



**EL PRINCIPI DE PROPORCIONALITAT EN EL
PROCEDIMENT D'EXPULSIÓ D'ESTRANGERS
EN SITUACIÓ IRREGULAR I POSSIBLES CASOS
D'INDEFENSIÓ JURÍDICA**

FACULTAT DE DRET

Alumne: Andreu Úbeda Subias
Tutora: Dra. Mirentxu Jordana
Curs: 2023-2024
Treball de Fi de Grau
Universitat de Girona

*A la Dra. Mirentxu Jordana, la professora Anna Serra i l'advocat Jordi Espelt,
pel seu recolzament i ajuda en la realització del treball.*

ÍNDIX

ABREVIATURES.....	5
I. INTRODUCCIÓ	6
II. PROCEDIMENTS RELATIUS A LA SORTIDA OBLIGATÒRIA DEL TERRITORI ESPANYOL DELS NACIONALS DE TERCERS PAÏSOS	9
1. Procediment de retorn d'estrangers al seu punt d'origen	10
2. L'expulsió del territori espanyol d'estrangers en situació irregular	11
3. Procediment de devolució d'estrangers.....	12
3.1. Devolucions en calent o devolucions automàtiques	14
3.2. Readmissions. La seva diferència amb les devolucions	17
III. DIFERENTS ETAPES I/O SITUACIONS QUE ES PODEN DONAR EN EL PROCEDIMENT D'EXPULSIÓ	18
1. Sumari procediment administratiu d'expulsió per estada irregular.....	19
2. Detenció inicial dels estrangers indocumentats en dependències policials.....	20
2.1. Pressupòsits legals habilitants per establir controls d'identificació en la via pública ..	21
3. Ingress en un Centre d'Internament d'Estrangers.....	23
4. Sanció a l'estada irregular de nacionals de tercers països	24
4.1. Directiva de retorn i la seva aparent contradicció amb la normativa espanyola	25
4.2. Evolució jurisprudencial TJUE i TS.....	26
IV. APLICACIÓ DEL PRINCIPI DE PROPORCIONALITAT EN DIFERENTS MOMENTS DEL PROCEDIMENT D'EXPULSIÓ	28
1. Discrecionalitat en la detenció inicial a efectes d'identificació	30
2. Discrecionalitat en el seguiment dels tràmits del procediment ordinari o preferent d'expulsió.....	31
2.1. Supòsit de discrecionalitat en la pròrroga de compliment voluntari de la sanció d'expulsió en el procediment ordinari.....	34
3. Decisió del jutge d'instrucció d'ingrés del nacional del tercer estat en un Centre d'Internament d'Estrangers	35
4. Principi de proporcionalitat en la imposició de la sanció de multa o expulsió	38
4.1. Circumstàncies agreujants.....	39
4.2. Circumstàncies que no són agreujants.....	42
V. DRETS DELS ESTRANGERS EN EL PROCEDIMENT D'EXPULSIÓ I POSSIBLES CASOS D'INDEFENSIÓ JURÍDICA	44
1. Drets que assisteixen als estrangers	44
1.1. Dret a la assistència lletrada i a la defensa	44
1.2. Dret a la assistència jurídica gratuïta.....	45
1.3. Dret a la assistència d'un intèrpret	46
1.4. Dret a entrevistar-se amb el seu advocat	46

1.5.	Dret d'audiència	46
1.6.	Dret a formular al·legacions.....	47
2.	Possibles supòsits d'indefensió jurídica en el procediment d'expulsió.....	48
2.1.	Inadmissió a tràmit dels recursos contenciosos-administratius presentats pels lletrats designats del torn d'ofici	48
2.2.	Supòsit indefensió internament CIE.....	50
2.3.	Indefensió jurídica dels estrangers en el procediment preferent	51
2.4.	Cas d'indefensió jurídica en el procediment ordinari.....	52
VI.	CONCLUSIONS	53
VII.	BIBLIOGRAFIA.....	57

ABREVIATURES

Art Article

CCAA Comunitats Autònomes

CE Constitució Espanyola de 1978

CEDH Conveni per la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals

CGAE Consell General de l'Advocacia Espanyola

CIE Centre Internament d'Estrangers

FJ Fonament jurídic

LO Llei Orgànica

LOEX Llei Orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya

LOSC Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana

LPCAPLlei 39/2015, de 1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques

LRJSP Llei 40/2015, de 1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic

Núm Número

P Pàgina

Par Paràgraf

Pp. Pàgines

RLOEX Real Decret 557/2011, de 20 d'abril, pel que s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la seva reforma per la Llei Orgànica 2/2009

STC Sentència Tribunal Constitucional

STEDH Sentència Tribunal Europeu de Drets Humans

STS Sentència Tribunal Suprem

STJUE Sentència Tribunal de Justícia de la Unió Europea

TSJ Tribunal Superior de Justícia

I. INTRODUCCIÓ

Espanya, com a país de destí d'immigrants procedents la gran majoria del continent Africà i de països llatinoamericans, porta expulsant des de fa anys a estrangers en situació irregular del seu territori en el marc de la seva política d'estrangeria, a fi de combatre la immigració il·legal i garantir la seguretat pública¹.

A nivell de la Unió Europea, s'ha desenvolupat una política de retorn de persones estrangeres basada en les disposicions de la Directiva 2008/115/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de desembre de 2008, relativa a normes i procediments comuns dels Estats membres pel retorn dels nacionals de tercers països en situació irregular (en endavant Directiva de Retorn). Un cabal comunitari en matèria d'immigració que es troba transposat a la LO 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers i la seva integració social i pel reglament que la desenvolupa.

A partir d'aquest treball, centrat principalment en el procediment d'expulsió de nacionals de tercers països en situació irregular i els drets que els assisteixen, es pretén donar a conèixer les diferents etapes i/o situacions que es poden donar en aquest, i com les diferents autoritats que participen en el procés han de motivar i justificar les seves decisions en base al principi de proporcionalitat que regeix en l'àmbit del Dret Administratiu.

El principal motiu que m'ha portat a realitzar aquest treball ha estat els controls d'identificacions, col·loquialment coneguts com a "redades policials", duts a terme per la Policia Nacional en l'estació de tren de Figueres on els agents, en certes ocasions, han procedit a traslladar a comissària a estrangers indocumentats. El fet és que aquests controls, justificats en base la Llei de Seguretat Ciutadana que posteriorment tractarem, en els que els policies requereixen la identificació a les persones que surten del tren, només m'han demanat una vegada que presenti el Document Nacional d'Identitat de les moltes que m'he trobat amb aquests, podent arribar a concloure, a primera vista, que dits controls policials resulten discriminatoris des d'un punt de vista del dret a la igualtat previst en l'art. 14 CE, només requerint els policies la identificació d'aquelles persones de les que sospiten que són estrangeres.

Abans de centrar-me amb el tema principal del treball, conformat en la discrecionalitat amb que compten els diferents actors que intervenen en el procediment d'expulsió (funcionaris de la Policia Nacional, Jutge d'Instrucció i Delegat o Sub-Delegat del Govern en les CCAA), és convenient mencionar primerament els diferents procediments de retorn prevists en la normativa d'estrangeria espanyola per retornar o rebutjar els no nacionals del territori espanyol.

¹ STC 17/2013, de 31 de gener de 2013, FJ 12.

D'aquests procediments de retorn, resulta d'important consideració el règim de rebuig en frontera, conegut també com a “devolucions en calent o automàtiques”, que Espanya està portant a terme en les Ciutats Autònomes de Ceuta i Melilla d'aquells immigrants que tracten de creuar il·legalment la frontera espanyola des del Marroc, posant-lo de manifest amb el principi de no devolució.

En aquest primer capítol del treball, referent als diferents procediments de retorn, i en especial al règim de rebuig en frontera, es tractarà de posar de manifest si l'Estat espanyol està complint amb el principi de dret internacional de no devolució, considerat com una norma “ius cogens”, tenint en compte ja des d'un primer moment la recent notícia de la deportació d'un activista kurd iranià i la seva família a l'Iran des de l'aeroport de Barcelona, denegant la seva petició d'asil i procedint-se a la devolució².

Principi de no devolució, consagrat en l'article 33.1 de la Convenció sobre l'Estatut dels Refugiats, feta a Ginebra el 28 de juliol de 1952, en virtut del qual una persona sol·licitant de protecció internacional no pot ser retornada a un país on la seva vida o llibertat es trobin en perill.

Posteriorment, una vegada analitzats els diferents procediments de retorn, centrarem la nostra atenció en les diferents etapes o situacions que es poden donar en el procediment d'expulsió dels estrangers en situació irregular, tals com la detenció inicial o preventiva a efectes d'identificació o la seva retenció en un Centre d'Internament d'Estrangers (en endavant CIE), per després procedir a analitzar la possible discrecionalitat amb que compten els diferents actors que intervenen i prenen les decisions en el transcurs del procediment d'expulsió, podent resultar aquestes arbitràries i afectar a la seguretat jurídica. Una arbitrarietat dels poders públics en matèria d'estrangeria que, tanmateix, es troba expressament prohibida per l'article 9.3 de la Constitució Espanyola (en endavant CE).

Posant-se de manifest al llarg del treball la necessitat de motivació i justificació dels diferents pronunciaments presos per les autoritats que intervenen en el procediment d'expulsió, en base al principi de proporcionalitat, posteriorment s'analitzarà en aquestes diferents etapes o situacions del procediment d'expulsió el judici de ponderació que hauran de realitzar en cada moment, entès aquest últim com *“l'equilibri necessari que deu establir-se entre els interessos generals que obeeix la norma i els valors o béns dels ciutadans en conflicte que es veuen sacrificats amb la seva aplicació”*³.

² Newsroom Infobae. (2023). Deportado a Irán un activista kurdo y su familia desde el aeropuerto del Prat. *Infobae*. [Deportado a Irán un activista kurdo y su familia desde el aeropuerto del Prat - Infobae](#)

³ STS 366/2021, de 17 de març, FJ 3. NOTA: les cites han estat traduïdes per l'autor.

Així mateix, també es tractarà de forma detinguda la corresponent sanció a imposar a la infracció administrativa greu de trobar-se l'estranger en situació irregular on, primerament, s'exposarà la evolució jurisprudencial del TJUE i del TS arrel de la controvertida interpretació que es va dur a terme de l'Assumpte *Zaizoune* sobre la Directiva de Retorn i la seva incompatibilitat amb el règim sancionador previst en la Llei d'Estrangeria. Posteriorment s'exposaran les diferents circumstàncies agreujants que, unides a la permanència il·legal dels estrangers en territori espanyol, ha vingut considerant la jurisprudència per justificar, en base al mencionat principi de proporcionalitat, la sanció d'expulsió dels estrangers en situació irregular, així com també aquelles que la jurisprudència ha considerat que no tenen el caràcter d'agreujants.

El darrer apartat estarà compost per dos sub-apartats, el primer referit als drets que gaudeixen els estrangers sotmesos a un procediment d'expulsió, basant-nos principalment en el manual "*Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería*", de 2012, realitzat per la Subcomissió d'Estrangeria i Protecció Internacional del Consell General de l'Advocacia Espanyola (en endavant CGAE). El segon, farà referència a possibles supòsits en que els estrangers poden arribar a patir indefensió jurídica en el procediment d'expulsió.

Finalment, s'exposaran les diferents conclusions recollides al llarg del treball, resumint les idees principals dels apartats precedents.

II. PROCEDIMENTS RELATIUS A LA SORTIDA OBLIGATÒRIA DEL TERRITORI ESPANYOL DELS NACIONALS DE TERCERS PAÏSOS

Tal i com va afirmar el Tribunal Constitucional en la seva sentència 236/2007, de 7 de novembre, “*el dret a entrar a Espanya no és un dret fonamental del que siguin titulars els estrangers amb suport de l'article 19 CE⁴*”, estant actualment la entrada en territori espanyol condicionada al compliment de diferents requisits trobats l'article 25 de la Llei Orgànica 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social (en endavant LOEX).

Així mateix, trobem que els diferents instruments de dret internacional tampoc imposen cap obligació als Estats a permetre l'entrada al seu territori a aquelles persones que no en són nacionals. Per tant, cada Estat, en l'àmbit del seu poder sobirà, pot decidir discrecionalment quines són aquelles condicions requerides per entrar en el seu territori, les condicions necessàries per romandre-hi o, en el cas que es consideri pertinent, expulsar els no nacionals⁵.

En aquest sentit, tal i com indica la STC 172/2020, de 19 de novembre, trobem regulats en la Llei d'Estrangeria espanyola diferents procediments administratius relatius de la sortida obligatòria de nacionals de tercers països del territori, tals com:

- “El procediment de retorn al punt d'origen (art. 60 LOEX) dels estrangers que se'ls hi denegui l'entrada en la frontera del territori espanyol, per no complir els requisits d'entrada previstos legalment.
- Procediment d'expulsió dels estrangers que es trobin en situació irregular en territori espanyol (art. 57 LOEX).
- Procediment de devolució dels estrangers que, havent estat expulsats, contravinguin la prohibició d'entrada a Espanya, així com d'aquells que pretenguin entrar de forma il·legal en territori espanyol (art. 58.3 LOEX)⁶”.

Uns procediments de retorn dels nacionals de tercers països que sovint poden resultar controvertits, com el cas de les “devolucions en calent” practicades a les Ciutats Autònomes de Ceuta i Melilla al poder resultar contrària al principi de no devolució, de les que posteriorment en parlarem.

⁴ STC 236/2007, de 7 de novembre de 2007, FJ 12.

⁵ Jordana Santiago, M i Serra Gironès, A. (2023). “Els drets en l'àmbit de les migracions,” a Jordana Santiago, M (dir.), “El respecte dels drets humans a l'Estat espanyol. Anàlisi crítica des d'una perspectiva de dret internacional”. *Col·lecció Transformem 1*, pp. 246.

⁶ STC 172/2020, de 19 de novembre de 2020, FJ 8.C.b).

1. Procediment de retorn d'estrangers al seu punt d'origen

D'acord amb l'art. 60.1 LOEX, als estrangers que no compleixin algun dels requisits establerts per l'entrada en territori espanyol previstos en la normativa d'estrangeria, se'ls denegarà la seva entrada en la frontera i estaran obligats a retornar al seu punt d'origen⁷.

Un procediment de retorn dels immigrants al seu punt d'origen que ve donat a causa de la seva denegació d'entrada en el territori espanyol, no estant els estrangers autoritzats per accedir al país a través d'un lloc fronterer habilitat per creuar⁸. Així doncs, seran els funcionaris responsables del control de fronteres els qui denegaran la entrada en territori espanyol d'aquells estrangers que no reuneixin els requisits d'entrada previstos en la normativa d'estrangeria⁹.

L'art. 25.1 LOEX és el que disposa els diferents requisits per a l'entrada en territori espanyol, tals com el creuament de la frontera per llocs habilitats al efecte; estar proveït l'estranger d'un passaport o document de viatge que acrediti la seva identitat; la presentació dels documents que justifiquin l'objecte i condicions de l'estada; i l'acreditació de mitjans de vida suficients pels temps que pretengui residir a Espanya, o estar en condicions d'obtenir legalment dits mitjans.

Pel que respecta a la naturalesa jurídica d'aquest procediment de retorn, trobem que aquest no té un caràcter sancionador, donat que l'estranger no infringeix la normativa d'estrangeria, al personar-se l'estranger al lloc fronterer habilitat per entrar a Espanya de forma regular, però que finalment se li impedeix el seu accés per no complir algun dels requisits exigits¹⁰.

La conseqüència de la denegació d'entrada en territori espanyol serà el retorn dels estrangers al seu lloc de procedència¹¹, essent aquest el punt d'origen a que es refereix l'art. 60.1 LOEX. Tanmateix, tal i com es desprèn del primer paràgraf de l'art. 15.4 RLOEX, hi ha la possibilitat que l'estranger en comptes de retornar al seu lloc de procedència podrà continuar el viatge fins a un altre país on pugui ser admès.

⁷ LO 4/2000, de 11 de gener sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. BOE núm. 10, 12/01/2000, art. 60.1.

⁸ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). "Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España". *Universidad Complutense de Madrid*, p. 47.

⁹ Real Decret 557/2011, de 20 d'abril, pel que s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/200, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la seva reforma per la Llei Orgànica 2/2009. BOE núm. 103, de 30/04/2011, art. 15.1.

¹⁰ Cuadrón Ambite, Susana. (2015) "La efectividad del derecho de defensa del extranjero en la frontera española: posible quiebra del sistema de garantías jurídicas". *Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p. 982.

¹¹ Real Decret 557/2011, de 20 d'abril, pel que s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/200, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la seva reforma per la Llei Orgànica 2/2009. BOE núm. 103, de 30/04/2011, art. 15.4.

2. L'expulsió del territori espanyol d'estrangers en situació irregular

Per començar l'exposició del procediment d'expulsió dels estrangers irregulars en territori espanyol, pot resultar útil la distinció entre els conceptes de decisió de retorn, expulsió i sortida voluntària trobats en l'article 3 de la Directiva de Retorn:

- Decisió de retorn: és la decisió o acte de naturalesa administrativa o judicial per la que es declara irregular la situació d'un nacional d'un tercer país i s'imposa o es declara una decisió de retorn.
- Expulsió: és la execució de la obligació de retornar, és a dir, el transport físic fora de l'Estat membre.
- Sortida voluntària: és el compliment de la obligació de retorn en el termini fixat al efecte en la decisió de retorn¹².

Aquesta distinció conceptual entre decisió de retorn, expulsió i sortida voluntària, tal i com senyala el TS en la seva Sentència núm. 1141/2023, *“resulta fàcil de confondre, com si fossin el mateix, la decisió de retorn amb l'expulsió, quan la decisió de retorn que obliga a sortir del país pot executar-se forçosament (expulsió) o de forma voluntària (sortida voluntària)”*¹³.

A diferència de les extradicions, que consisteixen en entregues de persones a un altre Estat vinculades a processos penals, trobem que les expulsions s'encarreguen de persones estrangeres que infringeixen normes administratives¹⁴, tals com trobar-se en situació d'irregularitat en territori espanyol, tipificada com una infracció administrativa greu en l'art. 53.1.a) LOEX. Trobem que, a diferència de la denegació d'entrada comentada anteriorment, el procediment d'expulsió d'estrangers en situació irregular té el caràcter de sancionador al infringir-se la Llei d'Estrangeria.

Resulta necessari remarcar que s'entén per trobar-se en situació irregular, disposant l'art. 53.1.a) que es dona *“per no haver obtingut la pròrroga d'estada, mancar d'autorització de residència o tenir-la caducada més de tres mesos la mencionada autorització, i sempre que l'interessat no hagués sol·licitat la renovació de la mateixa en el termini previst reglamentàriament”*.

Així doncs, d'acord amb l'art. 57.1 LOEX, la estada irregular dels estrangers determina la possibilitat d'imposar la sanció de multa o d'expulsió del territori espanyol, en atenció al principi de proporcionalitat com a criteri per decidir sobre la expulsió, criteri que tractarem més endavant.

¹² Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. DOUE, L 348 de 24.12.2008, p. 98. Art. 3.

