelar en la especialidad deba ser una prueba plena, pruebas relevantes, con todas las garantías de la prueba de un proceso principal, lo que se hace difícil obtener ese tipo de prueba en la fase inicial del proceso maxime de acuerdo a las circunstancias en que ocurren los mismos. Sobre este particular de la prueba el autor reflexiona sobre esta contradicción, la cual define como antagónica, señalando que por un lado se exige una prueba plena para la pieza y luego por otro, se señala que con dicha prueba lo que se pretende es que se resuelva en fase cautelar el fondo del asunto, concluyendo en este punto que, definitivamente quien se afecta de forma directa y evidente es el recurrente, pero desde el punto de vista jurídico y de garantías procesales quien se afecta es el Estado de derecho en una sociedad democrática.

En el capítulo cinco analiza la ejecución de las medidas cautelares, su carácter voluntario o forzoso y su estrecha relación con lo que el autor defiende en toda su obra, la efectividad de la medida cautelar para evitar daños irreversibles. Analiza cuestiones tan importantes, como novedosas en la especialidad, como es lo referido al art. 108 de la LJCA, solicitar o requerir de otras Administraciones públicas para «*adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido*», esto el autor lo desarrolla a través de ejemplos muy claros, como aquellos en que el acto aun siendo suspendido es ejecutado por la Administración, por ejemplo, una expulsión, argumentando el profesor Núñez Herrera, que una vez expulsado el justiciable en contra de lo que ha dispuesto el auto suspensivo, será a través del citado art. 108 de la LJCA en que se le deberá exigir la Administración concreta que en

unión de otras se logre el retorno del debidamente expulsado. Aquí incluso el autor abre otra puerta a la investigación, la determinación de la responsabilidad patrimonial o responsabilidad penal ante estas situaciones. A su vez profundiza sobre otro tema muy discutido, el dictado de la sentencia, la firmeza de esta y la pérdida de la efectividad de la medida o aspectos tan interesantes como si la Administración demandada debe solicitar la ejecución provisional del auto desestimatorio de las pretensiones del actor o con dicha desestimación está legitimada directamente a ejecutar el acto administrativo. También analiza la pérdida sobrevendida del recurso de apelación o casación sobre una medida cautelar y el dictado de la sentencia. Estos aspectos se relacionan seguidamente con el capítulo sexto, el cual precisamente trata el régimen de recursos impugnativos y dentro de ellos la problemática de la vigencia de las medidas cautelares recurridas una vez dictada la sentencia y si la misma es una causa sobrevendida sobre el recurso, perdiendo la efectividad el mismo.

Termina el trabajo con unas conclusiones generales que abarcan las conclusiones parciales que va realizando el autor por cada subcapítulo, en ellas refleja con carácter crítico la complejidad de la materia y las debilidades aun existentes. Cierra el trabajo con una amplia bibliografía y jurisprudencia estructurada por tribunales y completamente puesta a día al recoger los últimos pronunciamientos recaídos hasta febrero de 2023.

De lo expuesto se sobrentiende que el presente libro, no es un libro sencillo, sino polémico, debido a que el autor no oculta los problemas, dudas o las incertidumbres, así como las controversias, se formula preguntas, entrando en ellas, busca explicaciones complejas, llenas de matices, referencias y amparado como he señalado en una amplia jurisprudencia y bibliografía, buscando la génesis del problema, lo que hace que se construya desde la base una sólida argumentación que permite un juicio marcado por la realidad de un sector, al que el autor se dedica a diario al ser abogado en ejercicio. Esta experiencia práctica unida a la teórica plasmada en la obra es la que le permite reconocer también su novedad y actualidad, siendo difícil encontrar una solución adecuada y pacífica al tema. Quiero decir con ello que las conclusiones alcanzadas no serán compartidas por todos, y mucho menos que sean inamovibles o que sean absolutamente firmes; sino que, como he señalado, son conclusiones sobre cuestiones controvertidas que nos llevarán a un debate mucho más profundo y constructivo, nos motivarán al cambio a un estándar más elevado de garantías y seguridad jurídica para los extranjeros.

En fin, la obra desde la perspectiva antes descrita se convierte en un material de consulta y debate, así como fuente inspiradora de futura investigaciones sobre la presente materia.

Valencia, marzo 2023

Dr. Ricardo Juan Sánchez

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Este libro propone un minucioso estudio, con un enfoque teórico-práctico, que invita a la reflexión sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo en la materia del Derecho de Extranjería. La obra transita por un planteamiento general de la cuestión, descendiendo hacia la identificación de problemas prácticos; problemas que podrían evitarse con una regulación más atenta a las particularidades de esta materia y con una aplicación más pertinente de las disposiciones normativas vigentes, tanto nacionales como internacionales y regionales. El presente estudio monográfico evidencia la ausencia de una teoría general de las medidas cautelares en los procesos contenciosos-administrativos relativos a esta especialidad; revela tanto los aspectos comunes como las diferencias que afloran del análisis de los presupuestos de las medidas cautelares en relación a una amplia casuística, prestando particular interés al respeto de los derechos humanos, de las libertades y de los derechos fundamentales directamente vinculados a la dignidad humana de los extranjeros en el proceso cautelar. El lector se encuentra ante una obra que se estructura sobre la base de una rigurosa sistemática lógico-jurídica, que a su vez se presenta como una guía práctica para la aproximación a soluciones concretas, sugiriendo propuestas específicas y coherentes con el contexto normativo multinivel en el que se desarrolla la problemática migratoria. Sin duda, una obra compleja en su contenido, novedosa en su concepción, que se distingue por la transversalidad con que se afronta el tema, aspirando a constituir un material de consulta, o al menos de proyección para los que trabajan y/o estudian la materia.



VLADIMIR E. NÚÑEZ HERRERA

Vladimir E. Núñez Herrera es doctor en Derecho por la Universidad de Valencia (España), con la calificación de Sobresaliente y menciones *cum laude* y *Doctorado Internacional*. Obtuvo su licenciatura en Derecho en 1988 en la Universidad Central de Las Villas (Cuba). Posteriormente, amplió sus estudios con el Máster *Problemas actuales de las Ciencias Jurídicas* por la Universidad de La Habana (Cuba) y con el DEA por la Escuela de Doctorado de la Universidad de Valencia (España). Desde el año 2006 es Abogado en ejercicio perteneciente al Colegio Abogados de Valencia. Previamente, ejerció su actividad profesional durante más de una década como Fiscal. Además, desde el 2014 es profesor del

Máster de Acceso a la Abogacía de la Universidad de Valencia. Miembro de la Asociación de Abogados y Abogadas Extranjeritas y de Extranjeritas en Red. Autor de diversas publicaciones en materia de Derecho de Extranjería y Derecho Penal en España, Cuba y Brasil.

PVP: 25,00 €

ISBN: 978-84-1359-622-8



9 788413 596228