

**TRABAJO FIN DE GRADO**

**Grado en Derecho**

**Facultad de Derecho**

**Universidad de La Laguna**

**Curso 2023/2024**

**Convocatoria: Julio**

**Análisis de los principios y garantías en materia de expulsión de extranjeros. A propósito de algunos cambios jurisprudenciales.**

**Analysis of the principles and guarantees regarding the expulsion of foreigners. Regarding some jurisprudential changes.**



Realizado por la alumna D. Oriana Alejandra Barreto González con DNI 42243615K.

Tutorizada por la profesora D. Claudia Hernández López.

Departamento: Disciplinas jurídicas básicas.

Área de conocimiento: Derecho Administrativo.

## Índice

1. **Introducción**
2. **La potestad sancionadora de la Administración y el Derecho de Extranjería**
  - 2.1. **Garantías y principios de la potestad sancionadora**
  - 2.2. **El principio non bis in idem o la prohibición del bis in idem**
3. **La sanción de expulsión en el ámbito de la extranjería. Distinción de figuras afines y controversias con los sistemas de protección internacional**
  - 3.1. **Planteamiento**
  - 3.2. ***La expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal***
  - 3.3. ***La expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa***
    - a) **Distinción de ambas figuras**
    - b) **Distinción entre procedimiento de *devolución* y el de *expulsión***
    - c) **El caso de las *devoluciones sin expediente***
    - d) **El caso de las devoluciones masivas efectuadas en Ceuta y Melilla**
    - e) **Otro supuesto de devoluciones**
  - 3.4. **La denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.**
  - 3.5. **El “Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario”.**
4. **Modalidades de tramitación del procedimiento de expulsión.**
  - 4.1. **El procedimiento preferente.**
  - 4.2. **El procedimiento ordinario**
5. **La expulsión y supuestos en los que no cabe su imposición.**
6. **Medidas cautelares.**
7. **Los menores de edad no acompañados**

- 8. Conclusión.**
- 9. Bibliografía.**

## ABSTRACT

The objective of this TFG is to analyze the principles and guarantees of the procedure through the expulsion sanction imposed. Additionally, it reviews the current state of the procedure. Considering the influence of jurisprudence, both national and community, as well as the rights of foreigners that arise throughout the process. Especially those that have to do with their personal circumstances, as well as the right to asylum and the international protection of refugees. Furthermore, it focuses on the vulnerable groups who are most likely to suffer a reduction in their rights due to the legal complexities involved in current immigration law. Therefore, the aim of this study is to provide a critical and constructive vision to improve migration policies and ensure greater protection of human rights.

**Key Words: Sanction, immigration law, hot return, immigration detention center, minors.**

## RESUMEN

El objetivo de este TFG es analizar los principios y garantías del procedimiento por el que se impone la sanción de expulsión. Además de hacer una revisión de cómo se encuentra el panorama actual del procedimiento. Teniendo en cuenta la influencia de la jurisprudencia, tanto nacional como comunitaria, así como los derechos de los extranjeros que surgen a lo largo del proceso. Sobre todo los que tienen que ver con sus circunstancias personales, así como el derecho al asilo y la protección internacional de refugiados. Además de enfocar el conocimiento en los colectivos vulnerables que son los más susceptibles sufrir una merma en sus derechos con base en el entresijo legal que supone la legislación de extranjería en la actualidad. De modo que lo que se pretende en este estudio es pretende aportar una visión crítica y constructiva para mejorar las políticas migratorias y asegurar una mayor protección de los derechos humanos.

(entre 150 y 350 palabras)

**Palabras clave: sanción, extranjería, expulsión en caliente, centros de internamiento para extranjeros, menores.**

## **1. Introducción**

El régimen jurídico de los extranjeros en España, fundamentado en el artículo 13.1 de la Constitución Española y desarrollado por la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), establece un marco legal que define los derechos y deberes fundamentales aplicables a los extranjeros no comunitarios en territorio español, así como a los comunitarios en la medida que les sean favorables. Este marco normativo se enmarca dentro de los principios constitucionales y ratifica derechos establecidos en tratados internacionales.

Uno de los aspectos más significativos y severos del derecho de extranjería es la expulsión, considerada la consecuencia jurídica más grave y relevante dentro de este ámbito. La expulsión se distingue especialmente en el contexto constitucional español, donde el artículo 25 prohíbe a la Administración civil imponer penas privativas de libertad. El procedimiento y contenido de la expulsión se regulan principalmente por el Reglamento de la LOEx, aprobado por el Real Decreto 557/2011 tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (RELOEx). Sin embargo, la falta de desarrollo legislativo específico ha llevado a su aplicación y desarrollo a través de normas administrativas y jurisprudencia, adaptándose continuamente al cambiante contexto de la política migratoria.

El objeto de este trabajo es profundizar en el proceso de expulsión en el derecho de extranjería español, analizando su fundamentación legal, los derechos involucrados y las implicaciones prácticas tanto para los extranjeros sujetos a esta medida como para las autoridades que la aplican. Además, se abordarán los desafíos y las tensiones que surgen entre la necesidad de control migratorio y el respeto a los derechos fundamentales de los individuos, en un contexto legal y administrativo que busca conciliar estos intereses de manera equitativa y justa.

## **2. La potestad sancionadora de la Administración y el Derecho de Extranjería**

### **2.1. Garantías y principios de la potestad sancionadora**

La potestad sancionadora en el derecho de extranjería se ocupa del estatus jurídico-administrativo en el que se encuentra un extranjero cuando incurre en conductas tipificadas como infracciones administrativas, siéndole de aplicación el régimen general de garantías y principios previstos para las infracciones administrativas pero con ciertas particularidades. En el derecho administrativo sancionador, al ser una manifestación del poder punitivo del Estado, sus principios y garantías han tomado como base los conceptos del derecho penal.<sup>1</sup> Sin embargo su correcta aplicación dentro de este se ha ido precisando gracias a la jurisprudencia. De modo que le serán de aplicación las garantías constitucionales, de sobra conocidas, además de los principios generales que aparecen en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector público, en adelante LRJSP, así como algunos principios que aparecen de forma específica la legislación de extranjería.