¹³ STS núm. 1141/2023, de 18 de setembre. FJ 5.

¹⁴ Jordana Santiago, M i Serra Gironès, A. (2023). “Els drets en l'àmbit de les migracions,” a Jordana Santiago, M (dir.), “El respecte dels drets humans a l'Estat espanyol. Anàlisi crítica des d'una perspectiva de dret internacional”. *Col·lecció Transformem 1*, p. 252.

Així mateix, dit article disposa que serà necessària una prèvia tramitació del corresponent expedient administratiu i que la sanció s'haurà d'imposar mitjançant una resolució motivada que valori els fets que configuren la infracció.

Tanmateix, i tal com indica el Considerant nº 9 de la Directiva de Retorn, no es deu considerar que el nacional del tercer país que hagi sol·licitat protecció internacional en un Estat membre es trobi en situació irregular en el territori de dit Estat. Així ho va confirmar el TJUE en la seva sentència 30 de maig de 2013, esmentant que els sol·licitants d'asil tenen dret a romandre en el territori de l'Estat membre que es tracti, almenys durant el temps fins que la seva sol·licitud hagi estat denegada en primera instància, de manera que no pot considerar-se que es trobi en situació irregular en el sentit de la Directiva 2008/115¹⁵, cosa que resulta coherent jurídicament als efectes de donar compliment al principi de no devolució¹⁶.

3. Procediment de devolució d'estrangers

Tal i com esmenta l'apartat tercer de l'art. 58 LOEX: “no serà precís expedient d'expulsió per la devolució dels estrangers en el següent supòsits:

- a) *Els que havent estat expulsats contravinguin la prohibició d'entrada a Espanya.*
- b) *Els que pretenguin entrar il·legalment en el país.”*

El fet que no s'hagi d'incoar expedient d'expulsió per a la devolució dels nacionals de tercers països no significa que no s'hagi d'incoar expedient administratiu algun, ja que aquest precepte estableix únicament que no s'incoarà expedient d'expulsió, no devent, per tant, concloure's que no s'hagi d'incoar expedient per portar a terme la devolució¹⁷.

Pel que fa al primer supòsit de devolució, aquest només fa referència a aquells immigrants que han estat prèviament sotmesos a una ordre d'expulsió amb la corresponent prohibició d'entrada en territori espanyol, durant un període de fins a cinc anys o deu anys per casos excepcionals, podent l'immigrant ser retornat si és detectat dins el territori espanyol trobant-se en vigor aquella prohibició d'entrada¹⁸.

¹⁵ STJUE, *Arslan*, C-534/11, párr. 48.

¹⁶ Bertomeu Navarro, Andrea. (2021). “El principio de non-refoulement en el marco de la política común de inmigración”. *Editorial Civitas*, p. 11.

¹⁷ Subcomisión de Extranjería y Protección internacional CGAE. (2012). “Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería”. *Thomson Reuters Lex Nova*, pg. 36.

¹⁸ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). “Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España”. *Universidad Complutense de Madrid*, p. 70.

D'acord amb el segon supòsit de devolució, l'art. 23.1.b) del Real Decret 557/2011, de 20 d'abril, pel que s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/2000, sobre drets i llibertat dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la seva reforma per la Llei Orgànica 2/2009 (en endavant RLOEX) especifica que, dins del grup dels estrangers que pretenguin entrar il·legalment en el país, es consideraran inclosos aquells nacionals de tercers països que hagin estat interceptats en la frontera o en les seves immediacions. En aquests casos, les Forces i Cossos de Seguretat que s'encarreguin de la custòdia de les costes i fronteres, conduiran aquells immigrants que pretenguin entrar irregularment en territori espanyol, amb la major brevetat possible, a la corresponent comissària de la Policia Nacional per tal que pugui procedir-se a la seva identificació i, en el seu cas, a la seva devolució¹⁹.

Així doncs, el procediment de devolució de nacionals de tercers països està previst per supòsits de temptatives d'entrada en territori espanyol, on, en cas que l'estranger es trobi ja en l'interior del territori procedeix únicament tramitar un expedient d'expulsió i no de devolució²⁰.

Pel que respecta a la naturalesa jurídica del procediment de devolució, el TC va disposar en la seva sentència 17/2013, va senyalar que *“a diferència de la expulsió, la devolució pretén evitar la contravenció de l'ordenament jurídic d'extranjeria, pel que no comporta en sí mateixa una sanció sinó una mesura governativa de reacció immediata front a una pertorbació de l'ordre jurídic²¹”*, pel que podem apreciar que aquest procediment tampoc disposa del caràcter sancionador que posseeix el procediment d'expulsió.

Per últim, senyalar que s'estableixen dos excepcions a la execució de les devolucions, quedant aquestes en suspens, recollides en l'art. 23.6 RLOEX:

- a) Quan es tracti de dones embarassades i la mesura pugui suposar un risc per la gestació o la salut de la mare; o quan es tracti de persones malaltes i la mesura pugui suposar un risc per la seva salut.
- b) Quan es formalitzi una sol·licitud de protecció internacional, fins que aquesta sigui resolta o inadmesa a tràmit.

¹⁹ Real Decret 557/2011, de 20 d'abril, pel que s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/200, sobre drets i llibertats dels estrangers a España i la seva integració social, després de la seva reforma per la Llei Orgànica 2/2009. (BOE núm. 103, de 30/04/2011). Art. 23.2.

²⁰ Subcomisión de Extranjería y Protección internacional CGAE. (2012). “Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería”, *Thomson Reuters Lex Nova*, pg. 37.

²¹ STC 17/2013, de 31 de gener de 2013, FJ 12.

3.1. Devolucions en calent o devolucions automàtiques

La disposició addicional desena de la Llei d'Estrangeria, referent al Règim especial de Ceuta i Melilla, introduïda per la disposició final primera de la Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana (en endavant LOSC), disposa en el seu punt primer que, aquells estrangers que siguin detectats en la línia fronterera de la demarcació territorial d'ambdues ciutats autònomes per tal de creuar irregularment la frontera, podran ser rebutjats amb la finalitat d'impedir la seva entrada il·legal a Espanya.

El terme “devolucions en calent” fa referència a l'actuació de les Forces i Cossos de seguretat de l'Estat espanyol encarregades de la custòdia de costes i fronteres, consistent en el rebuig de nacionals de tercers països que intenten accedir de forma irregular a Espanya per la frontera de Ceuta i Melilla, i la seva entrega sumària o automàtica a les autoritats del Marroc “*sense cap tipus de procediment, sense identificar a la persona, sense donar a l'estranger un tràmit d'audiència, sense assistència lletrada i sense possibilitat d'un control judicial*”²².

El que caracteritza les devolucions en calent és que es tracten d'un tipus d'expulsions col·lectives dels estrangers que són rebutjats en la frontera d'ambdues ciutats autònomes. Una expulsió col·lectiva que està expressament prohibida en l'article 4 del Protocol número 4 al Conveni per la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals (en endavant CEDH).

La essència de la prohibició contra les expulsions col·lectives, tal i com senyala Sergio Carrera, és la d'impedir la arbitrietat per part de autoritats dels Estats en les seves polítiques migratòries i frontereres, en aquest cas de l'Estat espanyol, i assegurar així unes garanties processals mínimes de les que no disposen aquells estrangers que són víctimes d'aquestes devolucions, al no rebre cap avaluació individualitzada del cas en concret. Una protecció davant les expulsions col·lectives que, com afirma el mateix autor, té com a premissa la seguretat jurídica, la prohibició d'arbitrietat per part de les autoritats estatals i el dret d'accés a la justícia dels estrangers²³.

Trobem que el TEDH, en l'assumpte N.D. y N.T. c. España, va establir que el retorn immediat i forçós de dos immigrants que van entrar il·legalment a territori espanyol, saltant la tanca de Melilla junt amb altres estrangers, no constituïa una violació de l'art. 4 del Protocol nº4 al CEDH. Així mateix, tampoc suposava una vulneració de l'art. 13 del Conveni²⁴ referent al dret a la

²² Martínez Escamilla, M. (2020). “Las «devoluciones en caliente» tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España)”. *Revista Jueces para la Democracia*. Información y debate, pp. 61-71, p. 61.

²³ Carrera, Sergio. (2020). “The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?”. *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2020/21*, p. 4.

²⁴ STEDH, N.T. i N.D. c. Espanya, núm. 8675/15 i 8697/15, 2020, p. 244.

concessió d'un recurs efectiu amb efectes suspensius per tal d'impugnar el seu retorn immediat al Marroc.

En aquesta sentència, el TEDH va entendre que no s'havia produït una violació de l'art. 4 del Protocol raonant que la manca d'un procediment individualitzat d'expulsió era atribuïble a la conducta dels interessats en accedir al territori espanyol²⁵. Així doncs, el Tribunal va considerar que la existència de vies legals d'entrada i donat el caràcter violent de la entrada, prevalent-se aquests del seu gran nombre i de l'ús de la força, permetia als Estats rebutjar la entrada en el seu territori dels estrangers que no haguessin ajustat la seva conducta a aquests mecanismes d'entrada sinó que han tractat de creuar la frontera per llocs diferents dels habilitats²⁶.

En definitiva, el TEDH argumenta que no s'ha vulnerat l'art. 4 del Protocol núm. 4 del CEDH, justificant així la inexistència d'un procediment individualitzat i garant dels drets inherents a una ordre d'expulsió, en base l'argument que els estrangers van entrar en territori espanyol per pròpia voluntat, fent ús de la força i al marge dels mecanismes legals d'entrada²⁷.

La mateixa idea, va servir també a la Gran Sala per desestimar la lesió de l'art. 13 CEDH, referent al dret a la concessió d'un recurs efectiu, considerant el Tribunal en la seva sentència que els demandants, posant-se en una situació d'il·legalitat al intentar entrar irregularment a Espanya per un lloc no autoritzat i formant part d'un gran grup d'estrangers, no podia considerar-se responsable l'Estat espanyol per no haver posat a la seva disposició un recurs judicial contra el seu retorn immediat al Marroc²⁸.

Dit argument ha estat igualment utilitzat pel TC en la seva sentència 172/2020, on declara que el règim previst en la disposició addicional desena de la LOEX, referent a les devolucions en calent o de rebuig en la frontera d'aquells nacionals de tercers països que intenten creuar irregularment la frontera, no incorria en inconstitucionalitat²⁹.

Per acabar, resulta interessant centrar la nostra atenció en el pronunciament que fa el TC en la mateixa sentència 172/2020 sobre la conformitat de les devolucions en calent amb la jurisprudència del TEDH, en referència a l'aplicació del principi de no de devolució, al impedir-se, tal i com sostenen els recurrents, l'exercici del dret d'asil previst en l'art. 13.4 CE.

En aquesta, el TC desestima la vulneració del principi de non-refoulement remetent-se directament als arguments de la comentada STEDH de 13 de febrer de 2020. Així doncs, el TC senyala que

²⁵ Solar Calvo, P. (2020). "Devoluciones en caliente Análisis de la reciente STC desde una perspectiva europea". *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 1/2021, p. 4.

²⁶ STEDH, *N.T. i N.D. c. Espanya*, núm. 8675/15 i 8697/15, 2020, p. 210.

²⁷ Solar Calvo, P. (2020). "Devoluciones en caliente Análisis de la reciente STC desde una perspectiva europea". *Revista Aranzadi Unión Europea num.1/2021*, p. 6.

²⁸ STEDH, *N.T. i N.D. c. Espanya*, núm. 8675/15 i 8697/15, 2020, p. 242.

²⁹ STC 172/2020, de 19 de novembre de 2020, FJ 8.C.b).

comptant Espanya amb procediments legals d'entrada en els que aquelles persones que s'enfrontin a una persecució en el seu país d'origen, i al arribar a la frontera, puguin presentar de forma efectiva una sol·licitud d'asil, tal i com conclou el TEDH els “*Estats podran denegar la entrada en el seu territori als estrangers, inclosos els possibles sol·licitants d'asil, que hagin incomplert aquestes disposicions al tractar de creuar la frontera per un lloc diferent no autoritzat*”³⁰.

Amb aquesta cita de la STEDH de 13 de febrer de 2020, i mencionant també el TC que el règim de rebuig en frontera no exclou el règim jurídic previst en la Llei d'Asil³¹, al indicar la disposició dècima de la LOEx el lloc on s'han de formular les sol·licituds de protecció internacional, que són en els llocs frontereres de Ceuta i Melilla, el TC dona per tancat el debat sobre si aquesta regulació compleix amb les exigències derivades del principi de no devolució³².

Tanmateix, tal i com va senyalar Lucía Rodríguez Duque, la aplicació del procediment de rebuig en frontera o “devolucions en calent” impedeixen tota possibilitat de presentar una sol·licitud d'asil o protecció internacional, al permetre a les autoritats espanyoles eludir amb total arbitrietat la garantia de suspensió del procediment de devolució en cas de sol·licitud d'asil o protecció internacional, i retornar així de forma automàtica a un estranger en un territori en que la seva vida, llibertat o integritat poden estar en perill. Així doncs, el TC sense entrar a pronunciar-se sobre si les devolucions en calent vulnereu o no el principi de no devolució, aquest únicament declara la constitucionalitat de la disposició addicional desena de la LOEX, sostenint en la seva sentència la existència de procediments que sí compleixen les garanties de protecció internacional exigides per les obligacions assumides per Espanya en matèria de Drets Humans³³.

Arribats aquest punt, podem arribar a concloure que gran part dels experts en dret d'estrangeria, així com la societat en general, han considerat contraris al dret internacional el procediment de devolució automàtica dels estrangers al Marroc, al tractar-se de veritables expulsions col·lectives d'estrangers en situació irregular.

Tal i com afirma Sergio Carrera, l'argument esgrimit per la Gran Sala del TEDH sembla deixar aquelles entrades irregulars dels estrangers per zones que no es consideren com a “punts d'entrada” fora de l'Estat de Dret, podent-se interpretar així com una justificació de la arbitrietat

³⁰ STEDH, N.T. i N.D. c. Espanya, núm. 8675/15 i 8697/15, 2020, p. 210.

³¹ STC 172/2020, de 19 de novembre de 2020, FJ 8.C.c).

³² Rodríguez Duque, L. (2021). “El rechazo en frontera ante los tribunales Comentario a las Sentencias del TEDH de 13 de febrero de 2020 (caso N.D. y N.T. c. España) y del Tribunal Constitucional español de 19 de noviembre de 2020 (nº 172/2020)”. *Working papers ideir*, n.º 40, p. 26.

³³ Rodríguez Duque, L. (2021). “El rechazo en frontera ante los tribunales Comentario a las Sentencias del TEDH de 13 de febrero de 2020 (caso N.D. y N.T. c. España) y del Tribunal Constitucional español de 19 de noviembre de 2020 (nº 172/2020)”. *Working papers ideir*, n.º 40, p. 27.

dels Estats alhora de portar a terme les seves activitats de vigilància fronterera³⁴. Una arbitrarietat per part de les autoritats estatals espanyoles alhora d'aplicar les seves polítiques d'estrangeria, davant la gestió dels fluxos migratoris procedents del continent africà, que conculca amb el mencionat principi de no devolució, al no donar-se la possibilitat en aquest procediment de rebuig en frontera de presentació per l'estranger d'una sol·licitud de protecció internacional, i retornant-lo de forma automàtica en un territori en que la seva vida o llibertat poden estar en perill.

3.2. Readmissions. La seva diferència amb les devolucions

Les devolucions d'estrangers en els supòsits de contravenir una prohibició d'entrada a Espanya i d'aquells que pretenen entrar il·legalment en el país, es diferencia de les readmissions, on aquestes últimes venen a ser també “*devoluciones a un país veí de personas nacionales de terceros estados que han tractat d'entrar a Espanya a través d'aquest primer país*”³⁵, efectuades en virtut d'acords de readmissió, en especial amb els països confrontants o limítrofes, mitjançant els quals ambdós països signataris es comprometen a acceptar la devolució dels estrangers en situació irregular.

Destaca la firma de l'Acord de readmissió entre el Regne d'Espanya i la República Francesa sobre la readmissió de persones en situació irregular, fet a Màlaga el 26 de novembre de 2002, on en el seu article cinquè esmenta que:

“Cada Part Contractant readmetrà en el seu territori, a sol·licitud de l'altre Part Contractant, al nacional d'un tercer Estat que no compleixi o haig deixat de complir les condicions d'entrada o d'estada aplicables en el territori de la Part Contractant requeridora sempre que s'acrediti que dita persona va entrar en el territori d'aquella Part després d'haver residir o transitat pel territori de la Part Contractant requerida”³⁶.

Destaca també la firma del Conveni entre el Regne d'Espanya i la República Portuguesa relatiu a la readmissió de persones en situació irregular, fet a Granada el 15 de febrer de 1993, així com l'aplicació provisional de l'Acord entre el Regne d'Espanya i el Regne del Marroc relatiu a la circulació de persones, el trànsit i la readmissió d'estrangers entrats il·legalment, firmat a Madrid el 13 de febrer de 1992.

³⁴ Carrera, Sergio. (2020). “The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?”. *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper*, p. 6.

³⁵ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). “Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España”. Universidad Complutense de Madrid, p. 72.

³⁶ Acuerdo entre la República Francesa y el Reino de España sobre la readmisión de personas en situación irregular, hecho “ad referendum” en Málaga el 26 de noviembre de 2002. BOE núm. 309, de 26.12.2003, p. 46110, art. 5.1.

Aquest últim acord de readmissió entre Espanya i el Marroc, trobem que resulta força controvertit. Això es deu a que, tal i com indica Inmaculada González, ha permès al Marroc negar-se a acceptar readmissions, al·legant que Espanya no pot provar, en virtut de l'article 2 de l'Acord, que els nacionals de tercers països procedeixen efectivament del Marroc com a país de trànsit³⁷.

Dit acord també resulta problemàtic perquè no s'està aplicant. En el cas de la devolució al Marroc el dia 6 d'octubre de 2005 de setanta-dos subsaharians que van entrar en territori espanyol després de saltar la tanca de Melilla, aquesta devolució no es va fer per aplicació de l'Acord de 1992, sinó per una decisió política adoptada ad hoc per la ocasió³⁸. Així doncs, tal i com afirma Francisco Domínguez, aquesta “*devolució es va consumir sense respectar els preceptes del Conveni de Readmissió, ni en quant als terminis establerts ni en quant als drets que assisteixen als afectats*”³⁹.

I es que, tal i com afirma altre cop la autora Inmaculada González, de conformitat amb lo disposat en l'article 5 de l'Acord segons el qual Marroc s'haurà d'assegurar que els estrangers readmesos siguin enviats l'abans possible al seu Estat d'origen o a l'Estat en que varen començar el seu viatge⁴⁰, “*es desconeix, no obstant, la sort que van córrer els subsaharians que no eren originaris de Mali que foren retornats per Espanya, després de passar per una presó marroquí i declarar-se en vaga de fam*”⁴¹.

