



JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVO Nº 5  
C/ Málaga nº2 (Torre 1 - Planta 3ª)  
Las Palmas de Gran Canaria  
Teléfono: 928 11 61 89  
Fax.: 928 42 97 15  
Email.: conten5lpgc@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Derechos fundamentales  
Nº Procedimiento: 0000121/2021  
No principal: Pieza separada de medidas  
cautelares - 01  
NIG: 3501645320210000691  
Materia: Derechos fundamentales  
Resolución: Auto 000094/2021  
IUP: LC2021005845

Intervención:  
Demandante  
Demandado

Interviniente:  
[REDACTED]  
Delegación del Gobierno

Abogado:  
Francisco Morenilla Belizon  
Abogacía del Estado en LP

Procurador:

## AUTO

En Las Palmas de Gran Canaria a 14 de abril de 2.021.

## HECHOS

**PRIMERO.** Por los Letrados D. DANIEL ARENCIBIA BORREGO y D. FRANCISCO MORENILLA BELIZÓN, en nombre y representación de D. [REDACTED], se interpuso recurso contencioso-administrativo, a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, frente a la Subdelegación del Gobierno en Las Palmas por *“la vía de hecho consistente en impedir el traslado a la península del demandante siempre que este acredite su identidad con pasaporte o documento prueba que ha formulado o presentado solicitud de protección internacional”*.

Por OTROSÍ DIGO PRIMERO, la parte recurrente interesó la medida cautelar consistente en:

*“Que ordene a la Jefatura Superior de Policía de Canarias el cese cautelar de la vía de hecho consistente en impedir el traslado a la península del demandante cuando este acredite su identidad con pasaporte o documento que pruebe que ha formulado o presentado solicitud de protección internacional”*.

**SEGUNDO.** Incoada pieza separada, para la sustanciación de la medida cautelar interesada, se dio traslado a la Administración demandada, con el resultado que obra en autos.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.** De conformidad con lo dispuesto en el art. 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad al recurso. Podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave para los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”. Esto es, que dado que la Administración sirve los intereses generales, se ha de partir del

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ANGEL TEBA GARCÍA - Magistrado-Juez	14/04/2021 - 12:19:35
En la dirección <a href="https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos">https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos</a> puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: [REDACTED]	
El presente documento ha sido descargado el 14/04/2021 11:20:52	



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



principio de la ejecutividad del acto (artículo 94 de la Ley 30/1992), siendo la suspensión la excepción cuando, debidamente ponderados, deban prevalecer los intereses privados o particulares del recurrente, que de no respetarse harían ilusorio o carente de finalidad el recurso. De otro lado, la nueva regulación legal debe integrarse con la referencia a otros supuestos que la jurisprudencia del Orden Contencioso-Administrativo ha considerado como criterio para decidir sobre la adopción de medidas cautelares, y especialmente el de la nulidad de pleno derecho como motivo de suspensión (trasladando al plano jurisdiccional la aplicación del art. 116 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1,958) y el del “fumus boni iuris”, que entronca con el derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva (artículo 24 CE). Con arreglo a la primera doctrina, el Tribunal podrá acordar la suspensión del acto cuando se revele una contradicción palmaria, clara y evidente con el Ordenamiento jurídico, siempre dentro del limitado ámbito de los incidentes de esta naturaleza, y sin prejuzgar lo que en su día se declare en sentencia definitiva. Y la moderna doctrina del “fumus boni iuris”, iniciada en el Auto de la Secc. 5ª de la Sala Tercera del T.S., de 20 de Diciembre de 1.990 (y seguida en otros muchos) adopta el criterio de la apariencia de buen derecho como criterio para decidir sobre la procedencia de una concreta medida cautelar: el Auto citado razona la eficacia del art. 24 CE para limitar una irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos, como el de presunción de validez de los actos de la Administración, al que opone el principio general del derecho comunitario a que aluden las Conclusiones del Abogado General en la sentencia Factortame, “...que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para el que tiene la razón”, de tal modo que quien actúa alegando unos principios legales o constitucionales aparentemente fundados, ejercita un “buen derecho” que debe prevalecer frente a quien solamente se ampara en preceptos reglamentarios o en razones meramente coyunturales; todo ello en una valoración provisional, y sin prejuzgar lo que en su día se declare en los autos principales.