En los principios de legalidad y tipicidad del art. 25.1 CE, que también se encuentran recogidos en los arts. 25 y 27 de la LRJSP, es donde debemos hacer la primera de las matizaciones. En este se prevé que, las disposiciones sancionadoras tienen que haber sido expresamente atribuidas por una norma con rango de ley. Sin embargo en el ámbito administrativo no se da tal cual ya que en la práctica es frecuente el recoger infracciones y sanciones en reglamentos. Se trata de una práctica que no es ajena al derecho y que será legal siempre que dicho desarrollo venga justificado por una ley habilitante previa y que dicho reglamento sea necesario para su desarrollo o correcta aplicación.<sup>2</sup> Se trata de una cuestión para la que no hay un criterio definitivo con unos límites claros, de modo que la jurisprudencia ha tenido que entrar a aclarar el caso por caso en numerosas ocasiones.

---

<sup>1</sup>STC (Sala primera) del 8 de junio de 1981 (rec. núm. 101/1980) y la reiterada jurisprudencia del TS, como es el caso de la STS (Sala especial del art. 61 de la LOPJ) de 8 de junio de 1990 (rec. núm. 99/1989).

<sup>2</sup>Artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC.

Una de las cuestiones de mayor relevancia fue la resuelta en la STC (Pleno) de 2 de marzo del 2000 (cuestión de inconstitucionalidad núm. 596/1996, 2127/1996, 3729/1998 y 3938/1998 (acumuladas)) sobre la legalidad de remitir a reglamentos la tipificación de infracciones administrativas leves. La conclusión a la que se llegó fue que, en dicho caso en específico, no se crean nuevas infracciones sino que se completa la definición de conductas antijurídicas que prevé la ley. De modo que aunque “*reserva a la Ley la tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas*”, una vez establecidos, los tipos de infracciones es legal que el reglamento entre a desarrollarlos y especificarlos. Se trata de una cuestión que ha venido suscitando numerosas dudas a lo largo de los años, sobre todo en lo que afecta a la taxatividad de las normas y al conocido art. 27 LRJSP que prohíbe la aplicación analógica de las infracciones administrativas. Sin embargo como hemos dicho se trata de una cuestión que hay que entrar a analizar caso por caso.<sup>3</sup>

Se trata de una cuestión que suscita dudas razonables sobre su aplicación lo que ha obligado a la jurisprudencia a precisar si el contenido de ciertas normas en específico entra dentro de las exigencias de este derecho. Por ejemplo en el caso de que se fije un parámetro legal dentro del cual se debe encontrar la sanción y se deje a la autoridad administrativa el fijar la cuantía.<sup>4</sup>

Además, hay que tener en cuenta que el art. 27 LRJSP prohíbe la aplicación analógica de las infracciones administrativas.

---

<sup>3</sup>GÓMEZ FERNÁNDEZ, D.: “El principio de taxatividad en el derecho administrativo sancionador”, *Es de justicia blog de derecho administrativo y urbanismo*, 28 feb 2022. Disponible en <https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/el-principio-de-taxatividad-en-el-derecho-administrativo-sancionador> (fecha de última consulta: 6 de mayo de 2024). Referenciando a su vez a la STS (Sala de lo Contencioso) de 17 de febrero de 2022 (RC 2314/2021).

<sup>4</sup>GÓMEZ FERNÁNDEZ, D.: “El principio de taxatividad en el derecho administrativo sancionador”, *Es de justicia blog de derecho administrativo y urbanismo*, 28 feb 2022. Disponible en <https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/el-principio-de-taxatividad-en-el-derecho-administrativo-sancionador> (fecha de última consulta: 6 de mayo de 2024). Referenciando a su vez a la STS (Sala de lo Contencioso) de 17 de febrero de 2022 (RC 2314/2021).



El principio de irretroactividad de las normas sancionadoras del art. 26 LRJSP y los arts. 9.3 y 25.1 CE se aplica igual que en el derecho administrativo. Es decir aplica la irretroactividad de las normas salvo que la norma posterior le sea más favorable al sancionado en cuyo caso sí que tendrán efecto retroactivo, siendo dicha disposición aplicable tanto a la tipificación de la infracción, a la sanción, a la prescripción y hasta a “las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición”.<sup>5</sup>

La institución de la prescripción se entiende que será de aplicación pero con sus propios plazos.<sup>6</sup> Hace distinciones según nos encontremos ante una sanción o una infracción y según la gravedad de cada el plazo se graduará de manera proporcional.<sup>7</sup> El plazo comenzará a computarse al día siguiente de que devenga firme la resolución, sin embargo en el caso de la sanción de expulsión el cómputo del plazo comenzará a computarse transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución y el cual en todo caso no puede ser superior a 10 años.<sup>8</sup>

El principio de culpabilidad será aplicable entendiendo por un lado que debe existir dolo o culpa para poder entrar a sancionar a alguien y por otro que las sanciones deben poder atribuirse a una persona concreta o concretable. Pasando este principio a ser un elemento subjetivo esencial del proceso al punto que de no concurrir podría no estimarse cometida la infracción administrativa. Además para saber si se puede atribuir dolo o culpa se debe tener en cuenta la diligencia exigible en cada caso y la buena fe.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup>Sentencia (Sala de lo Contencioso) núm. 1627/2020, de 30 de noviembre de 2020 (Recurso de Casación núm. 6120/2019).

<sup>6</sup>Art. 56 de la LOEX.

<sup>7</sup>TORRES RODRÍGUEZ, A. M.: “Sanción de expulsión”, en AA.VV. IMBRODA ORTÍZ, B. J. y RUIZ SUTIL, C. *Memento Extranjería*. Editorial Francis Lefebvre, 2017, p. 311.

<sup>8</sup>Ibidem.

<sup>9</sup>FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *Derecho de extranjería*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 180-197.

El principio de responsabilidad es un reflejo de la culpabilidad en el ámbito penal y supone que será aplicable la responsabilidad personal por unos hechos solo a quien se le imputa la conducta dolosa o culposa.<sup>10</sup> Lo que viene a impedir que alguien pueda ser sancionado por hechos ajenos.<sup>11</sup> En caso de que un hecho le sea atribuible a varias personas de forma conjunta la responsabilidad en infracciones y sanciones será repartida solidariamente entre todas éstas.<sup>12</sup>

El principio de proporcionalidad del art. 29 LRJSP aplicado a la potestad sancionadora supone que las infracciones no pueden implicar la privación directa o subsidiaria de la libertad como tal. Además de que no puede resultar más beneficioso para el infractor el cometer una infracción que el cumplir con las normas exigidas. Como podemos observar se trata de un principio que limita la acción de la administración a la hora de imponer las posibles sanciones administrativas ya que no cabe la plena discrecionalidad.<sup>13</sup> A la hora de imponer una sanción se tendrán que tener en cuenta dos criterios: El criterio de la gravedad del hecho que obliga a ponderar la idoneidad de la sanción con respecto al desvalor de la acción y el de la necesidad de imponer una sanción atendiendo a la reprochabilidad de la administración. Siendo la reprochabilidad un criterio que pretende que la administración pondere el desvalor real de la acción atendiendo al “grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción.”<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup>MARTÍNEZ PARDO, V. J.: "Derecho sancionador en materia de extranjería: consideraciones generales", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, septiembre-diciembre, 2006, p. 3.