III. DIFERENTS ETAPES I/O SITUACIONS QUE ES PODEN DONAR EN EL PROCEDIMENT D'EXPULSIÓ

Aquest apartat començarà amb un breu sumari de les diferents fases del procediment administratiu d'expulsió d'estrangers en situació irregular per, posteriorment, exposar diferents etapes o situacions controvertides que es poden donar durant el procediment d'expulsió, tals com la detenció inicial dels estrangers a efectes d'identificació o el seu ingrés a un CIE. Així mateix, en el següent apartat, i en base aquestes etapes o situacions, s'analitzarà com les diferents autoritats

³⁷ González García, I. (2006). “El acuerdo España – Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: Las avalanchas de Ceuta y Melilla”. *Anuario español de derecho internacional*, N°22, p. 258.

³⁸ González García, I. (2006). “El acuerdo España – Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: Las avalanchas de Ceuta y Melilla”. *Anuario español de derecho internacional*, N°22, pp. 274-275.

³⁹ Francisco Domínguez, J. (2005). “Asalto a la valla y quiebra del Derecho”. *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior*, vol. 14, n° 6, p. 4.

⁴⁰ Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegamente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992. BOE núm. 100, de 25.04.1992, art. 5.

⁴¹ González García, I. (2006). “El acuerdo España – Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: Las avalanchas de Ceuta y Melilla”. *Anuario español de derecho internacional*, N°22, p. 277.

que intervenen en el procés han de justificar les seves decisions en base al principi de proporcionalitat que regeix en el procediment d'expulsió.

1. Sumari procediment administratiu d'expulsió per estada irregular

El procediment d'expulsió comença amb la detecció de l'estranger que es troba en situació d'irregularitat en territori espanyol, essent la forma més comuna la realització d'identificacions dutes a terme per la policia en la via pública o "redades policials".

Identificat l'estranger, i establerta la seva estada irregular, es procedeix a incoar un expedient administratiu per a la seva expulsió, on els policies dels grups o brigades d'estrangeria de la Policia Nacional són els encarregats d'iniciar e instruir el seu expedient d'expulsió⁴², havent de notificar a l'estranger l'acord d'iniciació de l'expedient.

Una vegada notificat l'acord d'iniciació amb indicació del corresponent procediment d'expulsió a seguir, ordinari o preferent, s'obre un termini perquè l'estranger o el seu representat legal presenti al·legacions i pugui proposar proves. Conclou la pràctica de les proves, en cas que aquestes s'hagin admès, la mateixa policia instructora de l'expedient formula una proposta de resolució en la que es fixen els fets, es senyala la infracció administrativa greu de trobar-se en situació irregular, així com la sanció que proposen que s'imposi a l'estranger de multa o expulsió. Aquesta proposta de resolució és enviada a la Delegació o Sub-Delegació del Govern de la província, qui, d'acord amb l'art. 55.2 LOEX, serà l'encarregada de decidir sobre la sanció a imposar al nacional del tercer país.

Des del moment en que s'inicia el procediment sancionador en el que pugui proposar-se l'expulsió, l'instructor pot adoptar alguna de les mesures cautelars previstes en l'art. 61.1 LOEX per tal d'assegurar la resolució que pugui recaure, tals com la retirada del passaport de l'estranger o la seva detenció cautelar per un període màxim de setanta-dos hores prèvies a la sol·licitud d'internament en un CIE o la seva posada a disposició judicial.

Finalment, es procedeix a dictar decret d'expulsió, amb una denegació d'entrada en territori espanyol per un període fixat de temps, o de multa, amb la corresponent obligació de sortida del territori nacional. Decret d'expulsió que s'haurà de notificar a la persona afectada en el termini de sis mesos des que es va iniciar el seu expedient, amb indicació dels recursos que es poden interposar per recórrer la ordre d'expulsió.

⁴² Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). "Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España". *Universidad Complutense de Madrid*, p. 147.

Havent-se de notificar la resolució de sanció d'expulsió o multa en el termini de sis mesos des de l'inici de l'expedient, es pot arribar a produir l'arxiu de l'expedient, per caducitat del procediment administratiu en cas que des de l'inici de l'expedient la Delegació del Govern no hagi decretat cap sanció en dit termini⁴³.

2. Detenció inicial dels estrangers indocumentats en dependències policials

Un supòsit freqüent que es pot donar en l'inici dels procediments d'expulsió d'immigrants en situació irregular és la inicial “*detenció a efectes d'identificació*” referida en la Circular 1/2010, de 25 de gener, de la Direcció General de Policia.

Troblem que la forma més habitual de localitzar els estrangers en situació irregular és a través dels controls d'identificacions o col·loquialment conegudes com a “*redades policials*”, que tenen per objecte la localització expressa dels immigrants o bé aquelles que tenen lloc fora de l'àmbit del control migratori⁴⁴, on la brigada d'estrangeria de la Policia Nacional es pot arribar a trobar amb els estrangers en situació irregular.

Tal i com senyala Margarita Martínez Escamilla, un dels supòsits més comuns en que es ve produint la detenció de nacionals de tercers països en situació irregular són els controls portats a terme per la Policia Nacional en llocs públics, requerint la identificació de les persones i, en especial, d'aquells que mostren certes característiques racials o ètniques que puguin ser indicatives de que són estrangeres⁴⁵.

Essent una veritable privació de llibertat dels estrangers en dependències policials, té com a finalitat esclarir les seves respectives identitats, així com investigar la regularitat o no de la seva estada en territori espanyol per, posteriorment, procedir a la incoació d'un procediment administratiu sancionador d'expulsió al tractar-se d'una infracció administrativa greu prevista en l'art. 53.1.a) de la Llei d'Estrangeria.

Les identificacions en via pública dutes a terme per la Policia Nacional sovint poden resultar controvertides al requerir els agents i cossos de seguretat únicament la documentació a persones que puguin presentar certes característiques ètniques. Trobem en aquest sentit la STC 13/2001, de 29 de gener, en que els recurrents consideraven que la actuació policial va ser discriminatòria

⁴³ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). “Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España”. *Universidad Complutense de Madrid*, p. 177.

⁴⁴ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). “Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España”. *Universidad Complutense de Madrid*, p. 113.

⁴⁵ Martínez Escamilla, M. (2015). “Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras”. *Cuadernos Digitales de Formación*, p. 59.

per motius racials. Els fets, ocorreguts en la estació ferroviària de Valladolid, foren que la policia va sol·licitar exclusivament la documentació a una senyora de color, traslladant-la a dependències policials per comprovar la seva identitat, resultant ser aquesta de nacionalitat espanyola⁴⁶.

En aquesta sentència, tot i que força controvertida, el TC va considerar no haver cap tipus de discriminació en els requeriments policials d'identificació, al tenir aquests la finalitat de controlar el compliment de la legislació d'estrangeria, essent *“forçós reconèixer que, quan aquests controls policials serveixen per aquesta finalitat, determinades característiques físiques o ètniques poden ser preses en consideració en aquests com raonablement indicàries de l'origen no nacional de la persona que les reuneix”*⁴⁷.

2.1. Pressupòsits legals habilitants per establir controls d'identificació en la via pública

La realització d'identificacions de persones en llocs públics, dutes a terme per la Policia Nacional, es troba emparada per l'article 16.1 de la LOSC, en compliment de les funcions d'indagació i prevenció delictiva encomanades als agents de les Forces i Cossos de Seguretat.

L'apartat segon de l'article 16 LOSC esmenta que, en cas que no sigui possible la identificació de les persones per qualsevol mitjà, o si aquesta es negués a identificar-se, els agents, per impedir la comissió d'un delictes o amb l'objecte de sancionar una infracció, poden requerir que els acompanyin a les dependències policials més pròximes que disposin de mitjans adequats per tal de practicar aquesta diligència d'identificació. Hem de tenir en compte, no obstant, que tal i com indica el mateix article, la detenció inicial dels estrangers és als sols efectes de la seva identificació i pel temps estrictament necessari per practicar-se, que en cap cas podrà superar les sis hores⁴⁸.

Així mateix, trobem també la possibilitat d'una posterior detenció cautelar de l'estranger en situació irregular en comissària per un període màxim de setanta-dos hores, prèvia a la seva sol·licitud d'internament o amb la corresponent posada a disposició judicial, com a mesura cautelar que pot adoptar l'Instructor del procediment una vegada incoat el procediment administratiu d'expulsió en virtut de l'article 61.1.e) LOEX.

Pel que respecta a la durada màxima de la privació cautelar de llibertat de l'estranger en dependències policials, que en cap cas podrà superar les setanta-dos hores, s'han de comptabilitzar

⁴⁶ STC 13/2001, de 29 de gener de 2001, FJ. 1.

⁴⁷ STC 13/2001, de 29 de gener de 2001, FJ. 8.

⁴⁸ LO 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana. BOE núm. 77, de 31.04.2015, art. 16.2.

en aquestes hores les dues possibles situacions de detenció de l'estranger, és a dir, la detenció preventiva i la posterior detenció cautelar⁴⁹.

Trobem també diferents Circulars, emeses per la Direcció General de la Policia, que indiquen o donen directrius als funcionaris policials sobre la forma d'actuar en relació amb la detenció inicial o preventiva dels ciutadans de tercers estats en situació irregular.

En primer lloc, trobem que la Circular 1/2010 contenia instruccions perquè els policies efectuassin detencions preventives a persones en situació irregular. En paraules de la Circular: *“el trasllat a la dependència policial, pot efectuar-se conduint l'individu, bé en qualitat de detingut, bé a efectes d'identificació. Si es trasllada en qualitat de detingut, aquesta és la detenció preventiva, que, posteriorment, quan el funcionari inicia l'expedient d'expulsió disposarà que aquella detenció preventiva es converteixi en cautelar d'aquell procediment d'expulsió ja en curs.”*⁵⁰

Aquestes redades efectuades per la Policia nacional en base dita circular, eren habitualment observades en barris amb una alta presència d'immigrants o en estacions de transport públic⁵¹. La Circular 1/2010 ha resultat força controvertida, degut a que la detenció preventiva dels estrangers en que els funcionaris policials sospitin que es trobin indocumentats, poden suggerir que l'estranger, pel sol fet de la seva nacionalitat, sigui un presumpte delinqüent, creant així una creença general de que els estrangers són els culpables dels índexs de delinqüència⁵².

Així mateix, trobem que el mateix Sindicat Unificat de la Policia va denunciar públicament també la Circular 1/2010, ja que en paraules del mateix sindicat aquesta *“tracta als immigrants com a delinqüents”*⁵³.

Com a conseqüència de l'anterior, la Direcció General de Policia va dictar la Circular núm. 2/2012 en la que es va establir la improcedència de traslladar en dependències policials a aquells estrangers que, tot i trobar-se en situació irregular, es trobin documentats i aportin un domicili susceptible de comprovar-se o que pugui ser comprovat en el moment de la identificació. En aquests casos, tal i com senyala la Circular, s'informarà a l'estranger en situació irregular de que es donarà compta de la seva situació a la autoritat governativa⁵⁴, és a dir, es procedirà a la incoació

⁴⁹ Circular núm. 1/2010. “Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la L.O. 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y recordatorio de otras actuaciones”. Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, p. 2.

⁵⁰ Circular núm. 1/2010. “Asunto: Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la L.O. 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y recordatorio de otras actuaciones”. Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, p. 2.

⁵¹ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). “Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España”. *Universidad Complutense de Madrid*, p. 121.

⁵² Terrádez Salom, D. (2012). “El Consejo de Europa y la integración de los inmigrantes: recomendaciones y políticas”. *Revista de derecho migratòria y extranjería*, N° 31, p. 275.

⁵³ Europa Press. (2010). “Un sindicato policial recurrirá la expulsión rápida de inmigrantes”. *El Mundo*. [Un sindicato policial recurrirá la expulsión rápida de inmigrantes | España | elmundo.es](http://www.elmundo.es)

⁵⁴ Circular núm. 2/2012 de la Direcció General de la Policia sobre identificació de ciutadanos, p. 3.

del corresponent procediment d'expulsió però sense una prèvia detenció inicial de l'estranger a efectes de la seva identificació.

Per tant, trobem que aquells estrangers en situació irregular que es trobin documentats i amb un domicili fix, no haurien d'arribar a ser detinguts i, en aquests casos, es procedeix a entregar-li una citació per tal que aquest es presenti en la Comissària de la Policia Nacional i es pugui iniciar el corresponent expedient sancionador⁵⁵.

3. Ingress en un Centre d'Internament d'Estrangers

Com a mesura cautelar que pot autoritzar el Jutge d'Instrucció, prevista en l'art. 61.1.e) LOEX, i amb la finalitat d'assegurar la resolució final que pugui recaure en el procediment sancionador d'expulsió, es preveu legalment la possibilitat del seu ingress en un Centre d'Internament d'Estrangers per un període màxim de 60 dies. A dia d'avui, trobem set centres en les localitats de: Madrid (CIE d'Aluche), Algeciras (La Piñera), Valencia (Zapadores), Murcia (Sangonera la Verde), Barcelona (Zona Franca), Las Palmas (Barranco Seco) i Tenerife (Hoya fría).

A part de la possibilitat d'internament de l'estranger com a mesura cautelar prevista en l'article 61.1.e) LOEX, que només es pot decretar si es segueixen els tràmits del procediment preferent, no podent-se donar en l'ordinari d'acord amb lo disposat en l'art. 63 bis.4 LOEX, trobem que l'internament de l'immigrant en un CIE també es pot donar amb posterioritat a la imposició de la sanció d'expulsió, en cas que aquesta no es pugui executar en el termini de setanta-dos hores⁵⁶.

La decisió d'internament de l'estranger en situació irregular deu ser autoritzada per un jutge qui, d'acord amb el fur territorial previst en l'article 62.6 LOEX, és el Jutge d'Instrucció del lloc on es practiqui la detenció. Jutge que, prèvia audiència de l'interessat i del Ministeri Fiscal, resoldrà mitjançant resolució motivada sobre la procedència o no del seu internament en base les circumstàncies concurrents del cas i personals de l'interessat, d'acord amb el principi de proporcionalitat que tractarem més endavant.

Com a circumstàncies o criteris orientadors de la decisió del Jutge, la Llei d'Estrangeria preveu les següents: *“el risc d'incompareixença per manca de domicili o de documentació identificativa, les actuacions de l'estranger tendents a dificultar o evitar la expulsió, així com l'existència de*

⁵⁵ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). “Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España”. *Universidad Complutense de Madrid*, p. 141.

⁵⁶ Durán Cristóbal, G. (2015). Procedimiento sancionador preferente en materia de extranjería. *Big Data Isde*, p. 3.

*condemna o sancions administratives prèvies i d'altres processos penals o procediments administratius sancionadors pendents.*⁵⁷”

Per últim, tal i com remarca Alberto Daunis Rodríguez, trobem que l'internament deu constituir un instrument necessari per portar-se a terme la sanció d'expulsió que pugui recaure en el procediment, resultant aquest improcedent quan aquesta sigui inviable, per no existir acord de readmissió amb el país d'origen de l'estranger que es pretén expulsar o per la concurrència d'altres circumstàncies personals de l'estranger⁵⁸ que, en aplicació del principi de no devolució, comporten que no s'hauria d'acordar l'internament.

4. Sanció a l'estada irregular de nacionals de tercers països

Fent una interpretació gramatical de l'article 57.1 LOEX, la sanció principal que correspondria adoptar en els casos d'estància irregular dels estrangers és la d'una multa pecuniària que, com veurem més endavant, porta aparellada una obligació de sortida del territori espanyol. No obstant, *“podrà aplicar-se, en atenció al principi de proporcionalitat, enlloc de la sanció de multa, la expulsió del territori espanyol, prèvia la tramitació del corresponent expedient administratiu i mitjançant resolució motivada que valori els fets que configuren la infracció*⁵⁹”.

Troblem que per tal de decretar l'expulsió de l'estranger del territori espanyol ha de concórrer alguna circumstància agreujant afegida a l'estada irregular de l'estranger que justifiqui la imposició de dita sanció, doncs tal i com esmenta el TS: *“la expulsió requereix una motivació específica, diferent o complementària de la pura permanència il·legal, ja que aquesta està castigada simplement, com hem vist, amb la multa*⁶⁰”.

Així mateix, segons el que disposa l'art. 55.3 LOEX, per a la graduació de les sancions l'òrgan competent de l'Administració ha d'especificar, en cas que imposi la sanció d'expulsió, quines són les raons de proporcionalitat que porten a la adopció de tal mesura, valorant el grau de culpabilitat del dany produït o el risc derivat de la infracció.

⁵⁷ LO 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. BOE núm. 10, 12/01/2000, art. 62.1.

⁵⁸ Daunis Rodríguez, A. (2015). “Las cárceles de los excluidos y marginados. Situación de los centros de internamiento de extranjeros tras la aprobación de su reglamento. Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, n° 40, p. 45.

⁵⁹ LO 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. BOE núm. 10, 12/01/2000, art. 57.1.

⁶⁰ STS núm. 6679/2007, de 4 de octubre de 2007, FJ 5.

Va ser amb l'última reforma de la Llei d'Estrangeria (LO 2/2009) quan es va introduir el principi de proporcionalitat com a criteri per decidir sobre la expulsió, exigint-se que en els decrets d'expulsió consti la motivació específica que porta a la imposició d'aquesta sanció⁶¹.

4.1. Directiva de retorn i la seva aparent contradicció amb la normativa espanyola

La Directiva 2008/115/CE relativa a normes i procediments comuns pel retorn dels nacionals de tercers països en situació irregular, en un principi sanciona la estada irregular dels estrangers únicament amb la seva expulsió del territori, no preveient l'article 6 de la Directiva cap altra mena de sanció, ni preveu tampoc que els Estats puguin adoptar sancions alternatives a l'expulsió dels estrangers en situació irregular⁶².

No obstant, tot i no contemplar la Directiva la possibilitat d'imposar una multa com alternativa al retorn de l'estranger, aquesta no exclou que dita sanció pugui ser adoptada en el si del procediment d'expulsió de l'estranger sempre i quan l'efecte útil de la Directiva no es vegi compromès⁶³, efecte útil de la Directiva que no es altre que la sortida obligatòria o el retorn de tot ciutadà d'un tercer Estat que es trobi en territori de la Unió de forma irregular⁶⁴. Així mateix, segons va declarar el TJUE en l'any 2012, la imposició d'una sanció pecuniària prevista en el règim sancionador espanyol, unida amb l'obligació de sortida del territori, *“no impedeix de manera alguna que s'adopti i s'executi una decisió de retorn amb ple compliment dels requisits enunciats en els articles 6 a 8 de la Directiva 2008/115⁶⁵”*.

Fins el 23 d'abril de 2015, tal i com senyala David Fernández Rojo, la mera estada irregular dels estrangers a Espanya era sancionada amb una multa pecuniària junt amb una advertència de sortida voluntària del territori espanyol en un termini determinat. En dit termini, l'estranger podia regularitzar la seva situació o abandonar Espanya sense veure's subjecte a una prohibició d'entrada i, en cas d'incompliment per l'estranger de l'ordre de sortida del territori nacional, es procedia a tramitar un expedient d'expulsió⁶⁶.

⁶¹ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España. *Universidad Complutense de Madrid*, p. 82.