**SEGUNDO.** D. [REDACTED], al Folio 28 de su escrito rector, razona la concurrencia en el caso de autos de un *fumus boni iuris* que debería servir para dar pábulo a su solicitud de justicia cautelar. El ATS de 21 de enero de 2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, Ponente D. PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, en el que se afirma lo siguiente:

*“Sobre la apariencia de buen derecho es constante la jurisprudencia que limita su aplicación como criterio para conceder medidas cautelares a aquellos supuestos en que sea manifiesta su procedencia por referirse a actos de ejecución de leyes declaradas inconstitucionales, de disposiciones generales declaradas nulas o reiteración de actuaciones consideradas contrarias a Derecho. O en aquellos casos en que a simple vista se advierta la ilegalidad del proceder de la Administración”.*

Examinada la documentación con la que se acompaña la demanda, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto dado el estadio procedimental en el que nos encontramos, es dable advertir la vía de hecho denunciada por el recurrente. La vía de hecho es un concepto que se reserva para las actuaciones carentes de toda base jurídica (STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 1 de julio de 2.015, Sección 4ª). El documento n.º 1 del acervo probatorio permite verificar que D. [REDACTED] cuenta con pasaporte; que tenía tarjeta de embarque para viajar desde Las Palmas de Gran Canaria a Barcelona el día 11 de diciembre de 2.020;

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ANGEL TEBA GARCÍA - Magistrado-Juez	14/04/2021 - 12:19:35
En la dirección <a href="https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos">https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos</a> puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: [REDACTED]	
El presente documento ha sido descargado el 14/04/2021 11:20:52	



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



que el 8 de marzo de 2.021 adquirió billete para trasladarse desde Gran Canaria a Fuerteventura por vía marítima; que el 3 de marzo de 2.021 presentó ante la Administración manifestación de voluntad de presentar solicitud de protección internacional y que frente al mismo se dictó Acuerdo de devolución el 25 de noviembre de 2.020.

Respecto de este último admite la Administración (consideración "PREVIA" de su escrito de oposición a la medida cautelar) que tal Acuerdo de devolución ni se pudo ejecutar ni se solicitó el internamiento en el CIE de D. [REDACTED] para llevar a efecto aquél (tal y como contempla el artículo 23.4 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009). De igual modo reconoce la Subdelegación del Gobierno que el día en que D. [REDACTED] tenía vuelo para viajar a Barcelona "se procedió a la detención de 22 personas en el aeropuerto de Gran Canaria que contaban con una resolución de devolución en vigor, a fin de, bien proceder a su devolución en el plazo de 72 horas, bien solicitar el internamiento en CIE (art. 58.6 LOEX)".

La Subdelegación del Gobierno no aporta documentación alguna sobre las citadas detenciones ni sobre la supuesta ejecución de esas órdenes de devolución ni sobre las hipotéticas solicitudes de internamiento en el CIE de los detenidos entre los que se encontraría, es de suponer ante la absoluta falta de documentación, el aquí recurrente.

Lo hasta aquí reflejado debe, a los solos efectos de la concesión de la medida cautelar positiva que se solicita pues el fondo del asunto se presta a un análisis de mayor calado, ponerse en conexión con la pregunta que el senador D. FERNANDO CLAVIJO BATLLE dirigió el 21 de enero de 2.021 al Ministerio del Interior cuyo tenor literal es el que reza (obra en la documentación que acompaña al recurso contencioso-administrativo):

*¿Qué instrucciones ha dado el Ministerio del Interior a la Policía Nacional para impedir que los migrantes que se encuentran en Canarias puedan volar a la*

*Península?*

La respuesta del Ministerio (que también se adjunta como instrumento de prueba por la parte recurrente), de data 8 de marzo de 2.021, no puede ser más elocuente (el subrayado y la negrita son de quien suscribe):

*"En relación con la pregunta formulada, se informa que cuando un extranjero accede irregularmente a territorio nacional queda sujeto a un procedimiento de devolución, durante el que se procede a su detención por un plazo de 72 horas para que la autoridad gubernativa decrete su devolución en virtud del artículo 58.3b) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y ejecutar la misma.*

**Transcurrido este plazo, si no es posible habilitar la devolución, el extranjero queda en libertad. En tal caso, las únicas limitaciones existentes para viajar en vuelos interiores están relacionadas, por un lado, con el cumplimiento de las normas establecidas por las distintas compañías transportistas para permitir el embarque con destino a la Península; y por otro, con el cumplimiento de las distintas medidas restrictivas de confinamiento perimetral que puedan existir en la Comunidad Autónoma a la que quieran dirigirse.**

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ANGEL TEBA GARCÍA - Magistrado-Juez	14/04/2021 - 12:19:35
En la dirección <a href="https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos">https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos</a> puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: [REDACTED]	
El presente documento ha sido descargado el 14/04/2021 11:20:52	



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Por lo tanto, no compete al Ministerio de Interior dar el tipo de instrucciones a las que se refiere la pregunta”.