<sup>11</sup>LAGUNA DE PAZ, J. C.: "El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas", *Revista de Administración Pública*, 211, 2020, p. 40-41.

<sup>12</sup>Ibidem.

<sup>13</sup>FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *Derecho de extranjería*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 180-197.

<sup>14</sup> Artículo 55.3 LOEx

Al procedimiento administrativo sancionador también le serán de aplicación los derechos relativos a la tutela judicial efectiva. El derecho a una mínima actividad probatoria lícita y legalmente obtenida (STS (Sala de lo Contencioso) de 14 mayo 1999 (rec núm. 4611/1996)), así como la presunción de inocencia y las garantías del art. 24.2 CE aplican para nacionales y extranjeros. Esto es algo que en el ámbito administrativo viene recogido como el conjunto de derechos del art. 41 de la Carta de funcionamiento de la Unión Europea<sup>15</sup> y es conocido como el Derecho a una buena administración. Tiene como base la tutela judicial efectiva se trata de un conjunto de garantías que afectan especialmente al procedimiento sancionador y que tienen especial relevancia en extranjería. Nuestro derecho entiende como manifestaciones de este derecho la imparcialidad del órgano instructor y el resolutor, el trato en equidad entre las partes o con base en la buena fe, el que se tramite el procedimiento en plazo razonable, el derecho a la contradicción, el derecho al acceso o a la transparencia de la información pública, el derecho a obtener una resolución motivada, el derecho a la indemnización y el Derecho a utilizar las lenguas oficiales de la unión europea con la administración.<sup>16</sup> Dentro de los cuales resultan especialmente relevantes:<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup>El art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea se encuentra incorporado en nuestro derechos a través de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.

<sup>16</sup>ORTIZ LARA, M. L.: “El derecho a la buena administración en el marco de la protección de los derechos humanos”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 39, p. 340-355.

<sup>17</sup>NIETO MARTÍN, F.: “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”, *Jueces para la Democracia*, núm. 41, 200, p. 23-28.

- 1) El derecho a ser notificado de los cargos se le imputan. Lo cual incluye las pruebas, el estado de las actuaciones, el órgano encargado de instruir, el encargado de resolver y a que se le informe de la competencia a lo largo del proceso. Las carencias en la notificación afectan a las alegaciones, la preparación de la prueba y en general al derecho de Derecho que viene reconocido como el derecho a la buena administración del artículo 41 de la carta de UE. Este derecho implica que la información sea efectiva, es decir que se transmita en un idioma y de una manera que comprenda el receptor, dentro del derecho de extranjería este derecho se materializa en el derecho a contar con un intérprete que lo asista junto con su abogado del art. 227.2 y 3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, en adelante RELOEx.<sup>18</sup>
  
- 2) El derecho a la audiencia y a formular alegaciones del interesado a fin de garantizar que sea capaz de defenderse se encuentra recogido en el art. 64.2 f) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPACAP. Se trata de un derecho que en el caso del procedimiento preferente podría encontrar un límite en el acortamiento de los plazos lo cual podría entrar a obstaculizar el derecho a la defensa.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup>NIETO MARTÍN, F.: “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”, *Jueces para la Democracia*, núm. 41, 200, p. 23-28.

<sup>19</sup>Ibidem.

3) La tutela cautelar es la garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales. Dentro del cual vamos a tratar el derecho a la suspensión cautelar de la ejecutividad de un acto administrativo. Se trata de un derecho que entra en conflicto en el procedimiento preferente de la sanción de expulsión, ya que la legislación entiende que de estimarse la expulsión ésta deberá llevarse a cabo inmediatamente. Teniendo en cuenta que con carácter general el recurso administrativo no suspende la ejecución del acto impugnado se hace necesario el solicitarlo en vía judicial para conseguir este efecto.<sup>20</sup> Lo cual afecta directamente al derecho a la tutela judicial efectiva ya que esta no es tal sin medidas que aseguren la posibilidad de su cumplimiento. En este caso la suspensión del procedimiento no se puede pedir mientras se tramite el procedimiento de expulsión sino después junto con el recurso contencioso administrativo y la procedencia de la suspensión será decidida por el tribunal. (Sentencia de 20 de mayo de 1996 (rec. de amparo núm. 2698/1993)). De modo que la regla general será la ejecutividad de los actos administrativos que se dicten convirtiéndolo la suspensión de estos en una excepción. Afectando a la tutela cautelar que ha terminado por equipararse a la tutela judicial efectiva perdiendo ese carácter de inmediatez que en principio debería caracterizarla.<sup>21</sup>

## 2.2. En particular, el principio non bis in idem en el Derecho de extranjería.

---

<sup>20</sup>BEJARANO LUCAS, JOSÉ MANUEL.: “La suspensión ex lege de la eficacia de actos por interposición de recursos administrativos: aspectos prácticos”, *Legal Today*, 23 enero 2024. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-administrativo/la-suspension-ex-lege-de-l-a-eficacia-de-actos-por-interposicion-de-recursos-administrativos-aspectos-practicos-2024-01-23/>. (fecha de última consulta 27/Junio 2024).

<sup>21</sup>NIETO MARTÍN, F.: “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”, *Jueces para la Democracia*, núm. 41, 200, p. 23-28.