⁶² Jordana Santiago, M i Serra Gironès, A. (2023). “Els drets en l'àmbit de les migracions,” a Jordana Santiago, M (dir.), “El respecte dels drets humans a l'Estat espanyol. Anàlisi crítica des d'una perspectiva de dret internacional”. *Col·lecció Transformem 1*, p. 249.

⁶³ STS 1141/2023, de 18 de setembre de 2023, FJ 5.

⁶⁴ STS 366/2021, de 17 de març, FJ 3.

⁶⁵ STJUE, *Sagor*, C-430/11, par. 36.

⁶⁶ Fernández Rojo, D. (2023). “La estancia irregular de los extranjeros sin circunstancia agravantes en España a tenor de la Directiva de Retorno: ni multa, ni expulsión”. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 61, p. 218.

La contradicció entre ambdós normatives, referida a la prevalença de la sanció d'expulsió o multa a la situació d'estada irregular, fou donada arrel del pronunciament del TJUE quan aquest va ser interrogat per via de qüestió prejudicial en l'assumpte *Zaizoune*. En aquesta sentència, el Tribunal comunitari va decretar la incompatibilitat de la Directiva amb el règim sancionador previst en la normativa d'estrangeria espanyola, declarant que aquesta última demorava el retorn i menyscabava d'aquesta manera l'efecte útil de la Directiva⁶⁷.

Recentment, s'ha dictat la STS 1141/2023, de 18 de setembre de 2023, que il·lustra amb claredat la evolució jurisprudencial del TJUE i del TS sobre la compatibilitat de la Directiva de retorn amb la normativa espanyola d'estrangeria, formant també jurisprudència en relació a la qüestió de la sanció preferent a imposar als estrangers en situació irregular en territori espanyol, de la que nosaltres també en parlarem a continuació.

4.2. Evolució jurisprudencial TJUE i TS

Tal i com sosté la STS núm. 1141/2023, fins la Directiva de Retorn de l'any 2008, la jurisprudència del Tribunal Suprem sostenia que la Administració no podia optar discrecionalment entre la imposició de la sanció de multa o expulsió dels estrangers en situació irregular, al precisar que la sanció d'expulsió, com a sanció més greu i secundària, requeria d'una causa específica i motivada, diferent o complementària de la multa que, en la LOEX es considerava la sanció principal a imposar a la mera estada il·legal⁶⁸.

Com s'ha reflectit amb anterioritat, l'aparent contradicció de la normativa espanyola d'estrangeria amb el text de la Directiva va venir imposada per l'assumpte *Zaizoune*, en establir el TJUE que *“cap precepte de la Directiva (2008/115/CE), ni cap disposició d'un acte pertanyent al cabal comunitari permeten establir un sistema que, en cas de situació irregular de nacionals de tercers països en el territori d'un Estat membre, imposi, depenent de les circumstàncies, o bé una sanció de multa, o bé la expulsió, sent ambdues mesures excloents entre si”*⁶⁹.

A partir d'aquest pronunciament, el TS es va decantar a favor de la expulsió dels estrangers en situació irregular en tots els casos que se li plantejaven, com a conseqüència del caràcter clar i incondicional de la Directiva que permetia resoldre els assumptes en base al seu efecte directe

⁶⁷ STJUE, *Zaizoune*, C-38/14, par. 40.

⁶⁸ STS 1141/2023, de 18 de setembre de 2023, FJ 7.

⁶⁹ STJUE, *Zaizoune*, C-38/14, par. 37.

que, *en aquests termes era més que discutible, doncs la situació del particular empitjora amb la aplicació de la Directiva*⁷⁰.

Arrel del pronunciament del TJUE en l'assumpte *Zaizoune*, un gran nombre d'estrangers en situació irregular dels qui no concorria cap circumstància agreujant en la seva estada a Espanya, es van veure perjudicats per la deficient transposició de la Directiva de retorn en la normativa espanyola d'estrangeria, i per la inseguretat jurídica que comportava als estrangers el desconeixement de si serien sancionats amb una multa o directament amb la expulsió del territori⁷¹, amb la corresponent prohibició d'entrada en territori espanyol.

L'any 2019 es va plantejar una qüestió prejudicial per la Sala del TSJ de Castilla-La Mancha al Tribunal Comunitari posant de manifest la conseqüències derivades de la STJUE de 23 d'abril de 2015. La resposta a la qüestió prejudicial va donar lloc a la STJUE de 8 d'octubre de 2020, assumpte C-568/19, on el TJUE va senyalar que *“la autoritat nacional competent no podrà basar-se directament en lo disposat en la Directiva per adoptar una decisió de retorn i fer complir dita decisió tot i no existir circumstàncies agreujants*⁷²”.

En aquesta última sentència, el TJUE va justificar la seva decisió en base a la seva anterior jurisprudència, on *“una directiva no pot, per si sola, crear obligacions a càrrec d'un particular i que una disposició d'una directiva no pot, per consegüent, ser invocada, en la seva qualitat de tal, contra dita persona*⁷³.” Així doncs, els tribunals contenciosos-administratius espanyols no podien aplicar directament, sense la prèvia transposició al ordenament intern, les disposicions de la Directiva de Retorn als particulars (*“efecte directe vertical descendent*”)⁷⁴.

Arrel de la nova STJUE, de 8 d'octubre de 2020, el TS es va pronunciar novament sobre la qüestió objecte de debat en la STS 366/2021, de 17 de març, recuperant la seva jurisprudència tradicional que afirmava que la mera estada irregular, sense la concurrència de circumstàncies o elements negatius que la agreuessin, no es podia justificar la expulsió en base l'efecte directe de la Directiva. Tanmateix, a diferència d'aquella inicial jurisprudència, la STS núm. 366/2021 continuava exclouent la possibilitat d'imposar la sanció de multa, al concloure *“que la situació d'estada irregular determina, en el seu cas, la decisió d'expulsió i no cap la possibilitat de substitució per una sanció de multa*⁷⁵”.

⁷⁰ Jordana Santiago, M i Serra Gironès, A. (2023). “Els drets en l'àmbit de les migracions,” a Jordana Santiago, M (dir.), “El respecte dels drets humans a l'Estat espanyol. Anàlisi crítica des d'una perspectiva de dret internacional”. *Col·lecció Transformem 1*, p. 251.

⁷¹ Fernández Rojo, D. (2023). “La estancia irregular de los extranjeros sin circunstancia agravantes en España a tenor de la Directiva de Retorno: ni multa, ni expulsión”. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 61, p. 218.

⁷² STJUE, *MO*, C-586/19, par. 27.

⁷³ STJUE, *M.H. Marshall*, C-152/84, par. 48.

⁷⁴ STS 1141/2023, de 18 de setembre, FJ 6.

⁷⁵ STS 366/2021, de 17 de març, FJ. 4

Aquesta última conclusió va ser corregida per la STJUE de 3 de març de 2022, assumpte C-409/2020, on el TJUE va considerar conforme amb la Directiva de retorn la imposició d'una sanció multa, sempre que aquesta porti aparellada l'obligació d'abandonar el territori de l'Estat membre i, en un segon moment, en cas que l'estranger no hagi regularitzat la seva situació, amb una ordre d'expulsió del territori⁷⁶.

Finalment, el Tribunal Suprem en la seva recent sentència núm. 1141/2023, assentant jurisprudència al respecte, va disposar que la sanció a imposar de forma preferent als estrangers en situació irregular en territori espanyol, és la de multa amb la corresponent ordre de sortida del territori nacional d'acord amb l'article 28.3.c) LOEX, sempre que no concorrin circumstàncies o elements negatius que, d'acord amb el principi de proporcionalitat, justifiquin la seva expulsió⁷⁷.

Article 28.3.c) LOEX que contempla la obligació de sortida obligatòria del territori nacional dels estrangers que manquin d'autorització per romandre a Espanya, configurant-se aquest article en paraules del TS *“com un instrument de garantia en última instància de la eficàcia dels mecanismes de retorn”*⁷⁸. Donada la obligació legal de sortida del territori espanyol dels estrangers en situació irregular, el TS conclou en la STS 1141/2023 que *“quan la decisió consisteixi en la imposició d'una multa, la resolució administrativa que la imposi deu contenir una ordre de sortida de compliment voluntari que concreti el mandat contingut en l'article 28.3.c) LOEX”*⁷⁹. Així mateix, l'incompliment d'aquesta obligació de sortida voluntària podrà donar lloc a l'expulsió (forçosa) de l'estranger, amb la corresponent prohibició d'entrada en territori espanyol, al configurar-se dit incompliment com una circumstància agreujant justificadora de la sanció d'expulsió, de la que posteriorment tractarem.

IV. APLICACIÓ DEL PRINCIPI DE PROPORCIONALITAT EN DIFERENTS MOMENTS DEL PROCEDIMENT D'EXPULSIÓ

La potestat sancionadora de l'Administració es troba condicionada a l'observança de diferents principis disposats en de la Llei 40/2015, de 1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic (en endavant LRJSP), tals com el principi de proporcionalitat, on l'art. 29.3 LRJSP indica que en la imposició de sancions per les Administracions Públiques es deurà observar la deguda idoneïtat i

⁷⁶ STJUE, UN, C-409/20, par. 64.

⁷⁷ STS 1141/2023, de 18 de septiembre de 2023, FJ 10.

⁷⁸ STS 1141/2023, de 18 de septiembre de 2023, FJ 7.

⁷⁹ STS 1141/2023, de 18 de septiembre de 2023, FJ 10.

necessitat d'imposar la sanció, així com la seva adequació a la gravetat del fet constitutiu de la infracció.

Tot i que l'art. 29.3 LRJSP només es refereixi al principi de proporcionalitat en l'àmbit de les sancions administratives, tal i com precisa el TJUE: *“en el desenvolupament de les fases del procediment de retorn regulat per la Directiva 2008/115 correspon una graduació de les mesures que han de prendre's per la execució de la decisió de retorn, graduació que va des de la mesura que més llibertat permet a l'interessat, a saber la concessió d'un termini per la seva sortida voluntària, fins les mesures coercitives que més la restringeixen, devent garantir-se en totes aquestes fases el respecte al principi de proporcionalitat⁸⁰”*.

Regint el principi de proporcionalitat durant totes les fases del procediment d'expulsió, trobem que els diferents actors que intervenen en el procediment (funcionaris policials, Jutge d'Instrucció, òrgan sancionador) hauran de justificar les seves decisions en base al mencionat principi. Una necessitat de motivació dels diferents actes administratius que puguin adoptar-se en el procediment d'expulsió, en tant que limitadors de drets subjectius o interessos legítims dels estrangers⁸¹, que facilita el posterior control pels Tribunals de la activitat administrativa davant el possible incompliment del principi de proporcionalitat⁸².

Profunditzant en el control jurisdiccional del principi de proporcionalitat, la recent STS 732/2023 ha disposat que els Tribunals, al revisar el judici de ponderació de les circumstàncies agreujants que poden justificar la resolució administrativa d'expulsió, també el deuen realitzar tenint en compte les proves que l'han estat aportades tant en via administrativa com en via jurisdiccional⁸³.

En matèria d'estrangeria, trobem que la jurisprudència no dubta en reflectir la vinculació existent entre la exigència de motivació i el principi de proporcionalitat⁸⁴. En aquest sentit, el Tribunal Suprem ha remarcat la *“necessitat de la motivació de les decisions administratives, que constitueix la garantia de que la decisió de retorn degui adoptar-se de manera individualitzada, valorant tots els drets afectats per aquella decisió, exigència que no comporta sinó aplicar el principi de proporcionalitat que s'imposa tant per la Directiva com pel nostre Dret intern⁸⁵”*.

Mereix especial atenció també la STS de 25 de setembre de 2003, on el Tribunal Suprem va disposar que la potestat sancionadora de l'Administració no té caràcter discrecional, pel que les

⁸⁰ STJUE, PPU, C-61/11, par. 41.

⁸¹ Així ho disposa l'art. 35.1.a) LPCAP: “Serán motivados, con suscita referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos”.

⁸² González Navarro, R. (2016). “La motivación de los actos administrativos”. *Universidad Pablo de Olavide*, pp. 105-106.

⁸³ STS 732/2023, de 5 de juny de 2023, FJ 4.

⁸⁴ González Navarro, R. (2016). “La motivación de los actos administrativos”. *Universidad Pablo de Olavide*, p. 107.

⁸⁵ STS 208/2022, de 18 de febrer de 2022, FJ 6.

sancions que s'imposin deuran ser clarament motivades, ja que així ho imposa la interdicció d'arbitrarietat dels poders públics prevista en l'art. 9.3 CE⁸⁶.

Per tant, trobem que, d'una part, s'hauran de motivar tots els actes administratius que es puguin prendre durant el procediment d'expulsió, tals com l'internament de l'estranger en un CIE o l'ordre d'expulsió que es pugui arribar a dictar. Per altre banda, aquestes decisions hauran de justificar-se en base un *“judici de proporcionalitat que prendrà en consideració, d'una banda, la finalitat de la norma, de l'altra, els drets dels ciutadans que en la seva aplicació es vegin afectats, devent aquests estar en proporció amb aquella finalitat.”*⁸⁷

A continuació procedirem a veure les diferents circumstàncies que, de conformitat amb el judici de proporcionalitat, justifiquen les decisions que es prenen durant el procediment d'expulsió d'estrangers en situació irregular.

1. Discrecionalitat en la detenció inicial a efectes d'identificació

El trasllat a comissària d'estrangers a efectes d'identificació es troba emparat legalment per l'article 16.2 de la Llei de protecció de la seguretat ciutadana, on en cas que no sigui possible la identificació de la persona requerida o si aquesta es negués a identificar-se, els agents, per impedir la comissió d'un delictes o amb l'objecte de sancionar una infracció podran traslladar-los a la Comissària més pròxima de la Policia Nacional, a sols efectes de la seva identificació i pel temps estrictament necessari, que en cap cas podrà superar les sis hores⁸⁸.

Com hem senyalat anteriorment, a partir de la improcedència continguda en la Circular 2/2012 de detenció dels estrangers que es trobin documents i que, a més, aportin un domicili susceptible de comprovar-se o que pugui ser comprovat en el moment de la diligència d'identificació⁸⁹, no s'hauria de traslladar en dependències policials a dits estrangers tot i trobar-se en situació irregular. En aquests casos es procedeix a entregar una citació per tal que aquest es personi en dependències de la Policia Nacional i es pugui incoar el corresponent expedient administratiu.

En el supòsit que s'arribi a traslladar a comissària a estrangers que, requerits en aquests controls d'identificació, es troben documentats però que no acreditin la regularitat de la seva estada en territori espanyol, aquesta detenció no compta amb la cobertura legal de la normativa

⁸⁶ STS 5739/2003, de 25 de setembre, FJ 2.

⁸⁷ STS 366/2021, de 17 de març, FJ 3.

⁸⁸ LO 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana. BOE núm. 77, de 31/03/2015, art. 16.2.

⁸⁹ Circular núm. 2/2012 de la Direcció General de la Policia sobre identificació de ciutadanos, p. 3.

d'estrangeria, ni tampoc es pot al·legar que sigui una detenció cautelar a l'empara de l'article 61.1.d) LOEX al no haver-se iniciat encara cap procediment sancionador⁹⁰.

Tanmateix, tal i com indica Elena Sainz en el seu treball "*Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España*", trobem que els policies disposen d'un alt grau de discrecionalitat en el moment de decidir sobre la detenció dels estrangers pels sols efectes de la seva identificació, doncs davant la mínima sospita o en cas que no confiïn en la veracitat dels documents acreditatius de la identitat dels estrangers, procediran a traslladar-lo a dependències policials. Així mateix, la autora, a partir de la realització d'entrevistes amb policies, va poder concloure que la decisió de retenció de l'immigrant per la seva identificació, no només es pren "*en funció de la documentació presentada sinó que influeix en gran mesura l'actitud més o menys col·laboradora que tingui la persona que està sent identificada i l'aspecte que presenta*"⁹¹.

Per tant, podem arribar a concloure que els agents de la Policia Nacional, en la realització de les identificacions en la via pública no només tenen en compte els requisits de documentació i domicili previstos en la Circular núm. 2/2012, sinó que es tenen en compte altres aspectes com la "confiança" o "fiabilitat" de que aquella persona acudirà a comissària en cas de no practicar-se la detenció⁹², comportant necessàriament un cert poder de discrecionalitat en les seves decisions.

2. Discrecionalitat en el seguiment dels tràmits del procediment ordinari o preferent d'expulsió

L'art. 63.1 LOEX ordena la tramitació amb caràcter preferent del procediment d'expulsió en aquells supòsits d'estada irregular previstos en l'art. 53.1.a) LOEX, en que l'Instructor de l'expedient consideri que es donen en l'estranger alguna de les següents circumstàncies:

"a) risc d'incompareixença.

b) l'estranger evités o dificultés la expulsió, sens perjudici de les actuacions en exercici dels seus drets.

⁹⁰ Martínez Escamilla, M. (2015). "Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras". *Cuadernos Digitales de Formación*. P. 67.

⁹¹ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). "Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España". *Universidad Complutense de Madrid*, p. 137.

⁹² Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). "Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España". *Universidad Complutense de Madrid*, p. 141.

c) l'estranger representi un risc per l'ordre públic, la seguretat pública o la seguretat nacional.⁹³”

De donar-se algun d'aquests supòsits referits a l'estada irregular dels estrangers, dit article senyala també que no cabrà la concessió d'un període de sortida voluntària del territori espanyol, executant-se necessàriament la seva expulsió de manera forçosa. Una absència de concessió d'un termini per la sortida voluntària en el procediment d'expulsió preferent, que resulta coherent amb lo disposat en l'article 7.4 de la Directiva de Retorn.

Només sent aplicable el procediment preferent d'expulsió d'estrangers en situació irregular en aquells supòsits específics previstos en el segon paràgraf de l'article 63.1 LOEX, trobem que el seguiment tràmits del procediment preferent comporten considerables desavantatges pels estrangers⁹⁴, doncs, entre d'altres:

- El procediment preferent possibilita l'adopció de la mesura cautelar d'internament en un CIE (art. 61.1.e) LOEX), no podent-se donar en l'ordinari (art. 63 bis.4 LOEX).
- En el procediment ordinari les persones disposen d'un termini de quinze dies per presentar al·legacions mentre que el preferent el termini es redueix a quaranta-vuit hores.
- En cas que s'arribi a dictar una ordre expulsió de l'estranger per la seva estada irregular, en el procediment ordinari es dona un termini de compliment voluntari de la mateixa, cosa que no cap la seva concessió en el procediment preferent (art. 63.1 LOEX).

Així doncs, les circumstàncies previstes en l'art. 63.1. LOEX seran les que hauran de ser pressos en consideració per l'Instructor de l'expedient administratiu, tals com el risc d'incompareixença de l'estranger, essent aquestes *“conceptes jurídics indeterminats que permeten, mitjançant una valoració individualitzada i plenament contrastada, en un procediment amb plenes garanties, la necessitat d'adoptar una ordre d'expulsió.”⁹⁵*

L'instructor de l'expedient, que és un funcionari del Cos de la Policia Nacional, tindrà la possibilitat d'incoar el procediment d'expulsió en base els tràmits ordinaris o amb caràcter preferent. No obstant, tal i com indica la Circular núm. 1/2010, poden haver casos en que l'instructor no disposa d'elements suficients per determinar si iniciarà l'expedient seguint els tràmits del procediment ordinari o preferent, havent-se de realitzar certes actuacions tendents a

⁹³ LO 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. BOE núm. 10, 12/01/2000, art. 63.1.