Así las cosas la medida cautelar solicitada debe prosperar porque la postura procesal de la Subdelegación del Gobierno no es que sea contraria a la legislación vigente es que es opuesta al propio criterio del Ministerio del Interior que consta por escrito y en sede parlamentaria nada menos. A partir de aquí cuestionar el *periculum in mora* resulta ciertamente sorprendente cuando lo que se restringe a D. [REDACTED] es un derecho fundamental como la libertad ambulatoria (artículo 19 de la C.E.) también reconocido a los ciudadanos extranjeros (artículo 3 de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). En consecuencia no es posible denegar la medida cautelar y perpetuar la vía de hecho en que incurre la Administración restringiendo la libertad que detenta D. [REDACTED] so pretexto de implementar una orden de devolución que es incapaz de ejecutar y que, no existe constancia documental alguna al respecto, nunca lleva aparejada la solicitud de internamiento en el CIE. Esto es, se trata de detenciones que tienen por objeto frustrar la movilidad de personas como D. [REDACTED] que, de facto, quedan confinadas en Gran Canaria sin que exista amparo jurídico para ello, no hay más que remitirse a la respuesta del propio Ministerio del Interior antes transcrita.

Por último sostiene la Administración que la medida cautelar no debe ser concedida por dos motivos. A saber: a) porque la actuación ya se ha practicado; b) porque los actos administrativo de contenido negativo no son susceptibles de suspensión.

Ninguno de ellos puede prosperar y su alegación responde a un errónea inteligencia de los términos en que está planteado el recurso contencioso-administrativo. Lo que se recurre es una vía de hecho que a día de hoy continúa en curso por cuanto D. [REDACTED] sigue sin poder desplazarse a la península o a otras Islas del archipiélago luego no conceder la medida cautelar sería perpetuar la restricción que se pretende atajar con la medida cautelar. En segundo lugar, es constante la Jurisprudencia que permite el otorgamiento de medidas cautelares de carácter positivo amén de que no es aplicable la doctrina jurisprudencial que se cita por la Abogacía del Estado porque la misma se refiere a la suspensión de actos administrativos de contenido negativo y aquí no hay ningún acto administrativo (se habla de detenciones, de solicitudes al CIE respecto de las cuales no existe el más mínimo acervo probatorio) sino una vía de hecho que, como es bien sabido, es una institución de corte diferente.

Procede, en consecuencia, estimar la medida cautelar interesada por D. [REDACTED] si bien la misma estará matizada por las restricciones que, a cualquier ciudadano, le son aplicables como consecuencia de la pandemia por la COVID-19.

**TERCERO.** Dispone el artículo 139.1 de la LJCA que:

*“En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.*

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ANGEL TEBA GARCÍA - Magistrado-Juez	14/04/2021 - 12:19:35
En la dirección <a href="https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos">https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos</a> puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: [REDACTED]	
El presente documento ha sido descargado el 14/04/2021 11:20:52	



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



*En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad”.*

En atención a la postura procesal de la Administración (en contradicción con su propio criterio) y la gravedad de los hechos constatados procede imponer las costas del incidente a la Subdelegación del Gobierno sin que haya mérito alguno a su limitación.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, dicto la siguiente

#### PARTE DISPOSITIVA

**PRIMERO.** Estimo la solicitud de medida cautelar indicada en el Hecho Primero de la presente Resolución instada por los Letrados D. DANIEL ARENCIBIA BORREGO y D. FRANCISCO MORENILLA BELIZÓN, en nombre y representación de D. [REDACTED], y ORDENO a la Jefatura Superior de Policía de Canarias el cese cautelar de la vía de hecho consistente en impedir el traslado a la península de D. [REDACTED] cuando este acredite su identidad con pasaporte o documento que pruebe que ha formulado o presentado solicitud de protección internacional Y SIEMPRE que el trayecto sea compatible con las restricciones a la movilidad impuestas para hacer frente a la pandemia por la COVID-19.

**SEGUNDO.** Impongo las costas del incidente a la Administración.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de quince días, para su resolución por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas.

Así lo acuerda, manda y firma D. ÁNGEL TEBA GARCÍA, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 5 de Las Palmas.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
ANGEL TEBA GARCÍA - Magistrado-Juez	14/04/2021 - 12:19:35
En la dirección <a href="https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos">https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos</a> puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: [REDACTED]	
El presente documento ha sido descargado el 14/04/2021 11:20:52	