Uno de los principios más relevantes en materia de extranjería es el “non bis in idem”. En el derecho administrativo sancionador, dicho principio tiene su propio sistema de dogmas. Su contenido básico es el mismo que en el derecho penal que “nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho”<sup>22</sup> incluso cuando nos encontramos con distintos órdenes jurisdiccionales. De modo que cuando una misma acción constituye una sanción y un delito el orden jurisdiccional penal tiene preferencia sobre el administrativo.<sup>23</sup> Así pues, si se está persiguiendo unos hechos concretos sobre una misma persona como delito, no cabe que también se le sancione por vía administrativa.<sup>24</sup> Es lo que llamamos la prejudicialidad penal y sus consecuencias son que viene a suspender el procedimiento administrativo en vistas a una resolución del orden penal.<sup>25</sup> Además sólo procede la suspensión del expediente administrativo cuando se esté tratando un proceso penal por los mismos hechos o por otros racionalmente imposibles de separar y no cabe en casos en los que lo que se juzga sea radicalmente distinto.<sup>26</sup> Las cuestiones que se resuelvan en el orden penal tendrán valor de cosa probada y vinculante. El art. 31 de la LRJSP entiende que se trata de los mismos hechos cuando el objeto de ambos procedimientos es idéntico en sujeto, hecho y fundamento. De no darse esta triple identidad podrá volverse a enjuiciar la cuestión. Las cuestiones que se resuelvan tendrán el valor de cosa probada vinculable a la administración.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup>FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *Derecho de extranjería*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 180-197.

<sup>23</sup>Artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>24</sup>*Ibidem*.

<sup>25</sup>STS (Sala de lo Contencioso) 2002\7109, de 19 de julio de 2002 (Recurso número 754/1998); y STS (Sala de lo Contencioso) de 19 de mayo de 2003. RJ 2003\9109 (Recurso número 5588/1998).

<sup>26</sup>STS (Sala de lo Contencioso) de 12 de marzo de 1999. RJ 1999\3729 (Recurso número 757/1995).

<sup>27</sup>TORRES RODRÍGUEZ, A. M.: “Medidas cautelares en el proceso de expulsión”, en AA.VV. IMBRODA ORTÍZ, B. J. y RUIZ SUTIL, C. *Memento Extranjería*. Editorial Francis Lefebvre, 2017, p. 309.

Pese a que se entiende como un principio bastante simple este no deja de presentar ciertas particularidades a la hora de aplicarlo ya que, por ejemplo, no resuelve el problema de que más de una norma administrativa pueda entrar a sancionar unos mismos hechos. La doctrina del TC resuelve esta clase de supuestos entendiendo que “La garantía material de no ser sometidos al bis in idem sancionador, tiene como finalidad el evitar una reacción punitiva desproporcionada” de modo que si se suman las sanciones que pueden recaer en una persona se termina por crear una sanción desproporcionada que no prevista por el legislador y no prevista legalmente.<sup>28</sup> De modo que por cada hecho punible sólo se podrá imponer una sanción administrativa y siempre que previamente no se haya impuesto una sanción penal.

Sobre todo es un principio relevante en los casos en los que la ley prevé dos sanciones para una misma infracción. Como es el caso de la infracción administrativa del art. 54.2 a) donde se prevén la sanción de multa y la expulsión. Sin embargo la resolución conforme a este principio no es fácil y en este caso la jurisprudencia ha tenido que entrar a resolver en numerosas ocasiones, llegando incluso al TJUE. Para entender mejor el contexto hay que entender que tenemos por un lado la Ley establece que “En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa” (art. 57.3 LOEx). Y por otro lado, la jurisprudencia entiende que sólo imponer una multa podría suponer que perdure en el tiempo la situación de irregularidad del extranjero.

El TS ha abordado dicha situación mediante la creación de una serie de criterios para su correcta aplicación, basados en el non bis in idem, en el principio de proporcionalidad y en la necesidad de restablecer la legalidad. Estos han ido cambiando a lo largo de los años con la doctrina y los cambios en la legislación de la UE.

---

<sup>28</sup> STC (Sala Primera) del 2 de noviembre de 2004 (Recurso número 3007/1998).

El más reciente cambio jurisprudencial ha sido el pasar de la doctrina sentada por la STJUE de 8 de octubre de 2020 (Mo/Subdelegación del gobierno en Toledo) C-568/19 en la que se establecía que por la infracción consistente en permanencia ilegal sin autorización para la cual se prevé tanto una multa como la expulsión, no cabe imponer multa alguna, solo expulsión. Entendiendo a su vez que esta sólo procede ésta de concurrir agravantes suficientes.<sup>29</sup> De modo que no era posible que la sanción de multa y la de expulsión se aplicasen ambos respecto a unos mismos hechos. Teniendo esto en cuenta, la doctrina en sus dos sentencias más recientes del TS del 18 de septiembre de 2023 rec. nº 2251/2021 y la STS rec. nº 1537/2022 continúan con la línea argumental entendiendo que si bien es válido lo anterior, la pena de multa no pondría fin a la situación de irregularidad, incluso de imponerse junto con obligación de salida del territorio. Entendiendo así que de incumplirse la obligación de salida se le debería imponer al extranjero además la expulsión para mantener el control de la legalidad, pues en dicha situación se debe de poder ejecutar forzosamente la salida de ser necesario.<sup>30</sup> Sentando una nueva doctrina, pues que aunque mantiene que la permanencia ilegal sin agravantes debe pensarse con multa y la que tiene agravantes con expulsión. También entienden que en caso de que se imponga la pena de multa junto con la obligación de salir del territorio español y se incumpla en el plazo establecido para ello, dicha situación, podrá convertirse en un agravante que supondría la expulsión de territorio que podrá ser llevada a cabo por un procedimiento autónomo.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup>CHAVES, J. R.: "El Tribunal Supremo resucita la multa en extranjería seguida de la expulsión", *Revista digital delajusticia.com: El rincón jurídico de José R. Chaves*, septiembre, 2023. Disponible en: [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174861>] (fecha de última consulta: 16 de abril de 2024).

<sup>30</sup>Artículos 6.1 y 8.1 de la 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.

<sup>31</sup>CHAVES, J. R.: "El Tribunal Supremo resucita la multa en extranjería seguida de la expulsión", *Revista digital delajusticia.com: El rincón jurídico de José R. Chaves*, septiembre, 2023. Disponible en: [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174861>] (fecha de última consulta: 16 de abril de 2024).



El propio TS aclara que la rectificación tiene que ver con que en la doctrina anterior sentada por las STJUE de 2015 y 2020 no dejaba claro que aunque sí es incompatible la doble imposición punitiva por unos mismos hechos en un mismo procedimiento por el non bis in idem que esto no significa que la advertencia de abandonar el territorio en un plazo no sea una obligación legal ya que en caso de incumplirse esta situación podría entenderse como una circunstancia agravante que sería base legal suficiente para dar lugar a una expulsión posterior que no cumpliría el principio de proporcionalidad. En dichas sentencias también se aclaran los antecedentes que se deben de tener en cuenta para valorar si es proporcional el aplicar la sanción de expulsión en dicho supuesto y son que además del agravante de incumplir la obligación de salida del territorio debe de darse el poseer antecedentes penales o carecer de domicilio conocido y no contando como tales el no haber solicitado la prórroga de la estancia o residencia superado el plazo o la falta de arraigo.