⁹⁴ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España. *Universidad Complutense de Madrid*, p. 152.

⁹⁵ STS 366/2021, de 17 de març, FJ 3.

determinar si es donen alguna d'aquestes concretes circumstàncies que permeten la incoació amb caràcter preferent⁹⁶.

Així doncs, per tal de determinar de si existeix o no risc d'incompareixença en l'estranger, l'instructor podrà valorar la concurrència d'alguna de les circumstàncies previstes en la referida Circular 1/2010, tals com:

- 1) "Respecte al domicili de l'expedientat, aquest indicarà:
 - El temps que porta vivint en aquell lloc.
 - Les persones amb les que ha conviscut i amb les que conviu.
- 2) Sobre el temps que porta romanent a Espanya, havent d'acreditar-ho amb el passaport i el segell d'entrada.
- 3) Respecte als mitjans de vida i subsistència que disposa, tals com quina és o són la seva font d'ingressos, els seus mitjans econòmics o qui pugui fa front a les seves despeses bàsiques (allotjament, manutenció).
- 4) Altres circumstàncies com el seu arrelament a la societat espanyola, o la seva possible situació física, psíquica o de salut.⁹⁷"

Així mateix, davant la incertesa del temps més o menys prolongat que poden durar aquestes actuacions de la policia instructora tendents a esclarir el risc d'incompareixença de l'estranger, dita Circular també disposa que es podrà adoptar la mesura de detenció cautelar pel termini de setanta-dos hores prevista en l'art. 61.1.d) LOEX⁹⁸.

Pel que respecta a les altres dues circumstàncies previstes en l'art. 63.1 LOEX, referents a que l'estranger eviti o dificulti la expulsió o que aquest representi un risc per l'ordre públic, la seguretat pública o la seguretat nacional, tal i com indica la Circular núm. 1/2010, resulten més fàcils de conèixer la seva existència o no per l'Instructor en el moment de dictar-se l'acord d'iniciació de l'expedient. En aquest sentit, el Tribunal Suprem va senyalar que la resolució d'acord d'incoació del procediment preferent d'expulsió al concórrer la circumstància justificativa de representar "un risc per l'ordre públic", no mancava de motivació alguna en atenció als antecedents delictius de l'expedientat⁹⁹.

⁹⁶ Circular núm. 1/2010. Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la L.O. 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y recordatorio de otras actuaciones. Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, p. 3.

⁹⁷ Circular núm. 1/2010. Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la L.O. 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y recordatorio de otras actuaciones. Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, p. 7.

⁹⁸ Circular núm. 1/2010. Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la L.O. 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y recordatorio de otras actuaciones. Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, p. 6.

⁹⁹ STS núm. 1665/2014, de 3 de diciembre de 2014, FJ 4.

Tanmateix, podem tornar a apreciar aquí el poder de discrecionalitat de que disposen els funcionaris policials alhora d'escollir el seguiment dels tràmits del procediment preferent, en apreciar l'instructor la circumstància de "risc d'incompareixença" en l'estranger al mancar aquest d'un "domicili estable" o en altres apreciacions d'índole subjectiva que presenta l'expedientat¹⁰⁰, podent dita decisió arribar a resultar contrària al mencionat principi de proporcionalitat que regeix en el procediment d'expulsió.

2.1. Supòsit de discrecionalitat en la pròrroga de compliment voluntari de la sanció d'expulsió en el procediment ordinari

Tal i com hem comentat anteriorment, en cas que s'arribi a dictar una ordre d'expulsió de l'estranger per la seva estada irregular, en el procediment ordinari es concedeix un termini de compliment voluntari de la mateixa, cosa que no es dona en el procediment preferent al disposar l'art. 246.1 RLOEX que: *"les resolucions d'expulsió del territori nacional que es dictin en procediments de tramitació preferent s'executaran de forma immediata."*

Així doncs, l'art. 63.2 bis LOEX disposa que, havent-se seguit els tràmits del procediment ordinari, en cas que s'adopti la sanció d'expulsió del territori nacional, s'inclourà un termini de compliment voluntari que no podrà ser inferior a 7 dies ni superior a 30, a comptar des de la notificació de la resolució que decreti la expulsió.

A més, en el segon paràgraf del mateix article, s'estableix la possibilitat de pròrroga del termini de compliment voluntari de l'ordre d'expulsió per un període prudencial en atenció a les circumstàncies que concorrin en cada cas concret, com poden ser: *"la duració de l'estada, estar a càrrec de nens escolaritzats o la existència d'altres vincles familiars i socials¹⁰¹".*

Trobem que la indeterminació de la Llei d'Estrangeria pel que deu entendre's com a «temps prudencial» per a la pròrroga del termini de compliment voluntari de l'ordre d'expulsió, *"suposa deixar a la discrecionalitat de la Administració la interpretació d'aquests conceptes oberts, el que, sens dubte, generarà molta i diversa casuística depenent de la Delegació de Govern que dicti la resolució administrativa amb la que culmini l'expedient sancionador¹⁰²"*, comportant així greus problemes d'inseguretat jurídica.

¹⁰⁰ Subcomisión de Extranjería y Protección internacional CGAE. (2012). Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería, *Thomson Reuters Lex Nova*, p. 26.

¹⁰¹ LO 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. BOE núm. 10, 12/01/2000, art. 63.2 bis LOEX.

¹⁰² Subcomisión de Extranjería y Protección internacional CGAE. (2012). "Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería". *Thomson Reuters Lex Nova*, pp. 38 y 39.

Un poder de discrecionalitat de l'Administració en la pròrroga del termini de compliment voluntari de l'obligació de sortida del territori espanyol, que, al nostre parer, no es pot predicar de la circumstància d'estar l'estranger «a càrrec de nens escolaritzats» al disposar-se en l'art. 246.3 RLOEX que en aquest cas “no procedirà a la execució de la sanció d'expulsió fins a la finalització del curs acadèmic dels menors, a no ser que l'altre progenitor sigui resident a Espanya i es pugui fer càrrec d'ells”.

No obstant, podem concloure que les altres dues circumstàncies de «duració de l'estada» o «la existència de vincles familiars o socials», si atorguen a l'Administració un poder de discrecionalitat en la seva decisió de pròrroga del termini de compliment voluntari de l'obligació de l'estranger d'abandonar el territori nacional, al resultar aquestes apreciacions també de caràcter únicament subjectiu en la persona del nacional del tercer país.

3. Decisió del jutge d'instrucció d'ingrés del nacional del tercer estat en un Centre d'Internament d'Estrangers

Com s'ha comentat anteriorment, l'internament d'un estranger en un CIE pot donar-se:

- Com a mesura cautelar d'internament preventiu de l'estranger (art. 61.1.e LOEX)
- Amb posterioritat a la imposició de la sanció d'expulsió, en cas no sigui possible executar-la en el termini de 72 hores¹⁰³.

En el primer supòsit, trobem que són els funcionaris policials instructors de l'expedient qui sol·licitaran l'internament de l'estranger al CIE com a mesura cautelar prevista en l'art. 61.1.e) LOEX, devent ser el jutge d'Instrucció competent qui l'autoritzarà. Tal i com senyala Elena Sainz, al igual com passava amb la decisió sobre si traslladar els estrangers a comissària per la seva identificació, en aquest moment del procediment els policies també entren a valorar les circumstàncies personals de l'estranger, considerant aspectes tals com la “fiabilitat” que ofereix l'estranger¹⁰⁴, podent comportar altre cop un alt grau de discrecionalitat en la presentació de la sol·licitud d'internament.

La decisió judicial d'internament ha de ser adoptada mitjançant una resolució motivada, que deu respectar els drets fonamentals de defensa de l'estranger¹⁰⁵. Una interlocutòria judicial d'internament, que tal i com indica el paràgraf segon de l'art. 62.1 LOEX “s'haurà de prendre

¹⁰³ Durán Cristóbal, G. (2015). “Procedimiento sancionador preferente en materia de extranjería”. *Big Data Isde*, p. 3.

¹⁰⁴ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). “Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España”. *Universidad Complutense de Madrid*, p. 199.

¹⁰⁵ STC núm. 115/1987, de 7 de juliol de 1987, FJ 1.

d'acord amb el principi de proporcionalitat, atenent a les circumstàncies concurrents del cas en concret i, en especial:

- El risc d'incompareixença per manca de domicili o de documentació acreditativa.
- Les actuacions de l'estranger tendents a dificultar o a evitar la expulsió.
- L'existència de condemnes o sancions administratives prèvies i d'altres processos penals o procediments administratius sancionadors pendents.”

Així doncs, seran aquestes circumstàncies les que serviran de pauta al Jutge per resoldre sobre la procedència o no de decretar l'internament, havent de tenir en compte també la circumstància prevista en el mateix article on en cas de malaltia greu de l'estranger, el Jutge haurà valorar el risc que l'ingrés al CIE pot suposar per la salut pública del centre o per la pròpia salut del nacional del tercer país¹⁰⁶.

Mereix especial atenció fer referència a la Circular 2/2006, de 27 de juliol, sobre diversos aspectes relatius al règim dels estrangers a Espanya, que senyala que la decisió d'internament a efectes d'expulsió deu estar presidida per la teoria general de les mesures cautelars *fumus boni iuris*, on per adoptar-se s'haurà de concretar en el temor fundat de que l'estranger pugui sostreure's d'una probable decisió d'expulsió¹⁰⁷.

Així mateix, l'anterior Circular esmenta també que el fet que estigui acreditat que l'estranger tingui un domicili conegut suposa una disminució del risc d'incompareixença previst en l'art. 62.1 LOEX, així com que la absència de documentació de l'estranger resulta un element a valorar en quan a la ponderació del *periculum in mora*.¹⁰⁸

Configurant-se l'internament com una mesura restrictiva de la llibertat personal de l'estranger, aquesta té el caràcter d'excepcional, pel que la decisió del jutge haurà de ser presa en base al principi de proporcionalitat, exigint ponderar la situació legal i personal de l'estranger amb la probabilitat del risc de la seva incompareixença¹⁰⁹.

Tenint l'internament el caràcter d'excepcional, hauran de ser les circumstàncies concurrents del cas les que justificaran la pèrdua de llibertat de l'estranger. En aquest sentit, el TS va considerar que la sol·licitud de protecció internacional formulada des d'un CIE per tal de dificultar l'expulsió

¹⁰⁶ LO 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. BOE núm. 10, 12/01/2000, art. 62.1.

¹⁰⁷ Circular 2/2006, de 27 de juliol de 2006, “sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. *Doctrina de la Fiscalía General del Estado*. Apartado II.5”. Criterios para decidir el internamiento a efectos de expulsión.

¹⁰⁸ Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, “sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España. *Doctrina de la Fiscalía General del Estado*. Apartado II.5”. Criterios para decidir el internamiento a efectos de expulsión.

¹⁰⁹ García Vitoria, I. (2011). “Denegación de entrada y salidas obligatorias del país: las garantías del procedimiento en la jurisprudencia (enero-diciembre 2009)”. *Anuario CIDOB de la inmigración*, p. 355.

del recurrent, responent afirmativament l'estranger en compareixença assistit pel seu lletrat a la pregunta de si estava demanant protecció internacional per evitar la seva expulsió, constituïa una petició en frau de llei i en abús de dret evident¹¹⁰, confirmant-se així la resolució administrativa d'expulsió i, consegüentment, la procedència del seu internament en el CIE.

Tanmateix, tal i com afirmen alguns autors, en els CIE no és constata la aplicació de garanties consagrades legalment. En contravenció del caràcter d'excepcionalitat que regeix en la mesura d'internament, no és infreqüent trobar-se internades persones amb fills menors al seu càrrec, que provenen de països que no accepten la repatriació dels seus nacionals, possibles sol·licitant d'asil o de protecció internacional... essent casos en els que l'internament no estaria justificat¹¹¹.

Privant-se de llibertat a estrangers en que el seu internament en el CIE no resulta justificat en base al caràcter d'excepcionalitat esmentat anteriorment, podem arribar a concloure com l'ús desproporcionat d'aquesta mesura tan gravosa pels drets legítims dels nacionals de tercers països pot suposar també un alt grau de discrecionalitat en la seva adopció pel Jutge d'Instrucció.

Així mateix, pel fet que l'internament es doni en estrangers que no han comès cap delictes sinó per la infracció administrativa de trobar-se en situació irregular, diferents autors s'han qüestionat la constitucionalitat de la norma. Així doncs, Daunis Rodríguez, disposa que dita mesura “*no es fixa en la conducta comesa per l'estranger sinó, més bé, en les seves característiques personals: pobre i sense recursos per accedir a un autorització de residència*”¹¹², aquestes últimes les controvertides Golden vises, essent una pràctica que mostra una preferència per part dels Estats europeus, portada també a terme per Espanya, a atorgar la nacionalitat en funció de la capacitat econòmica i sense necessitat de demostrar cap mena d'arrelament en el país¹¹³.

¹¹⁰ STS núm. 1472/2019, de 29 d'octubre de 2019, FJ 6.

¹¹¹ Martínez Escamilla, M. (2015). “Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras”. *Cuadernos Digitales de Formación*, p. 43.

¹¹² Daunis Rodríguez, A. (2015). “Las cárceles de los excluidos y marginados. Situación de los centros de internamiento de extranjeros tras la aprobación de su reglamento”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 40, p. 40.

¹¹³ Jordana Santiago, M i Serra Gironès, A. (2023). “Els drets en l'àmbit de les migracions,” a Jordana Santiago, M (dir.), “El respecte dels drets humans a l'Estat espanyol. Anàlisi crítica des d'una perspectiva de dret internacional”. *Col·lecció Transformem 1*, p. 255.

4. Principi de proporcionalitat en la imposició de la sanció de multa o expulsió

L'estada irregular de nacionals de tercers països en territori espanyol, tipificada com a infracció greu en l'art. 53.1.a) LOEX, pot comportar la imposició d'una sanció d'expulsió amb una corresponent prohibició d'entrada per un nombre determinat d'anys.

No obstant, tal i com hem comentat anteriorment, s'entén a primera vista de l'art. 57.1 LOEX que la multa és la sanció principal a imposar als estrangers que es trobin en situació d'irregularitat i la expulsió és la alternativa¹¹⁴. Així ho determina de forma clara la STS 1141/2023, on senyala que la sanció a imposar de forma preferent als estrangers que hagin incorregut en alguna de les conductes tipificades com a greus de l'art. 53.1.a) LOEX, és la de multa, a no ser que concorrin circumstàncies agreujants afegides a la seva situació irregular¹¹⁵.

Així doncs, es pot concloure que la estada irregular de l'estranger sense concórrer en ella cap circumstància o element negatiu que puguin justificar la seva expulsió, s'haurà de sancionar amb la imposició d'una multa. Així ho indica el TS en la seva sentència de 4 d'octubre de 2007, disposant que *“en quant a sanció més greu i secundària, l'expulsió requereix una motivació específica, i diferent o complementària de la pura permanència il·legal, ja que aquesta és castigada simplement, com hem vist, amb la multa”*¹¹⁶.

En aquest sentit, trobem la recent STC 47/2023 que dictamina la vulneració del dret a la legalitat sancionadora de la recurrent, prevista en l'art. 25.1 CE, a causa d'una aplicació irraonable de la norma sancionadora, al imposar-se la sanció d'expulsió prevista en l'article 57.1 LOEX a una situació de mera estada irregular en territori espanyol en la que no concorria cap circumstància o element negatiu en l'estranger que pogueren justificar, en atenció al principi de proporcionalitat, la imposició de dita sanció d'expulsió¹¹⁷.

Així mateix, tal i com indica el TS, serà *“la motivació i l'examen de les circumstàncies que concorrin en cada cas quan podrà justificar-se, conforme al principi de proporcionalitat, dita decisió de retorn”*¹¹⁸, trobem que serà precís que l'òrgan administratiu sancionador realitzi un

¹¹⁴ Fernández Rojo, D. (2023). “La estancia irregular de los extranjeros sin circunstancia agravantes en España a tenor de la Directiva de Retorno: ni multa, ni expulsión”. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 61, p. 195.

¹¹⁵ STS 1141/2023, de 18 de setembre de 2023, FJ 7.

¹¹⁶ STS 6679/2007, de 4 d'octubre de 2007, FJ 5.

¹¹⁷ STC 47/2023, de 10 de maig de 2023, FJ 4.c).

¹¹⁸ STS 208/2022, de 18 de febrero de 2022, FJ 6.

judici de ponderació de les circumstàncies concurrents, basat en el mencionat principi de proporcionalitat, per a imposar la sanció de multa o expulsió¹¹⁹.

Una necessitat de motivar l'Administració la sanció d'expulsió de l'estranger, que permetrà als òrgans jurisdiccionals controlar la activitat administrativa a posteriori davant possibles incompliments del principi de proporcionalitat¹²⁰.

No obstant, en aquesta etapa del procediment d'expulsió també ens podem trobar davant un cert poder de discrecionalitat de que disposa l'Administració en la seva potestat sancionadora, doncs la expressió “podrà” recollida en l'art. 57.1 LOEX¹²¹ pot arribar a denotar una certa discreció en la imposició de sancions per part de l'autoritat governativa, comportant certs problemes d'inseguretat jurídica als estrangers.

Tot seguit procedim a comentar aquelles circumstàncies o elements negatius que, d'acord amb la jurisprudència, i prenent com a base la recent STS núm. 1141/2023, es consideren com a circumstàncies agreujants que, afegides a la situació d'estada irregular de l'estranger en territori espanyol, justifiquen la proporcionalitat de la imposició de la sanció d'expulsió, així com aquelles que la jurisprudència ha estimat que no la justifiquen.

4.1. Circumstàncies agreujants

El TS en el FJ 8 de la seva sentència núm. 1141/2023, de 18 de setembre, que prenem com a base per a l'exposició, realitza un recordatori d'aquelles circumstàncies agreujants que, d'acord amb la jurisprudència, justifiquen la imposició de la sanció d'expulsió en base al judici de proporcionalitat que deu realitzar l'òrgan administratiu sancionador.

En primer lloc, la circumstància de trobar-se l'estranger en situació irregular sense documentació alguna per la que pugui ser identificat. La STS de 27 de maig de 2008, va destacar que la recurrent, mancant no només de documentació sinó que a més el passaport que va utilitzar estava falsificat, no reflectint així la seva vertadera identitat, aquestes circumstàncies permetien motivar la sanció més greu d'expulsió del territori sense vulnerar-se el principi de proporcionalitat¹²².

En aquest sentit, el TS ha precisat en la STS 1247/2022, de 5 d'octubre, que *“la falta de documentació com a circumstància agreujant ha de posar-se en relació amb les dificultats per la*

¹¹⁹ STS 1141/2023, de 18 de setembre de 2023, FJ 7.