El principio de non bis in idem aplicado a este caso también supone considerar que los agravantes y atenuantes que hayan sido tomados o tenidos en cuenta a la hora de describir o sancionar un acto que ha sido juzgado como sanción o infracción como parte de su objeto no se podrá volver a tomar en consideración en ulteriores procesos como agravantes o atenuante ya que se entiende que el desvalor del injusto ya ha sido juzgado.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup>CANO CAMPOS, T.: "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2000, septiembre-diciembre, p. 201.

En el campo administrativo cuando sobre un mismo hecho se aplican dos o más normas o sanciones administrativas, es decir cuando hay concurrencia de infracciones, la ley no propone ninguna respuesta clara por lo que ha surgido mucha doctrina al respecto la cual en parte utiliza la teoría de los concursos penales como medio para salvaguardar el non bis in idem, de modo que si un mismo hecho es subsumible en varias normas y todas abarcan plenamente el desvalor de la acción se entiende que solo debe aplicarse una de estas. Y en otra parte entiende que “en el derecho administrativo sancionador no hay necesidad de prohibir la doble sanción ya que cuando estamos en presencia de un concurso de infracciones no se cumplen todos los requisitos del non bis in idem”<sup>33</sup> sino que “o falta la identidad de hecho, porque hay una pluralidad de ellos (concurso real), o falta la identidad de fundamento, porque un solo hecho lesiona varios bienes jurídicos (concurso ideal)”<sup>34</sup> de modo que “aunque se impusieran las sanciones correspondientes a cada infracción no se estaría sancionando lo mismo”.<sup>35</sup>

Hay que tener en cuenta que cabe que unos mismos hechos puedan dar lugar a tres infracciones distintas entre sí así como puede ser un ilícito penal y a otro administrativo al mismo tiempo de modo que sólo serán incompatibles y por ende “sólo procede la suspensión del expediente administrativo cuando se esté tratando un proceso penal por los mismos hechos o por otros, cuya separación de los que se dilucidan en el procedimiento sancionador sea racionalmente imposible y se aprecie identidad de sujeto y fundamento” es decir cuando lo que se juzga sea radicalmente distinto.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup>CANO CAMPOS, T.: "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2000, septiembre-diciembre, p. 203.

<sup>34</sup>Idem, p. 214.

<sup>35</sup>Ibidem.

<sup>36</sup>STS (Sala de lo Contencioso) de 12 de marzo de 1999. RJ 1999\3729 (Recurso número 757/1995).

Respecto a la concurrencia de sanciones con las impuestas previamente por los órganos de la UE (art. 31 de la LRJSP) si nos encontramos ante un mismo hecho pero sin identidad de sujeto y fundamento, el juez o tribunal nacional debe tener en cuenta la sanción del órgano de la UE a la hora de la graduación de la sanción pudiendo incluso minorarla,<sup>37</sup> pero no impide que se entre a juzgar dicha infracción que haya concurrencia de normas, sino que a la hora imponerse la sentencia por el juez nacional debe tener en cuenta la sentencia de los órganos de la UE.

También hay que tener en cuenta su relación con la cosa juzgada que por un lado el efecto negativo de la cosa juzgada supone que una vez concluido el proceso, aunque la sentencia fuere absoluta, no cabría un proceso ulterior con un mismo objeto ya que el non bis in idem prohíbe no solo la doble sentencia sino el doble enjuiciamiento, opinión que comparte gran parte de la doctrina, además el efecto positivo de la cosa juzgada supondrá que lo declarado por sentencia firme jurídicamente se entiende verdadero.<sup>38</sup>

Además se suele poner como límite de dicho principio el supuesto en el que la prohibición del bis in idem debe convivir con otros principios o valores de más peso como podría ser el valor justicia en los cuales debe hacerse la ponderación de los derechos. Sin embargo es una situación que en principio parece impensable en el caso del derecho penal pero que por parte de algunos autores en el derecho sancionador administrativo se convierte en una posibilidad.<sup>39</sup>

### **3. La sanción de expulsión en el ámbito de la extranjería. Distinción de figuras afines y controversias con los sistemas de protección internacional.**

#### **3.1. Planteamiento.**

---

<sup>37</sup>TORRES RODRÍGUEZ, A. M.: “Medidas cautelares en el proceso de expulsión”, en AA.VV. IMBRODA ORTÍZ, B. J. y RUIZ SUTIL, C. *Memento Extranjería*. Editorial Francis Lefebvre, 2017, p. 309.

<sup>38</sup>PUERTA VÍLCHEZ, J. M.: “Procedimiento ordinario, preferente y simplificado. Especialidad en el orden social”, en AA.VV. IMBRODA ORTÍZ, B. J. y RUIZ SUTIL, C. *Memento Extranjería*, Editorial Francis Lefebvre, 2017, p. 332.

<sup>39</sup>CANO CAMPOS, T.: "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2000, septiembre-diciembre, p. 200.

Dentro de este apartado se analizarán aspectos clave sobre la expulsión. En primer lugar, resulta esencial analizar la expulsión debido a su dureza como medida administrativa y su impacto en la vida de las personas afectadas. Esta sanción no solo implica la salida forzosa del territorio español, sino también la prohibición de reentrada, lo que puede tener graves consecuencias para los vínculos sociales y familiares del sujeto afectado.

Además, también es importante distinguir la expulsión de otras figuras afines, como la devolución lo cual es extremadamente importante para comprender en qué escenario estamos, así como el alcance y las implicaciones jurídicas de cada una de esas figuras.

Finalmente, resulta también importante analizar las posibles colisiones entre la expulsión y los sistemas de protección internacional ya que por ejemplo, la expulsión podría entrar en conflicto con el derecho de asilo y otros derechos también recogidos en la Constitución o en Tratados Internacionales firmados por España. Estos textos recogen, restricciones a la expulsión que persiguen proteger a las personas de los riesgos que se generan una vez que son expulsados.

En suma, este apartado examinará la gravedad de la expulsión, la distinción de figuras afines y las potenciales contradicciones con las normas de protección internacional. En particular, se prestará atención a los supuestos recogidos en el art. 28 de la LOEx.

### **3.2. *La expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal***<sup>40</sup>

Se trata de un supuesto en el que antes de la imposición de la sanción administrativa hay sanción de tipo penal la cual ha sido sustituida por la expulsión de conformidad con lo previsto en el art. 89 Código Penal. En base a este título se procedería a iniciar el procedimiento administrativo de expulsión (art. 57.2 LOEx). El mismo art. 57.7 de la LOEx faculta al Juez penal a dictar sentencia respecto a si se cumplen los requisitos para que se dé la sustitución de la pena y con ello el requisito que hace falta para que se pueda iniciar la

---

<sup>40</sup>Cita textual del artículo 28 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEX).

tramitación de dicha sanción administrativa.<sup>41</sup>

La doctrina y la jurisprudencia han terminado por entender que lo que en el Código aparece como sustitución de la pena es en realidad un instrumento más de política de extranjería dentro de la política migratoria y el control de fronteras. En el cual se renuncia a los fines de la pena en favor de la sanción de expulsión. Entendiendo que esto merma las garantías del procedimiento administrativo pero en favor de un procedimiento judicial. Esta misma doctrina parece entender que trata de un supuesto en el que se pretende adelantar el proceso de expulsión a personas en las que hay posibilidades de que terminen por ser expulsadas reduciendo así la población reclusa extranjera.<sup>42</sup> A mi parecer esto no se trata de un supuesto problemático ya que la autorización del Juzgado de Instrucción en el ámbito penal no sustituye la necesidad de la actuación administrativa. Siendo la autoridad administrativa la que decide sobre su procedencia y la que la controla mediante la jurisdicción Contencioso-Administrativa la autorización de expulsión.<sup>43</sup>

### 3.3. *La expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa*<sup>44</sup>

#### a) **Distinción de ambas figuras**

Dentro del artículo 28.3 b) de la LOEx se encuentra la expulsión a la que nos referimos a lo largo del trabajo, es decir, a la salida obligatoria del territorio español como consecuencia de una resolución administrativa, derivada de la comisión de infracciones recogidas en los arts. 53.1 a), b), c), d) y f) de esa misma norma. Estas infracciones incluyen, además, el supuesto en el que una sanción de multa por permanencia ilegal se convierte en una sanción de expulsión

---

<sup>41</sup>1) que se trate de un delito o delito leve para el cual se prevea una pena privativa de libertad de menos de 6 años u otra pena de distinta naturaleza; 2) que exista un expediente administrativo de expulsión en el cual conste la existencia de procedimientos penales; 3) que la expulsión se tramite en máximo tres días; 4) que no haya circunstancias que justifiquen denegar la expulsión; 5) y que se adopte siguiendo el procedimiento del art. 247 del RD 577/2011 el cual prevé que cumplidos los anteriores requisitos la autoridad gubernativa someterá al juez, que previamente ha oído a las partes entre las que se incluye el ministerio fiscal, a que autorice la expulsión en el plazo más breve posible (Máximo en 3 días).

<sup>42</sup>ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: "Expulsión penal y expulsión administrativa de personas extranjeras. Análisis del artículo 89 del Código Penal y del 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería", Aranzadi, Navarra, 2022.

<sup>43</sup> STC (Sala Primera) de 31 de enero de 2000 (rec. núm. 1543/1997).

<sup>44</sup> Cita textual del artículo 28 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEX).

debido a una resolución administrativa.

Antes de continuar se debe diferenciar la expulsión de la devolución, que también se menciona en el artículo y que, al igual que la expulsión, implica una salida obligatoria del territorio español, pero con causas y procedimientos distintos. La expulsión se aplica como una sanción administrativa por la comisión de infracciones graves, tales como la participación en actividades contrarias a la seguridad nacional, la estancia irregular prolongada y otras conductas especificadas en la normativa. Esta medida requiere un procedimiento administrativo formal, que incluye la notificación al afectado, un periodo de audiencia y la posibilidad de recurrir la decisión ante los tribunales. Además, la expulsión lleva aparejada la prohibición de entrada en el país durante un periodo determinado, que varía en función de la gravedad de la infracción.

Por otro lado, la devolución se aplica generalmente en situaciones de entrada ilegal en el territorio español o presencia en el mismo sin los documentos necesarios y sin haber solicitado permiso de residencia o asilo. A diferencia de la expulsión, la devolución se puede ejecutar de manera sumaria y rápida, sin necesidad de un procedimiento administrativo prolongado. Esta medida implica el retorno inmediato del extranjero a su país de origen o al país desde el cual intentó ingresar a España y no siempre conlleva una prohibición de entrada futura, aunque en algunos casos puede estar acompañada de una prohibición temporal de reingreso.

En resumen, mientras que la expulsión es una medida más grave y formal, aplicada por infracciones serias y conlleva una prohibición de entrada a largo plazo, la devolución es una medida más inmediata y expedita, aplicada principalmente por entrada ilegal o estancia sin los documentos adecuados, y puede no implicar una prohibición de entrada prolongada.

**b) Distinción entre procedimiento de *devolución* y *el de expulsión***<sup>45</sup>

Como se apuntó, la devolución consiste en la denegación de la entrada en España en la frontera con el consecuente rechazo y retorno al lugar de origen. La entrada al territorio debe ser denegada por la autoridad al carecer de alguno de los requisitos para su autorización o de forma clandestina y se diferencia de la expulsión en que esta última se produce cuando el extranjero ya se encuentra en el territorio español y se le obliga a abandonarlo como consecuencia de la comisión de una infracción.

La expulsión, por su parte, es más compleja y conlleva la apertura de un expediente administrativo sancionador, cosa que, como se verá a continuación, no tiene por qué ocurrir en la devolución ya que al entenderse como una medida de restablecimiento de la legalidad hay supuestos en los que este no se entiende necesario. Además, el procedimiento de devolución deberá hacerse de forma individual ya que desde la normativa de la unión europea se prohíben las devoluciones colectivas.<sup>46</sup>

La expulsión también lleva consigo, como consecuencia, la prohibición de la entrada en España cosa que no ocurre con la devolución.<sup>47</sup>

En consecuencia, la devolución se refiere a dos supuestos: 1) devolución por incumplir la prohibición de entrada a España, cuando previamente se ha impuesto una prohibición de entrada como consecuencia de una orden de expulsión;<sup>48</sup> 2) devolución como consecuencia de la entrada irregular con el “efecto de retorno”, este supuesto se prevé tanto para cuando se los intercepte en la frontera como en sus alrededores. Sin embargo en este proceso no se produce como consecuencia de una sanción sino porque se pretende ingresar de

---

<sup>45</sup> Cita textual del artículo 28 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEX).