¹²⁰ González Navarro, R. (2016). “La motivación de los actos administrativos”. *Universidad Pablo de Olavide*, pp. 105 i 106.

¹²¹ Martínez García, C. (2006). “La expulsión de extranjeros como sanción administrativa.” *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 69, p. 257.

¹²² STS 2379/2008, de 27 de maig, FJ 3.

*correcta identificació de l'interessat, que impedeixen conèixer la seva identitat, origen i demés circumstàncies personals, compromentent la tramitació del procediment*¹²³.”

No obstant, el TS ha declarat que si bé l'inicial manca de documentació permet justificar la aplicació del procediment preferent, en cas que durant el procediment d'expulsió s'aporti la documentació e identificació de l'estranger, aquesta circumstància agreujant desapareix a efectes de justificar la decisió d'expulsió¹²⁴. És el cas de la STS 492/2022, en que la manca de documentació de l'estranger era l'únic element negatiu unit a la seva estada irregular, cosa que aportant-se posteriorment el seu passaport va desaparèixer dita circumstància agreujant i no es justificava en aquest cas la decisió d'expulsió en base dit principi de proporcionalitat¹²⁵.

En segon lloc, el desconeixement de la forma d'entrada en territori nacional. El TS va considerar en la seva sentència de 5 de juliol de 2007 que, estant indocumentat l'estranger, s'ignorava el fet de quan i per on va entrar en territori nacional, cosa que constituïa una circumstància agreujant que justificava la opció per la sanció d'expulsió enlloc de la multa¹²⁶.

En tercer lloc, no haver complimentat voluntàriament l'estranger una ordre prèvia de sortida obligatòria. En la STS de 22 de febrer de 2007, el TS va considerar com a circumstància agreujant l'incompliment d'una prèvia sortida obligatòria del territori nacional, configurant-se com a motivació suficient per justificar la sanció d'expulsió, sense desconèixer així l'Administració el principi de proporcionalitat al exposar-se les raons per les que es va expulsar al recurrent del territori nacional¹²⁷.

En quart lloc, la invocació d'una falsa nacionalitat, obtenint l'autorització de residència de forma fraudulenta, així com disposar de documentació identificativa falsa.

La STS de 8 de novembre de 2007 va considerar que el permís de residència obtingut de forma fraudulenta, aportant dades falses sobre la seva nacionalitat, es demostrava una mala fe de l'estranger que justificava la sanció d'expulsió enlloc de la sanció de multa¹²⁸.

Pel que fa a la circumstància o element negatiu de disposar documentació falsa, ens remetem a l'anterior STS de 27 de maig de 2008 on el Tribunal va considerar que disposant la recurrent d'un passaport falsificat, no reflectia la seva vertadera identitat i permetia així la justificació de la sanció d'expulsió del territori¹²⁹.

¹²³ STS 1247/2022, de 5 d'octubre, FJ 3.

¹²⁴ STS 1247/2022, de 5 d'octubre, FJ 3.

¹²⁵ STS 492/2022, de 27 d'abril, FJ 2.

¹²⁶ STS 4767/2007, de 5 de juliol de 2007, FJ 6.

¹²⁷ STS 1235/2007, de 22 de febrer de 2007, FJ 4.

¹²⁸ STS 7390/2007, de 8 de novembre de 2007, FJ 4.

¹²⁹ STS 2379/2008, de 27 de maig de 2008, FJ 3.

En cinquè lloc, comptar amb una prohibició d'entrada en territori espanyol.

La STS de 4 d'octubre de 2007 va destacar que, estant en vigor una prohibició d'entrada de l'estranger en territori espanyol en el moment en que se'l va detenir, aquesta circumstància unida a permanència i legal de l'actor són de motivació suficient per justificar la imposició de la sanció d'expulsió i no la de multa¹³⁰.

En sisè lloc, trobar-se l'estranger en alguna de les situacions a les que es refereix l'art. 63.1 LOEX, que motiven l'aplicació del procediment preferent d'expulsió. El TS, va indicar en la seva sentència 336/2021, de 17 de març, que les mateixes circumstàncies que preveuen la incoació del procediment preferent d'expulsió deuen també ser tingudes en consideració en el moment d'establir-se els supòsits en que deu imposar-se l'ordre d'expulsió dels estrangers irregulars¹³¹.

No obstant, el TS en la sentència que prenem com a base per l'exposició de les circumstàncies agreujants, disposa que *“no es adequat concloure, sense més, que la incoació del procediment preferent per alguna d'aquelles circumstàncies sigui per sí mateix justificador de la proporcionalitat de l'expulsió; es requereix, pel contrari, i com succeeix amb les restants circumstàncies o factors d'agravació, la seva valoració individualitzada i plenament contrastada, en un procediment amb plenes garanties, com tal circumstància justificadora de la proporcionalitat de la expulsió”*¹³².

En setè lloc, l'existència d'antecedents penals de l'estranger. La STS 1247/2022, de 5 d'octubre, va precisar que perquè es pugui tenir en compte com a circumstància agreujant que permeti complir amb el pressupòsit de proporcionalitat en l'adopció de la sanció d'expulsió de l'estranger, resulta necessari que l'Administració faci constar els antecedents penals en la seva resolució sancionadora. En la sentència que ens ocupa, trobem que la mera cita genèrica de la existència condemna penal del recurrent, així com dels seus antecedents policials, no van poder servir com a circumstància agreujant per motivar la proporcionalitat de la sanció d'expulsió¹³³.

Pel que respecta a la qüestió dels antecedents policials, trobem que el TS ha destacat en la seva sentència de 4 d'octubre de 2007, que en cas que l'òrgan administratiu sancionador vulgui justificar en aquelles actuacions policials o judicials la decisió d'expulsió haurà d'esbrinar quin va ser el seu resultat i deixar constància d'això en l'expedient administratiu, doncs, en el cas contrari, la sanció d'expulsió resultarà immotivada¹³⁴.

¹³⁰ STS 6676/2007, de 4 d'octubre de 2007, FJ 5.

¹³¹ STS 366/2021, de 17 de març, FJ 3.

¹³² STS 1141/2023, de 18 de setembre de 2023, FJ 8.

¹³³ STS 1247/2022, de 5 d'octubre de 2022, FJ 3 i 4.

¹³⁴ STS 6679/2007, de 4 d'octubre de 2007, FJ 5.

Aquest criteri, plasmat en la STS de 4 d'octubre de 2007, tal i com senyala el TS en la sentència que prenem com a base, encara es manté. Una necessitat d'esbrinar el resultat final de les actuacions policials, doncs aquest *“pot resultar innocu, bé perquè els antecedents policials no han desembocat en actuacions judicials, bé perquè aquestes han acabat sense cap condemna, amb la conseqüència, en qualsevol dels dos casos, de no poder ser tingudes en compte com a justificació de la elecció de la expulsió, al tractar-se d'actuacions administratives o judicials que, en sí mateixes considerades i per si mateixes, resulten jurídicament irrellevants en contra de l'interessat¹³⁵”*.

Per últim, trobem la circumstància agreujant de mancar l'estranger d'un domicili desconegut. Aquesta, tal i com indica el TS en la sentència núm. 1141/2023 que prenem com a base, ha estat merament enumerada per la jurisprudència entre les possibles circumstàncies agreujants o elements negatius que permeten imposar la sanció d'expulsió (entre altres, SSTS núm. 750/2021, de 27 de maig, STS núm. 12/2022, de 12 de gener, núm. 65/2022, de 26 de gener...).

No obstant, la STS núm. 252/2022, de 28 de febrer, sembla rebutjar que constitueixin circumstàncies agreujants que justifiquin la proporcionalitat de l'adopció de la sanció d'expulsió *“que la recurrent es trobava en el nostre país de forma irregular, sense haver regularitzat la seva situació i sense haver obtingut pròrroga d'estada o permís de residència, mancant d'arrealment i de domicili conegut¹³⁶”*, disposant el TS que la decisió d'expulsar a la recurrent en base a aquestes circumstàncies no podia considerar-se ajustada al principi de proporcionalitat.

4.2. Circumstàncies que no són agreujants

S'han remarcat també en el FJ 8 de la STS 1141/2023 diferents pronunciaments del TS que, de forma recent, han precisat que certes circumstàncies agreujants aduïdes per l'Administració no podien ser considerades com a tals a efectes de justificar la proporcionalitat de la sanció d'expulsió enfront de la de multa¹³⁷.

En primer lloc, no es pot considerar com a circumstància o element negatiu per valorar la proporcionalitat de la sanció d'expulsió, el fet de no tenir constància d'haver-se sol·licitat una pròrroga d'estada o un permís de residència una vegada transcorreguts noranta dies de permanència en territori espanyol.

¹³⁵ STS 6679/2007, de 4 d'octubre de 2007, FJ 5.

¹³⁶ STS 252/2022, de 28 de febrer de 2022, FJ 7.

¹³⁷ STS 1141/2023, de 18 de setembre de 2023, FJ 8.

En aquest sentit, la STS 208/2022, de 18 de febrer, destaca que aquesta circumstància no és un element negatiu o un factor a tenir en compte per justificar la proporcionalitat de la expulsió dels estrangers en situació irregular, al configurar-se com un element propi de la seva situació d'irregularitat en territori espanyol¹³⁸.

Tampoc es pot considerar com a circumstància agreujant la falta de constància de tenir arrelament familiar a Espanya o arrelament social, així com la cobertura d'assistència sanitària. Això és degut a que, tal i com disposa el TS, l'arrelament familiar, d'existir, constituïria més bé una circumstància a valorar positivament¹³⁹, en ordre a no imposar la sanció d'expulsió. La no constància d'arrelament social de l'estranger tampoc és una dada que degui tenir-se per si mateixa i per sí sola com a element negatiu unit a la situació d'estada irregular¹⁴⁰.

En aquest sentit, la STS 1107/2023, de 4 de setembre, senyala que el Tribunal d'instància, *“només mencionant circumstàncies conseqüents a la seva pròpia situació d'estada irregular, com és la mera permanència a Espanya o l'absència d'haver tractat de legalitzar la seva situació o l'absència d'arrelament, aquesta última tot i al temps de residència i la obtenció d'ingressos i assistència sanitària; circumstància que no poden estimar-se com d'agravació perquè, en pura lògica, són els mateixos pressupòsits de la infracció (...)”*¹⁴¹.

Per últim, tampoc es pot considerar que la falta de concurrència dels supòsits d'excepció prevists en els articles 5 de la Directiva 2008/115/CE, que propicien la aplicació del principi de no devolució, així com els prevists en els apartats 2 a 5 de l'art. 6, operin com a circumstàncies agreujants de l'estada irregular de l'estranger que justifiqui la sanció d'expulsió del territori¹⁴².

Això es deu a que els supòsits d'excepció prevists en la Directiva de Retorn *“no operen com a criteris de ponderació o proporcionalitat a efectes d'aplicar alternativament i de manera substitutòria la sanció de multa”*¹⁴³, doncs aquests supòsits actuen *“com a excepcions a la executivitat de la mesura d'expulsió de l'estranger en situació irregular; excepcions que han d'apreciar-se a través del procediment corresponent”*¹⁴⁴.

¹³⁸ STS 208/2022, de 18 de febrer de 2022, FJ 7.d).

¹³⁹ STS 208/2022, de 18 de febrer de 2022, FJ 7.e).

¹⁴⁰ STS 208/2022, de 18 de febrer de 2022, FJ 7.f).

¹⁴¹ STS 1107/2023, de 4 de setembre de 2023, FJ. 3.

¹⁴² STS 1247/2022, de 5 d'octubre de 2022, FJ. 3.

¹⁴³ STS 1363/2019, de 15 d'octubre de 2019, FJ. 4.

¹⁴⁴ STS 492/2022, de 27 d'abril de 2022, FJ 3.

V. DRETS DELS ESTRANGERS EN EL PROCEDIMENT D'EXPULSIÓ I POSSIBLES CASOS D'INDEFENSIÓ JURÍDICA

Deixant de banda ara el principi de proporcionalitat i la motivació de les decisions preses pels diferents actors que intervenen en el procediment d'expulsió, en aquest apartat ens referirem, en primer lloc, als drets que ostenten els nacionals dels tercers països que es veuen abocats en un procediment administratiu d'expulsió al seu país d'origen, així com també, i per acabar, diferents supòsits d'indefensió jurídica que poden arribar a patir els estrangers.

1. Drets que assisteixen als estrangers

En aquest apartat procedirem a realitzar una enumeració, amb una breu referència, dels diferents drets de que disposen els estrangers sotmesos a un procediment d'expulsió per la seva estada irregular en territori espanyol. Per fer-ho, ens basarem principalment en els drets referenciats en manual “*Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería*”, realitzat per la Subcomissió d'extranjeria i protecció internacional del Consell General de la Advocacia Espanyola.

1.1. Dret a la assistència lletrada i a la defensa

L'art. 22.2 LOEX ha recollit formalment el dret a la assistència lletrada dels estrangers que es trobin a Espanya, tant en els procediments administratius que puguin portar a la seva denegació d'entrada, devolució o expulsió del territori, com en aquells procediments en matèria de protecció internacional.

L'assistència lletrada als nacionals de tercers països s'inicia amb la entrevista personal i de forma reservada amb l'estranger, a la que farem referència posteriorment, i comprèn aquesta “*la intervenció presencial en la incoació del procediment, en la presa de declaració de l'estranger i notificació de la proposta inicial de resolució (...), la complementació del tràmit d'al·legacions i d'audiència, amb formalització dels recursos que procedeixen tan en via administrativa com judicial*¹⁴⁵”.

Una intervenció del lletrat que en el procediment preferent se li proporcionarà d'ofici (art. 63.3 LOEX i art. 235.2 RLOEX), i de forma gratuïta en cas de manca de mitjans econòmics. No

¹⁴⁵ Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional CGAE. (2012). “Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería”. *Thomson Reuters Lex Nova*, pp. 15-16.

obstant, en el procediment ordinari, tot i que l'art. 227.3 RLOEX disposi que també es proporcionarà d'ofici, tal i com indica Elena Sainz, no sempre es concedeix a l'estranger un advocat del torn d'ofici al no procedir-se molts cops a la seva detenció inicial, i per tant no ser necessari iniciar el procediment en presència d'un advocat. Això pot suposar un possible desavantatge front el procediment preferent i la possibilitat que l'estranger no arribi a presentar al·legacions¹⁴⁶.

Per altra banda, el dret de defensa de que disposen els nacionals de tercers països es troba enquadrat dins el dret fonamental a la tutela judicial efectiva de l'article 24 CE¹⁴⁷. Dret de defensa dels estrangers en els procediments administratius d'expulsió que implica que aquest tingui la possibilitat de defensar-se davant una eventual ordre d'expulsió, atorgant la oportunitat d'al·legar el que convingui en el seu interès, proposar les proves que estimi pertinents, així com el dret a la presentació de recursos contra els actes i resolucions administratives previst en l'art. 21 LOEX.

1.2. Dret a la assistència jurídica gratuïta

Aquest dret, reconegut en l'article 119 CE, es troba regulat la Llei 1/1996, de 10 de gener, d'assistència jurídica gratuïta. Tal i com senyala l'article 2.e) de la mateixa, gaudiran d'aquest dret, *“en l'ordre contenciós-administratiu, així com en la via administrativa prèvia, els ciutadans estrangers que acreditin insuficiència de recursos per litigar, en els procediments que puguin portar a la denegació de la seva entrada a Espanya, a la seva devolució o expulsió del territori espanyol i en tots els procediments en matèria d'asil”*.

L'article 22.1 LOEX ha reconegut expressament aquest dret a tots aquells estrangers que es trobin a Espanya, en les mateixes condicions que els ciutadans espanyols i en qualsevol dels processos en que siguin part, havent d'acreditar en tot moment la manca de recursos econòmics suficients segons els criteris establerts en la normativa reguladora del dret a la assistència jurídica gratuïta¹⁴⁸.

Tanmateix, pel que fa al dret a la assistència jurídica gratuïta dels estrangers en els processos contenciosos-administratius contra les resolucions de retorn que posin fi a la via administrativa, tal i com resulta de l'article 22.3 LOEX, trobem un requisit formal per tal que aquests puguin gaudir del seu dret. Es tracta de la constància expressa de la voluntat d'interposar el recurs o exercitar la acció corresponent, que hauran de manifestar els estrangers, *“essent la forma per*

¹⁴⁶ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). “Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España”. *Universidad Complutense de Madrid*, p. 152 i 153.

¹⁴⁷ Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional CGAE. (2012). “Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería”. *Thomson Reuters Lex Nova*, p. 41.

¹⁴⁸ LO 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. BOE núm. 10, 12/01/2000, art. 22.2.

deixar constància expressa de la voluntat de recórrer la documental, a través d'una acta o declaració en aquest sentit¹⁴⁹”.

1.3. Dret a la assistència d'un intèrpret

Correlativament al dret a la assistència lletrada, l'article 22.2 LOEX reconeix també el dret a la intervenció d'un intèrpret als estrangers que no compreguin o parlin la llengua oficial utilitzada en el procediment d'expulsió.

Trobem que és l'advocat de l'estranger qui ha de constatar si precisa o si té coneixement suficients de la llengua oficial utilitzada en el procediment, que el permetin comprendre els conceptes legals, sense que sigui suficient un coneixement col·loquial de l'idioma¹⁵⁰. En aquests casos, s'assigna l'assistència d'un intèrpret que coneix l'idioma del que és nacional l'estranger.

1.4. Dret a entrevistar-se amb el seu advocat

Els estrangers en situació irregular a qui se'ls ha iniciat un procediment administratiu de retorn, gaudeixen del dret a entrevistar-se personalment amb el seu Advocat, designat pel Torn d'Ofici o el que hagin designat ells mateixos, de forma reservada i amb anterioritat a la declaració davant l'Instructor¹⁵¹. En aquest sentit, trobem que la STEDH de 28 de juny de 1984, va destacar que “*no es pot concebre que un Advocat pugui assistir al seu client sense consultes prèvies entre ells.*¹⁵²”

1.5. Dret d'audiència

L'article 105.c) CE garanteix el dret d'audiència de l'interessat en el procediment administratiu, essent el “*tràmit que en el procediment administratiu manifesta el dret de defensa i el principi general conforme el qual ningú pot ser condemnat sense abans haver estat escoltat*¹⁵³”.

¹⁴⁹ Circular núm. 1/2010. Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la L.O. 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y recordatorio de otras actuaciones. Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, p. 9.

¹⁵⁰ Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional CGAE. (2012). “Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería”. *Thomson Reuters Lex Nova*, p. 15.

¹⁵¹ Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional CGAE. (2012). “Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería”. *Thomson Reuters Lex Nova*, p. 15.

¹⁵² STEDH, *Campbell i Fell*, núm. 7819/77, 1984, par. 99.

¹⁵³ Fuertes López, F i Palomar Olveda, A. (2018). “Manual de Derecho Administrativo y Contencioso-administrativo”. *Editorial Aranzadi*, p. 429.