<sup>46</sup> Artículo 19 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *Derecho de extranjería*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 222.

<sup>48</sup> Idem. p. 223.

manera irregular o ya se ingresó irregularmente.<sup>49</sup> Es un método más rápido que el de expulsión ya que no necesita expediente.

Durante la devolución y la expulsión las actuaciones de los poderes públicos no solo deben cumplir la legislación de extranjería sino también los sistemas de protección internacional firmados por España durante el Convenio de Ginebra de 1951.<sup>50</sup> En él se establecen una serie de garantías de los derechos de los refugiados, entre los cuales el artículo 33 prohíbe la devolución o expulsión de refugiados cuando el retornarlo ponga en peligro su vida por los motivos que sean, ya sea raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas, o lo que sea. Se trata de una serie de supuestos en los que no procede ni la expulsión ni la devolución ya que el extranjero se encuentra protegido por el estatuto del refugiado y el del solicitante de asilo. Además el artículo 32 del mismo convenio exige el formalismo del procedimiento para la expulsión.

**c) El caso de las devoluciones sin expediente<sup>51</sup>**

Las devoluciones sin expediente se encuentran en el art. 58.3 de la LOEx y más en concreto en su reforma de 11 de enero de 2009 y en el RELOEx art. 23.1 a) y b), la cual entiende que son posibles las devoluciones sin expediente y que solo se necesita resolución de la autoridad gubernativa para que se den.

Al respecto, la normativa prevé que deben cumplir unos requisitos: a) los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España y; b) los que pretendan entrar irregularmente en el país, incluyendo los que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones. Se refiere en todo caso a supuestos en los que no se ha consumado la entrada ilegal o que de consumarse se tratase de un acto inmediato y flagrante.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup>FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *Derecho de extranjería*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 222.

<sup>50</sup>GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: "Expulsiones 'en caliente', devoluciones y petición de asilo", *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, Madrid, págs. 309-329.

<sup>51</sup>Cita textual del artículo 28 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEX).

<sup>52</sup>STSJ de 27 de abril de 2021 (Recurso número 2021\2168).



El procedimiento a seguir será que la Fuerzas y cuerpos de seguridad del estado encargadas de custodiar las fronteras serán los que conduzcan al extranjero con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución. Proceso que se deberá seguir con las debidas garantías de audiencia al interesado y asistencia jurídica gratuita. La jurisprudencia del TS además entiende que aunque se vulneren ciertas garantías no se trata de un acto de naturaleza sancionadora sino de “restablecer la legalidad alterada”.<sup>53</sup>

**d) El caso de las devoluciones masivas efectuadas en Ceuta y Melilla**

Este asunto se trata de un supuesto distinto al régimen de las devoluciones per se ya que no se refiere a cuando el extranjero se encuentra dentro del territorio español sino cuando se encuentra en la línea fronteriza. En el caso de Ceuta y Melilla en concreto entendemos por línea fronteriza a el espacio dentro de la triple valla que está dentro de los cuatro puestos fronterizos entre Marruecos y España.<sup>54</sup>

La LOEx establece en su disposición adicional décima un régimen especial por el cual entiende que este rechazo es legal siempre que se respeten los derechos humanos y los sistemas de protección internacional de la UE.<sup>55</sup>

Para entender dicha situación podemos acudir a la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos o TEDH que en su sentencia de 3 de octubre de 2017 (TEDH 2017\74) armoniza los requisitos que deben darse para que la expulsión sea conforme a las garantías legales internacionales entendiendo que conforme al art. 4 del Protocolo 4º del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales así como del Art. 19 de la Carta de los derechos fundamentales de la unión Europea, en adelante

---

<sup>53</sup>STSJ de 27 de abril de 2021 (Recurso número 2021\2168).

<sup>54</sup> Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 3 de octubre de 2017 (TEDH 2017\74).

<sup>55</sup>FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *Derecho de extranjería*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 222.

CEDH, por los cuales se entiende que las expulsiones no pueden ser colectivas sino individuales a fin de garantizar las solicitudes de protección internacional de modo que las personas deben tener la oportunidad de ser identificados, de explicar sus circunstancias individuales y de recurrir ya que nadie puede ser retornado o expulsado de un estado cuando esto suponga un riesgo grave para la vida o la integridad de la persona.

- e) **Otro supuesto de devoluciones en caliente** sería la interceptación por vía marítima en Grecia donde los migrantes eran devueltos con violencia a Turquía de forma colectiva, sin embargo dado que Grecia no prohíbe expresamente las expulsiones colectivas el único sistema legal que han encontrado las víctimas para amparar las violaciones a sus derechos que se han venido cometiendo en dicho país ha sido el acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).<sup>56</sup>

### **3.4. La denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.**

El artículo 28.3 c) de la LOEx recoge la denegación de autorizaciones para encontrarse en España o su solicitud. Dicho precepto hace referencia a la situación de encontrarse irregularmente en territorio español ya sea desde el principio, por tratarse de inmigración clandestina o por irregularidad sobrevenida en la autorización, de modo que la salida del territorio deberá ser obligatoria. En el caso de irregularidad sobrevenida se necesitan pasar más de 3 meses desde la fecha de caducidad de la autorización aunque no se haya llegado a tramitar la solicitud de autorización para que proceda<sup>57</sup> Se trata de un tipo de expulsión que parte de un procedimiento administrativo sancionador en el cual se deniega la solicitud de autorización para permanecer en el territorio o

---

<sup>56</sup>APARICIO WILHELMI, M.: "Las 'devoluciones en caliente' y la fría razón de Estado. Un análisis de las implicaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el contexto de la política de fronteras de la Unión Europea." *Oñati Socio-Legal Series*, vol 13, núm. 3, 2023,p. 936–953.