Així mateix, trobem que el tràmit d'audiència a l'interessat és configura en l'art. 20.2 LOEX com una garantia jurídica que es deu respectar en tots els procediments administratius que s'estableixin en matèria d'estrangeria. El dret d'audiència, es podria definir com el dret de l'estranger a “*tenir coneixement de la infracció que se l'imputa en el procediment sancionador, a conèixer la sanció que se li pugui arribar a imposar, junt amb el dret a presentar al·legacions i proves que desvirtuïn la realitat dels fets que se li atribueixen o la qualificació jurídica concedida a aquests per la Administració*”¹⁵⁴.

La prèvia audiència de l'estranger constitueix també un tràmit procedimental essencial perquè el jutge d'instrucció pugui acordar l'internament de l'estranger en un CIE. Tot i que la Llei d'Estrangeria no precisi el contingut d'aquesta, únicament mencionant-la en el segon paràgraf de l'art. 62.1, per tal d'evitar una possible situació d'indefensió de l'estranger es deuen articular tots el mitjans necessaris perquè aquesta audiència es porti a terme, al permetre a l'estranger efectuar les seves al·legacions i presentar els mitjans de prova que estimi convenients¹⁵⁵.

1.6. Dret a formular al·legacions

Una vegada incoat l'expedient administratiu, es duu a terme la notificació a l'interessat de l'acord d'iniciació degudament motivat i per escrit, per tal que aquest pugui al·legar el que consideri adequat i pugui proposar les proves que consideri oportunes contra aquest acord d'iniciació.

En cas que es segueixin els tràmits del procediment ordinari d'expulsió, l'art. 228.1 RLOEX senyala un termini de quinze dies perquè els interessats puguin aportar quantes al·legacions, documents o informacions que estimin convenients, i en el seu cas, proposar proves. Aquest termini de que disposa l'expedientat per formular al·legacions, tal i com indica l'art. 235.1 RLOEX, es redueix a quaranta-vuit hores en el procediment preferent, advertint-se també de que no efectuar-les per si mateix o per mitjà del seu advocat sobre el contingut del acord d'iniciació de l'expedient, aquest serà considerat com a proposta de resolució.

Així doncs, es destaca la importància de presentar al·legacions¹⁵⁶ dins el termini previst legalment per ambdós procediments d'expulsió, doncs de no presentar-se, la iniciació serà o podrà ser considerada com a proposta de resolució, elevada aquesta a la Delegació o Sub-Delegació del Govern competent per resoldre.

¹⁵⁴ Nieto Martín, F. (2001). “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”. *Jueces para la democracia*, nº 41, p. 24.

¹⁵⁵ García Vitoria, I. (2011). “Denegación de entrada y salidas obligatorias del país: las garantías del procedimiento en la jurisprudencia (enero-diciembre 2009)”. *Anuario CIDOB de la inmigración*, p. 354.

¹⁵⁶ Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional CGAE. (2012). “Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería”. *Thomson Reuters Lex Nova*, p. 40.

2. Possibles supòsits d'indefensió jurídica en el procediment d'expulsió

En aquest apartat ens centrarem en diferents supòsits en que els nacionals de tercers països sotmesos a un procediment d'expulsió poden arribar a patir indefensió jurídica.

Una indefensió jurídica, proscriu expressament en l'art. 24.1 CE, que consisteix en paraules del TC: *“en un impediment del dret a al·legar i de demostrar en el procés els propis drets i, en la seva manifestació més transcendent, és la situació en la que s'impedeix a una part (...) l'exercici del seu dret de defensa, privant-la d'exercitar la seva potestat d'al·legar, i en el seu cas, justificar els seus drets e interessos perquè els hi siguin reconeguts*¹⁵⁷.”

2.1. Inadmissió a tràmit dels recursos contenciosos-administratius presentats pels lletrats designats del torn d'ofici

Per poder interposar un recurs contenciós-administratiu contra la resolució d'expulsió que posi fi a la via administrativa, tal i com resulta de l'art. 22.3 LOEX, és necessari recavar de l'estranger una manifestació expressa de la voluntat d'interposar el recurs o d'exercitar la acció judicial que correspongui, així com que l'estranger apoderi a un advocat per que el representi en judici¹⁵⁸.

La constància expressa de la voluntat de recórrer ve a ser així un requisit formal que ha de complimentar l'estranger per tal que pugui disposar del dret a la assistència jurídica gratuïta en els processos contenciosos-administratius contra les resolucions que posin fi a la via administrativa, ja siguin d'expulsió, devolució o denegació d'entrada¹⁵⁹.

Una necessitat que el lletrat d'ofici acrediti la representació de l'estranger on, d'acord amb l'article 5.3 de la LPACAP, la postulació processal és necessària per tal de poder interposar recursos. Així mateix, l'art. 223 RELOEX referent a la manifestació de la voluntat de recórrer, esmenta que s'haurà d'acreditar per *“mitjà d'apoderament regulat en l'article 24 de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil. En el cas que l'estranger es trobés privat de llibertat podrà manifestar la seva voluntat d'interposar el recurs contenciós-administratiu o exercitar la acció corresponent contra la resolució davant el Delegat o Subdelegat del Govern competent o*

¹⁵⁷ STC 89/1986, de 1 de juliol de 1986, FJ 2.

¹⁵⁸ García Vitoria, I. (2011). “Denegación de entrada y salidas obligatorias del país: las garantías del procedimiento en la jurisprudencia (enero-diciembre 2009)”. *Anuario CIDOB de la inmigración*, p. 359.

¹⁵⁹ Circular núm. 1/2010. Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la L.O. 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería y recordatorio de otras actuaciones. Dirección General de la Policía, p. 2.

el Director del Centre d'Internament d'Estrangers sota el control que es trobi, que ho faran constar en acta que s'incorporarà a l'expedient.”

El supòsit d'indefensió jurídica que pot patir l'estranger ve donat en cas que l'advocat designat pel torn d'ofici no aconsegueixi acreditar la representació de l'estranger, doncs els Jutjats i Tribunals de lo contenciós administratiu no accepten la designa del torn d'ofici com a suficient, desestimant el recurs i procedint a l'arxiu de les actuacions¹⁶⁰.

El problema, tal i com senyala Ignació García Vitoria, es dona en què molts cops l'estranger es troba fora d'Espanya en el moment d'interposar el recurs contenciós-administratiu, interposant l'advocat d'ofici el recurs contenciós-administratiu sense la firma de l'interessat i sense que s'aporti cap document d'apoderament¹⁶¹, procedint, doncs, els Tribunals a desestimar el recurs.

El Tribunal Suprem ha assentat doctrina sobre l'assumpte, disposant en la seva sentència 1009/2020, de 16 de juliol, que *“en la actuació davant òrgans judicials unipersonals la designació de lletrat pel torn d'ofici no exclou la exigència d'atorgament de representació mitjançant poder o compareixença apud acta”*¹⁶².

Una postulació processal que deu realitzar-se per un acte d'atribució expressa de la representació, mitjançant atorgament de poder notarial o per compareixença apud acta davant el Lletrat de l'Administració de Justícia, sent l'apoderament un requisit que regeix tant quan assumeix la representació un lletrat lliurament designat per l'interessat com quan aquesta la assumeix un advocat designat pel torn d'ofici¹⁶³.

Finalment, el TS en dita sentència sosté que no es vulnera el dret a la tutela judicial efectiva de l'estranger, negant-li així el seu dret d'accés a la jurisdicció, davant la falta d'acreditació pel lletrat d'ofici de la representació de l'estranger i no constant la voluntat d'interposar el recurs per part de l'estranger, *“qui és el vertader legitimat per a la seva interposició”*¹⁶⁴.

Així mateix, el TEDH s'ha pronunciat també sobre aquesta qüestió en el Cas C.J. contra Espanya, declarant inadmissible la demanda interposada per una Organització No Governamental, denominada “Women's Links Worldwide”, en representació d'una ciutadana nigeriana que va ser expulsada d'Espanya, al mancar de legitimitat per representar a l'estrangera en els diferents procediments judicials interns espanyols ja que no disposava d'un poder per litigar en nom d'ella.

¹⁶⁰ J. Espelt, comunicació personal, 28 de setembre de 2023.

¹⁶¹ García Vitoria, I. (2011). “Denegación de entrada y salidas obligatorias del país: las garantías del procedimiento en la jurisprudencia (enero-diciembre 2009)”. *Anuario CIDOB de la inmigración*, p. 359.

¹⁶² STS 1009/2020, 16 de juliol de 2020, FJ 6.

¹⁶³ STS 1009/2020, 16 de juliol de 2020, FJ 5.

¹⁶⁴ STS 1009/2020, 16 de juliol de 2020, FJ 4.

Així doncs, no constant cap autorització o poder confiant la seva representació, el TEDH va disposar que aquesta organització mancava de legitimitat per presentar la demanda i, en conseqüència, devia ser rebutjada per resultar incompatible *ratione personae*¹⁶⁵.

En conclusió, trobem que en cas que l'advocat d'ofici no aconsegueixi acreditar la representació del seu client i no s'admeti a tràmit el recurs, es deixa als estrangers en una clara indefensió jurídica, doncs, encara que no es pugui dur a terme l'ordre d'expulsió, aquesta esdevé ferma. Això implica que, segons amb l'art. 57.4 LOEX, la seva expulsió comportarà l'arxiu de qualsevol procediment que tingues per objecte la autorització de residir o treballar en territori espanyol, condemnant a l'estranger a una prolongada situació d'irregularitat en cas que no es pugui arribar a executar la seva expulsió, al no poder tramitar cap tipus de procediment per regularitzar la seva estada durant els anys de prohibició d'entrada a Espanya que contingui el decret d'expulsió.

2.2. Supòsit indefensió internament CIE

En cas de retenció del nacional del tercer país en situació irregular en un CIE, és necessària la intervenció de lletrat que garanteixi el seu dret de defensa previst en l'art. 24 CE.

No obstant, tot i que lògicament deuria resultar imprescindible que l'advocat que intervé en l'expedient administratiu d'expulsió sigui coincident amb el que prengui part en l'expedient judicial d'internament, tenint en compte també que l'internament és una mesura cautelar derivada del mateix expedient administratiu¹⁶⁶, trobem que molts cops no resulta ser el mateix. Aquest fet ve originat per la possibilitat de transcórrer un llarg període de temps des que s'incoa el procediment d'expulsió fins que s'acorda dit internament, provocant que l'Administració en comptes de remetre el cas al primer advocat, i en el supòsit que l'estranger no hagi designat cap advocat particular, decideix designar-li un altre lletrat del Torn d'ofici que desconeix de la tramitació prèvia de l'expedient administratiu d'expulsió¹⁶⁷.

La no coincidència de lletrats que intervenen en la incoació de l'expedient administratiu d'expulsió i el que el defensa davant d'una sol·licitud d'internament, pot incidir negativament en que no es garanteixi plenament el dret a la defensa de l'administrat perquè el segon advocat en

¹⁶⁵ STEDH, *C.J. c. Espanya*, núm. 59172/12, par. 51 i 53.

¹⁶⁶ Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional CGAE. (2012). "Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería". *Thomson Reuters Lex Nova*, p. 41.

¹⁶⁷ Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional CGAE. (2012). "Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería". *Thomson Reuters Lex Nova*, p. 42.

moltes ocasions desconeixerà de la situació personal de l'estranger i del seu expedient d'expulsió¹⁶⁸.

Així doncs, aquest segon Advocat, que veurà al seu client per primer cop en l'audiència prèvia a l'internament, es trobarà amb moltes dificultats per defensar a l'estranger perquè no compta amb la informació necessària per rebutjar l'adopció de dita mesura, al desconèixer de la prèvia tramitació de l'expedient administratiu d'expulsió, causant-se així una clara indefensió a l'estranger¹⁶⁹.

2.3. Indefensió jurídica dels estrangers en el procediment preferent

Com hem comentat anteriorment, el seguiment dels tràmits del procediment preferent d'expulsió per donar-se en l'estranger alguna de les circumstàncies previstes en l'art. 63.1 LOEX, resulta més lesiu als drets legítims d'aquest; doncs es permet el seu internament en un CIE; es redueix el tràmit de presentació d'al·legacions de quinze dies previst en el procediment ordinari a tan sols quaranta-vuit hores; i no s'incorpora en l'ordre d'expulsió cap termini de compliment voluntari.

Pel que respecta al termini de presentació d'al·legacions en el procediment preferent, tal i com indica Fernando Nieto Martin, *“la limitació temporal (48 hores) que el legislador estatal concedeix al ciutadà vinculat per una causa d'expulsió preferent dificulta, en gran mesura, l'exercici constitucional del dret a al·legar i provar la tinença d'una situació objectiva que, en el seu cas, podria excloure el resultat sancionador”*¹⁷⁰.

Tenint en compte que el termini de quaranta-vuit hores comença a comptar, tal i com senyala l'art. 63.4 LOEX, des de la notificació per escrit a l'estranger de l'acord d'incoació de l'expedient, trobem que la falta de presentació d'al·legacions contra dit acord d'iniciació suposa que aquest serà considerat com a proposta de resolució, en els termes prevists en l'art. 63.5 LOEX. Així doncs, derivat dels efectes jurídics negatius que pot suposar la falta de presentació d'al·legacions, convertint-se l'acord d'iniciació de l'expedient en proposta de resolució, el Protocol abans referit de 2012 senyala la conveniència que es presentin sempre al·legacions i evitant així una possible situació posterior d'indefensió¹⁷¹.

¹⁶⁸ Martínez Escamilla, M. (2015). “Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras”. *Cuadernos Digitales de Formación*, p. 178.

¹⁶⁹ Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional CGAE. (2012). “Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería”. *Thomson Reuters Lex Nova*, p. 42.

¹⁷⁰ Nieto Martin, F. (2001). “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”. *Jueces para la democracia*, nº 41, p. 24.

¹⁷¹ Subcomisión de Extranjería y Protección Internacional CGAE. (2012). Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería. *Thomson Reuters Lex Nova*, p. 23.

Tanmateix, tot i presentar-se les al·legacions dins del referit termini, trobem que també es poden produir supòsits d'indefensió jurídica de l'estranger sotmès a un procediment d'expulsió de caràcter preferent, donada la dificultat que pot suposar demostrar dites al·legacions en el curt espai de temps de quaranta-vuit hores, com podrien ser “*el temps de la seva permanència en territori espanyol o una situació d'arrelament familiar o social en el país, o la dificultat de provar la existència de fundades sospites de que serà sotmès a un tracta inhumà en el país de destí*”¹⁷².

En aquest sentit, Fernando Nieto destaca així la procedència de concedir un marge temporal més elevat per demostrar la vigència de situacions d'arrelament a Espanya, al·legada per l'estranger en el limitat termini de quaranta-vuit hores, permetent així a l'estranger presentar les dades necessàries per corroborar la veracitat de la mateixa¹⁷³. Concedint-se un marge temporal més elevat per demostrar les al·legacions, es podria evitar, també en el nostre judici, aquest possible supòsit d'indefensió jurídica de l'estranger donat per la dificultat probatòria de les circumstàncies al·legades en el curt termini de quaranta-vuit hores que es dona en el procediment d'expulsió de caràcter preferent.

2.4. Cas d'indefensió jurídica en el procediment ordinari

Tot i resultar el seguiment dels tràmits del procediment ordinari d'expulsió més garant i respectuós pel drets dels estrangers, trobem que en alguns casos en que s'incoa l'expedient administratiu no sempre s'assigna efectivament un advocat d'ofici al nacional del tercer país, pel fet que no sempre es procedeix a la seva detenció i no ser necessari tampoc iniciar el procediment en presència d'un advocat, donant-se així la possibilitat de que no es presentin al·legacions¹⁷⁴.

Així ho determina també l'advocat especialista en dret d'estrangeria Jordi Espelt Plana, qui va senyalar que en l'acta d'ofertament d'advocat es proporciona a l'estranger un lletrat del torn d'ofici, adjuntant-se les dades necessàries per contactar-lo. Tanmateix, aquest últim ha d'estar segur que serà l'estranger qui contacti amb ell però, en cas que no entengui l'idioma, tindrà un paper que el podrà no haver entès i no arribar a contactar mai amb l'advocat¹⁷⁵, comportant greus problemes en el seu dret de defensa.

¹⁷² Nieto Martin, F. (2001). Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar. *Jueces para la democracia*, nº 41, p. 24

¹⁷³ Nieto Martin, F. (2001). “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”. *Jueces para la democracia*, nº 41, p. 25.

¹⁷⁴ Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). “Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España”. *Universidad Complutense de Madrid*, p. 152 i 153.

¹⁷⁵ J. Espelt, comunicació personal, 28 de setembre de 2023.

VI. CONCLUSIONS

Primera

Els controls d'identificació de persones en la via pública portats a terme per la Policia Nacional són discriminatoris, al requerir-se només la documentació a persones que presenten certes característiques físiques o ètniques indiciaires de que són estrangeres.

Essent les col·loquialment conegudes “redades policials” la forma més habitual de localitzar els nacionals de tercers països en situació irregular, trobem que aquestes tenen l'únic objectiu de detectar els immigrants sense papers que es troben en territori espanyol de forma il·legal, procedint-se a la seva detenció per esclarir la seva identitat i, posteriorment, a la incoació d'un procediment d'expulsió. Així doncs, es pot concloure que els requeriments policials d'identificació són discriminatoris per motius racials.

Segona

No tots els procediments administratius de retorn de nacionals de tercers països regulats en la Llei d'Estrangeria tenen caràcter sancionador, únicament ostentant aquesta condició jurídica el procediment d'expulsió d'estrangers en situació irregular al incoar-se aquest per infracció de normes administratives.

Troblem que els altres dos procediments, de denegació d'entrada i de devolució, no disposen del caràcter sancionador que posseeix el procediment d'expulsió, donat que, en el primer procediment de retorn al punt d'origen, l'estranger no infringeix la normativa espanyola d'estrangeria al intentar entrar en territori espanyol per un lloc fronterer habilitat, però que se li impedeix l'entrada per no complir algun dels requisits exigits legalment. En segon lloc, el procediment de devolució tampoc té naturalesa jurídica sancionadora, ja que a diferència de l'expulsió, no s'infringeix la legalitat administrativa sinó que pretén evitar la contravenció de l'ordenament jurídic d'estrangeria, configurant-se com una mesura governativa de reacció immediata front una pertorbació de l'ordre públic.

Tercera

Les devolucions en calent practicades en les Ciutats Autònomes de Ceuta i Melilla venen a ser veritables expulsions col·lectives d'estrangers prohibides pel dret internacional, però que han estat avalades pel TEDH i el TC en el marge de les polítiques migratòries i de control de fronteres de l'Estat espanyol.

Un procediment de rebuig en frontera dels nacionals de tercers països que tracten d'accedir irregularment en territori espanyol per llocs diferents dels habilitats, retornant-los automàticament

al Marroc sense cap tipus de procediment, del que podem concloure l'arbitrarietat per part de les autoritats estatals espanyoles alhora de portar a terme les seves activitats de vigilància fronterera.

No rebent aquestes devolucions cap avaluació individualitzada del cas en concret, trobem també que l'Estat espanyol està vulnerant el principi de no devolució, al no donar-se a l'estranger la possibilitat de presentar una sol·licitud d'asil o de protecció internacional, retornant-los de forma sumària a un país on la seva vida o llibertat poden estar en perill.

Quarta

El règim sancionador previst en la Llei d'Estrangeria espanyola no resulta incompatible amb els mandats continguts en la Directiva de Retorn de nacionals de tercers països en situació irregular, sempre i quan l'efecte útil de la Directiva no es vegi compromès, és a dir, sempre i quan no es demori el retorn de l'estranger.

Així doncs, trobem que la imposició d'una sanció pecuniària prevista en la normativa espanyola d'estrangeria, unida amb l'advertència de sortida obligatòria del territori en un termini delimitat, no menyscaba l'efecte útil de la Directiva al no impedir que s'adopti i s'executi el seu retorn, doncs, una vegada transcorregut el termini sense que s'hagi efectuat la sortida voluntària, aquesta circumstància podrà donar lloc a la seva expulsió forçosa del territori espanyol.

Cinquena

La sanció preferent a imposar a la mera estada irregular dels estrangers en territori espanyol prevista en la Llei d'Estrangeria és la d'una multa pecuniària, acompanyada amb l'obligació legal de sortida del territori espanyol en un termini fixat en la resolució administrativa. No obstant, en cas de donar-se circumstàncies agreujants afegides a la permanència il·legal dels nacionals de tercers països, l'òrgan administratiu sancionador podrà aplicar, en atenció al principi de proporcionalitat, enlloc de la sanció de multa, la expulsió del territori espanyol mitjançant una resolució motivada que valori els fets que configuren la infracció, amb la corresponent prohibició d'entrada en territori nacional per un nombre determinat d'anys.

Sisena

El principi de proporcionalitat es configura en l'actual normativa d'estrangeria espanyola com el criteri principal per decidir sobre la sanció a imposar als estrangers en situació irregular. Trobant-se la potestat sancionadora de l'Administració sota l'observança de dit principi, s'exigeix que l'òrgan sancionador realitzi un judici de ponderació de les circumstàncies concurrents en cada cas per tal d'imposar la sanció de multa o expulsió, permetent als òrgans jurisdiccional controlar la activitat administrativa a posteriori.

En l'àmbit del dret d'estrangeria, la jurisprudència ha reflectit la vinculació existent entre la exigència de motivació i el principi de proporcionalitat, remarcant-se així la necessitat de motivació de les decisions administratives al constituir la garantia que la decisió de retorn sigui adoptada de manera individualitzada.

Així mateix, regint el principi de proporcionalitat durant totes les fases del procediment d'expulsió, trobem que els diferents actors que hi participen hauran de justificar les seves decisions en base al mencionat principi.

Setena

Tot i no tenir la potestat sancionadora caràcter discrecional, havent els poders públics de motivar en tot moment les seves decisions doncs així ho imposa la interdicció a la arbitrietat de l'art. 9.3 CE, hem pogut apreciar com les diferents autoritats que intervenen en el procediment disposen d'un cert poder de discrecionalitat alhora de prendre les seves decisions.

En primer lloc, en la detenció inicial o preventiva a efectes d'identificació, duta a terme per la Policia Nacional, tot i la improcedència continguda en la Circular núm. 2/2012 d'arrest d'estrangers que es trobin documentats i aportin un domicili susceptible de comprovar-se, no obstant, trobem que els policies procedeixen a traslladar en dependències policials a nacionals de tercers països per l'aspecte que presenten.

Seguidament, es pot apreciar també la discrecionalitat amb que compten els funcionaris policials en la decisió d'incoació del procediment d'expulsió de caràcter preferent, en apreciar l'instructor la circumstància de "risc d'incompareixença" en l'estranger per mancar aquest d'un "domicili estable" o en altres apreciacions d'indole subjectiva que presenta l'expedientat.

Així mateix, la indeterminació de la Llei d'Estrangeria pel que deu entendre's per "temps prudencial" per la pròrroga del termini de compliment voluntari de l'ordre d'expulsió que es pugui arribar a dictar en el procediment d'expulsió ordinari, també pot comportar un alt grau de discrecionalitat de l'òrgan administratiu sancionador.

Pel que respecta a l'internament d'estrangers en un CIE, aquest té el caràcter d'excepcional, pel que el jutge d'instrucció haurà de realitzar un judici de ponderació sobre la situació legal i personal de l'estranger i les circumstàncies concurrents del cas. Tanmateix, en contravenció del caràcter d'excepcionalitat de la mesura, trobem que es troben privats de llibertat en aquests centres nacionals de tercers països en que el seu internament no estaria justificat, pel que podem concloure aquí també el poder de discrecionalitat amb que compta el jutge d'instrucció en la seva adopció.

Finalment, també es pot apreciar un cert poder de discrecionalitat de que disposa l'Administració en la seva potestat sancionadora, doncs la expressió "podrà" trobada en l'art. 57.1 LOEX pot

arribar a denotar una certa discreció en la imposició de les sancions de multa o expulsió per part de l'autoritat governativa.

En definitiva, podem concloure l'alt grau de discrecionalitat amb que compten els diferents actors que intervenen i prenen decisions durant el procediment d'expulsió. Una discreció que ve donada per l'abundant presència de conceptes jurídics indeterminats en la Llei d'Estrangeria, tals com el "risc d'incompareixença" o el "temps prudencial", que poden suposar deixar a la discrecionalitat de l'Administració la interpretació d'aquests, comportant certs problemes d'inseguretat jurídica.

Poder de discrecionalitat en el procediment d'expulsió que, al nostre parer, es podria veure disminuït mitjançant una reforma de la Llei d'Estrangeria en la que es concretin directament en la legislació l'abast d'aquests conceptes jurídics oberts i descartar-se així situacions que poden generar inseguretat jurídica.

Vuitena

El seguiment dels tràmits del procediment d'expulsió amb caràcter preferent resulta més lesiu pels drets legítims dels estrangers, doncs, a diferència del procediment ordinari, es permet el seu internament en un CIE; es redueix el tràmit de presentació d'al·legacions de quinze dies al reduït termini de quaranta-vuit hores; i no es concedeix tampoc cap termini de compliment voluntari de l'ordre d'expulsió que es pugui arribar a dictar.

No obstant, com a únic desavantatge que hem pogut trobar en el procediment ordinari és que, no procedint-se sempre a la seva detenció inicial a efectes d'identificació i no sent necessari iniciar el procediment en presència d'un lletrat, l'estranger, en l'acta d'oferiment d'advocat, tindrà un paper que el podrà no haver entès i no arribar mai a contactar amb el seu representant legal, cosa que pot originar greus problemes en el seu dret de defensa per la possibilitat de no arribar a presentar-se al·legacions en el termini de quinze dies.

Novena

Són nombroses les situacions en que els estrangers poden arribar a patir indefensió jurídica en el procediment d'expulsió del territori espanyol.

Així, hem arribat a trobar quatre diferents situacions en que els nacionals de tercers països poden veure impedit el seu dret de defensa, tals com la inadmissió a tràmit dels recursos contenciosos-administratius en que l'advocat d'ofici no aconsegueixi acreditar la representació de l'estranger; el supòsit d'indefensió per la no coincidència de lletrats que intervenen en la incoació de l'expedient administratiu i el que el defensa davant la sol·licitud d'internament en el CIE; la limitació temporal del termini de presentació d'al·legacions que presenta el procediment preferent i les dificultats probatòries que comporta; així com, per últim, el desavantatge que pot presentar

el procediment ordinari pel fet que l'estranger no arribi a contactar al seu advocat d'ofici i no presenti al·legacions.

En cas de donar-se algun dels referits supòsits d'indefensió jurídica, impedit a l'estranger l'exercici del seu dret de defensa, privant-lo d'exercitar la seva potestat d'al·legar i justificar els seus drets e interessos legítims, suposarà que la sanció d'expulsió que s'arribi a imposar en el procediment esdevingui ferma. Això implica que, tal i com disposa l'art. 57.4 LOEX, la seva expulsió comportarà l'arxiu de qualsevol procediment que tingués per objecte l'autorització de residir o treballar en territori espanyol, condemnant d'aquesta manera al nacional del tercer país a una llarga situació d'irregularitat en cas que no es pugui arribar a executar la seva expulsió, al no poder tramitar cap tipus de procediment per regularitzar la seva estada durant els anys de prohibició d'entrada a Espanya que contingui l'ordre d'expulsió.

VII. BIBLIOGRAFIA

Referències doctrinals

Bertomeu Navarro, Andrea. (2021). "El principio de non-refoulement en el marco de la política común de inmigración". *Editorial Civitas*.

Carrera, Sergio. (2020). "The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?". *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research, No. RSCAS 2020/21*.

Cuadrón Ambite, Susana. (2015). "La efectividad del derecho de defensa del extranjero en la frontera española: posible quiebra del sistema de garantías jurídicas". *Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p. 973-1003.

Daunis Rodríguez, A. (2015). "Las cárceles de los excluidos y marginados. Situación de los centros de internamiento de extranjeros tras la aprobación de su reglamento". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 40, pp. 33-61.

Durán Cristóbal, G. (2015). Procedimiento sancionador preferente en materia de extranjería. *Big Data Isde*.

Fernández Rojo, D. (2023). "La estancia irregular de los extranjeros sin circunstancia agravantes en España a tenor de la Directiva de Retorno: ni multa, ni expulsión". *Revista General de Derecho Europeo*, nº 61.

- Francisco Domínguez, J. (2005). “Asalto a la valla y quiebra del Derecho”. *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior*, vol. 14, nº 6, pp. 1-4.
- Fuertes López, F y Palomar Olveda, A. (2018). “Manual de Derecho Administrativo y Contencioso-administrativo”. *Editorial Aranzadi*.
- García Vitoria, I. (2011). “Denegación de entrada y salidas obligatorias del país: las garantías del procedimiento en la jurisprudencia (enero-diciembre 2009)”. *Anuario CIDOB de la inmigración*, pp. 350-371.
- González García, I. (2006). “El acuerdo España – Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: Las avalanchas de Ceuta y Melilla”. *Anuario español de derecho internacional*, nº 22, p. 255-284.
- González Navarro, R. (2016). “La motivación de los actos administrativos”. *Universidad Pablo de Olavide*.
- Jordana Santiago, M i Serra Gironès, A. (2023). “Els drets en l’àmbit de les migracions,” a Jordana Santiago, M (dir.), “El respecte dels drets humans a l’Estat espanyol. Anàlisi crítica des d’una perspectiva de dret internacional”. *Col·lecció Transformem 1*, pp. 229-260.
- Martínez Escamilla, M. (2015). “Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras”. *Cuadernos Digitales de Formación*.
- Martínez Escamilla, M. (2020). “Las «devoluciones en caliente» tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España)”. *Jueces para la Democracia. Información y debate*, pp. 61-71.
- Martínez García, C. (2006). “La expulsión de extranjeros como sanción administrativa.” *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 69, pp. 253-272.
- Nieto Martín, F. (2001). “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”. *Jueces para la democracia*, nº 41, pp. 23-28.
- Rodríguez Duque, L. (2021). “El rechazo en frontera ante los tribunales. Comentario a las Sentencias del TEDH de 13 de febrero de 2020 (caso N.D. y N.T. c. España) y del Tribunal Constitucional español de 19 de noviembre de 2020 (nº 172/2020)”. *Working papers ideir*, nº 40.
- Sainz de la Maza Quintanal, E. (2015). “Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España”. *Universidad Complutense de Madrid*.
- Solar Calvo, P. (2020). “Devoluciones en caliente Análisis de la reciente STC desde una perspectiva europea”. *Revista Aranzadi Unión Europea*, num.1/2021.

Subcomisión de Extranjería y Protección internacional. (2012). “Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería”. *Thomson Reuters Lex Nova*.

Terrádez Salom, D. (2012). “El Consejo de Europa y la integración de los inmigrantes: recomendaciones y políticas”. *Revista de derecho migratorio y extranjería*, Nº. 31, pp. 273-286.

Referències documentals

Actes legislatius Unió Europea

Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. (DOUE L 348, de 24/12/2008).

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales núm. 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. (BOE núm. 243, de 10/10/1979, pp. 23564-23570).

Instrumento de Ratificación del Protocolo nº4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, reconociendo ciertos derechos y libertades, además de los que ya figuraban en el Convenio y Protocolo Adicional al Convenio (Convenio nº46 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963. (BOE núm. 247, de 13/10/2009, pp. 86371-86374).

Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. (BOE núm. 252, de 21/10/1978, pp. 24310-24328).

Actes legislatius Espanya

Constitució Espanyola. (BOE núm. 311, de 29/12/1978, pp. 29313-29356).

Aplicació provisional de l'Acord entre el Regne d'Espanya i el Regne de Marroc relatiu a la circulació de persones, el trànsit i la readmissió d'estrangers entrats il·legalment, firmat a Madrid el 13 de febrer de 1992. (BOE núm. 100, de 25/04/1992, pp. 13969-13970).

Conveni entre el Regne d'Espanya i la República Portuguesa relatiu a la readmissió de persones en situació irregular, fet a Granada el 15 de febrer de 1993. (BOE núm. 77, de 31/03/1995, pp. 9909-9911).

Acord entre la República Francesa i el Regne d'Espanya sobre la readmissió de persones en situació irregular, fet "ad referendum" a Màlaga el 26 de novembre de 2002. (BOE núm. 309, de 26/12/2003, pp. 46109-46117)

Llei Orgànica 4/2000, de 11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social. (BOE núm. 10, de 12/01/2000, pp. 1058-1075).

Llei Orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana. (BOE núm. 77, de 31/04/2015, pp. 27216-27243).

Llei 1/1996, de 10 gener, d'assistència jurídica gratuïta. (BOE núm. 11, de 12/01/1996).

Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques. (BOE núm. 236, de 02/10/2015, pp. 87201-87252).

Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic. (BOE núm. 236, de 02/10/2015, pp. 87253-87284).

Reial Decret 557/2011, de 20 d'abril, pel que s'aprova el Reglament de la Llei Orgànica 4/2000, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, després de la seva reforma per la Llei Orgànica 2/2009. (BOE núm. 103, de 30/04/2011).

Directrius

Circular núm. 2/2006, de 27 de juliol de 2006, sobre diversos aspectes relatius al règim dels estrangers a Espanya. *Doctrina de la Fiscalia General de l'Estat*.

Circular núm. 1/2010, de 25 de Gener de 2010, sobre determinades actuacions policials derivades de la nova Llei 2/2009, d'11 de desembre, que modifica la LO 4/2000, d'11 de gener, d'Estrangeria i recordatori d'altres actuacions. *Direcció General de la Policia, Comissària General d'Estrangeria i Fronteres*.

Circular núm. 2/2012, de 16 de maig de 2012, de la Direcció General de la Policia sobre identificació de ciutadans. *Ministeri de l'Interior*.

Articles de premsa

Europa Press. (2010). "Un sindicato policial recurrirá la expulsión rápida de inmigrantes". *El Mundo*. [Un sindicato policial recurrirá la expulsión rápida de inmigrantes | España | elmundo.es](http://www.elmundo.es)

Newsroom Infobae. (2023). “Deportado a Irán un activista kurdo y su familia desde el aeropuerto del Prat”. *Infobae*. [Deportado a Irán un activista kurdo y su familia desde el aeropuerto del Prat - Infobae](#)

Referències jurisprudencials

Tribunal Europeu de Drets Humans

STEDH, *Campbell i Fell*, núm. 7819/77, 1984.

STEDH, *C.J. c. Espanya*, núm. 59172/12, 2016.

STEDH, *N.T. i N.D. c. Espanya*, núm. 8675/15 i 8697/15, 2020.

Tribunal de Justícia de la Unió Europea

STJUE, *M.H. Marshall*, C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84.

STJUE, *PPU*, C-61/11, ECLI:EU:C:2011:268.

STJUE, *Sagor*, C-430/11, ECLI:EU:C:2012:777.

STJUE, *Arlsan*, C-534/11, ECLI:EU:C:2013:343.

STJUE, *Zaizoune*, C-38/14, ECLI:EU:C:2015:260.

STJUE, *MO*, C-586/19, ECLI:EU:C:2020:807.

STJUE, *UN*, C-409/20, ECLI:EU:C:2022:148.

Tribunal Suprem espanyol

STS (Contenciós) núm. 5739/2003, ECLI:ES:TS:2003:5739, de 25 de setembre de 2003.

STS (Contenciós) núm. 1235/2007, ECLI:ES:TS:2007:1235, de 22 de febrer de 2007.

STS (Contenciós) núm. 4767/2007, ECLI:ES:TS:2007:4767, de 5 de juliol de 2007.

STS (Contenciós) núm. 6676/2007, ECLI:ES:TS:2007:6676, de 4 d'octubre de 2007.

STS (Contenciós) núm. 6679/2007, ECLI:ES:TS:2007:6679, de 4 d'octubre de 2007.

STS (Contenciós) núm. 7390/2007, ECLI:ES:TS:2007:7390, de 8 de novembre de 2007.

STS (Contenciós) núm. 2379/2008, ECLI:ES:TS:2008:2379, de 27 de maig de 2008.

STS (Contenciós) núm. 1363/2019, ECLI:ES:TS:2019:3317, de 15 d'octubre de 2019.

STS (Contenciós) núm. 1472/2019, ECLI:ES:TS:2019:3410, de 29 d'octubre de 2019.

STS (Contenciós) núm. 1009/2020, ECLI:ES:TS:2020:2692, de 16 de juliol de 2020.

STS (Contenciós) núm. 366/2021, ECLI:ES:TS:2021:1181, de 17 de març de 2021.

STS (Contenciós) núm. 208/2022, ECLI:ES:TS:2022:672, de 18 de febrer de 2022.

STS (Contenciós) núm. 252/2022, ECLI:ES:TS:2022:819, de 28 de febrer de 2022.

STS (Contenciós) núm. 492/2022, ECLI:ES:TS:2022:492, de 27 d'abril de 2022.

STS (Contenciós) núm. 1247/2022, ECLI:ES:TS:2022:3628, de 5 d'octubre de 2022.

STS (Contenciós) núm. 732/2023, ECLI:ES:TS:2023:2644, de 5 de juny de 2023.

STS (Contenciós) núm. 1107/2023, ECLI:TS:2023:3612 , de 4 de setembre de 2023.

STS (Contenciós) núm. 1141/2023, ECLI:TS:2023:3700, de 18 de setembre de 2023.

Tribunal Constitucional espanyol

STC 89/1986, de 1 de juliol de 1986, ECLI:ES:TC:1986:89.

STC 115/1987, de 7 de juliol de 1987, ECLI:ES:TC:1987:115.

STC 13/2001, de 29 de gener de 2001, ECLI:ES:TC:2001:13.

STC 236/2007, de 7 de novembre de 2007, ECLI:ES:TC:2007:236.

STC 17/2013, de 31 de gener de 2013, ECLI:ES:TC:2013:17.

STC 172/2020, de 19 de novembre de 2020, ECLI:ES:TC:2020:172.

STC 47/2023, de 10 de maig de 2023, ECLI:ES:TC:2023:47.