<sup>57</sup>Fernández Pérez, Ana. (2023). *Derecho de extranjería* (3ª Edición, Capítulo 4). Valencia: Tirant lo Blanch. ISBN 978-84-1169-952-5. Disponible en: [<https://biblioteca-tirant-com.accedys2.bbtk.uill.es/>] (Consulta: 11/03/2024).

se fija un plazo en el cual se deberá llevar a cabo su efectiva consecución. Sin embargo en este supuesto hay sentencias como la STSJ de Castilla y León n.º 1007/2023, de 9 de octubre, ECLI:ES:TSJCL:2023:3889) que entienden que la falta de resolución administrativa y posterior sentencia confirmatoria no le imponen una sanción sino que le requieren para que regularice su situación o abandone el país además otras sentencias como la STSJ de País Vasco n.º 414/2015, de 17 de septiembre, ECLI:ES:TSJPV:2015:2845 entienden que en estos casos también cabe tener en cuenta el arraigo como método para suspender la ejecutividad del la orden de expulsión, lo cual se juzgará acudiendo al procedimiento<sup>58</sup>

**3.5. El cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario.**

Esta situación se encuentra también en el art 28.3 de la LOEx y se refiere a supuestos que tienen que ver con una serie de subvenciones que ofrece el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones para personas nacionales de terceros países.<sup>59</sup> En la actualidad existen dos tipos de proyectos: los de retorno voluntario asistido que son los de reintegración dirigidos a personas que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad en terceros países y los de retorno voluntario productivo dirigido a nacionales de terceros países que vayan a emprender en proyectos asociados al retorno. Estos programas pueden ir dirigidos tanto a quien se encuentra en una situación administrativa irregular como a quien se encuentra con autorización de residencia tanto temporal como permanente, en cuyo caso se concede con base a su especial vulnerabilidad y a sus dificultades de reincorporación al mercado laboral. En caso de que sean ayudas dirigidas a inmigrantes en situación irregular constituye una alternativa a la expulsión en la cual el

---

<sup>58</sup>IBERLEY.: "Denegación administrativa de la solicitud para permanecer en España por extranjero", *Revista virtual Iberley*, Editorial Colex. Disponible en: <https://www.iberley.es/temas/denegacion-administrativa-solicitud-permanecer-espana-extranjero-63078> (fecha de última consulta: 25 de junio de 2024).

<sup>59</sup>Disponible en: <https://www.inclusion.gob.es/web/migraciones/retorno-voluntario> (fecha de última consulta: 23 de abril de 2024).

extranjero puede decidir sobre las condiciones de su retorno (lugar y el momento) y se benefician de una prestación económica y asistencial en la preparación del retorno. Estos programas para la población vulnerable se distinguen del retorno voluntario en que el sujeto no tiene la posibilidad de permanecer en el país de acogida.<sup>60</sup>

#### **4. Modalidades de tramitación del procedimiento de expulsión.**

El procedimiento sancionador en el derecho de extranjería depende de la gravedad de la infracción dentro del cual podemos encontrarnos tres tipos de procedimientos distintos: el procedimiento simplificado, aplicable a las infracciones leves; el procedimiento preferente, aplicable en específico a una serie de infracciones graves y muy graves; y el procedimiento ordinario, aplicable a todo tipo de infracciones.

Los procedimientos que nos interesan son el preferente y el ordinario, ya que mediante a estos cabría aplicar la sanción de expulsión.

Dentro de las infracciones que se entienden incluidas en el derecho sancionador de extranjería aquellas que afectan a las relaciones laborales de los extranjeros en el orden social se tramitarán mediante un procedimiento especial por razón de materia ya que se trata de un ámbito competencial del derecho del Trabajo y será aplicable supletoriamente el procedimiento administrativo.

A partir de la reforma a la LOEx de la LO 2/2009 se ha venido a modificar el orden de prelación entre el procedimiento preferente y el ordinario en referencia al art. 53.1 a) de la LOEx ya que tras su promulgación la Dirección General de la policía y la Guardia civil mediante la Circular 1/2010, de 25 de Enero, entiende que las circunstancias que rodean la incoación del art. 53.1 a) únicamente pueden ser determinadas por las denominadas unidades de extranjería y fronteras del Cuerpo Nacional de Policía, los cuales dejarán en manos de uno de los policías la determinación del procedimiento adecuado para su tramitación (el ordinario o el preferente). Además la Circular 1/2010, de 20 de Enero de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras establece una serie de criterios en los cuales se deberá aplicar

---

<sup>60</sup>SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. & FERNÁNDEZ COLLADOS, B. (2010).: "Retorno voluntario de inmigrantes." Trabajo 23, Universidad de Huelva, 2010, pp. 137-158. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/retorno voluntario inmigrantes.pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/retorno%20voluntario%20inmigrantes.pdf). (fecha de última consulta: 23 de abril de 2024).

el procedimiento preferente: 1) “cuando el extranjero se halle en situación irregular y, además, concorra el hecho de: carecer de domicilio; carecer de documentación; exhibir documentación caducada; aún teniendo domicilio, éste no sea fijo ni estable, sino temporal o de tránsito”; 2) “si con anterioridad fue sancionado, por ejemplo, con sanción de multa por estancia irregular; o, inclusive, si incumplió una salida obligatoria”; 3) “cuando se constate «carencia de fuentes de ingresos o de ingresos, falta de arraigo, (...), existencia previa de sanciones o condenas o incumplimientos de salidas obligatorias, etc.”<sup>61</sup>. Cabe que con anterioridad al inicio del procedimiento se realicen una serie de actuaciones preliminares dedicadas a la averiguación de la necesidad de la expulsión.

La Competencia para ordenar la incoación del procedimiento y llevarlo a cabo es una garantía fundamental del procedimiento de expulsión.<sup>62</sup> La cual pertenece a los Delegados de Gobierno en Comunidades autónomas uniprovinciales, los subdelegados del Gobierno (Cuando sean Comunidades autónomas uniprovinciales y la Comunidad Autónoma tenga atribuidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo de extranjeros), los Jefes de Oficinas de Extranjería, el comisario General de Extranjería y Fronteras, el Jefe superior de Policía, los Comisarios Provinciales, a los titulares de comisarías de policía y a los titulares de puestos fronterizos. Los cuales ceden la tramitación de la instrucción y la fase probatoria a un instructor y a un secretario. Estos deberán ser nombrados en el acuerdo de incoación del procedimiento de entre los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de entre los nombrados funcionarios de las Oficinas de extranjería.<sup>63</sup> Además cuando el motivo de la infracción esté relacionado con que el extranjero se encuentre trabajando en el territorio español le corresponderá la instrucción a la Inspección de Trabajo y seguridad social de la Comunidad Autónoma.<sup>64</sup> Esta cesión de la tramitación hecha por

---

<sup>61</sup>Disponible en: [https://web.icam.es/bucket/protoc\\_extra.pdf](https://web.icam.es/bucket/protoc_extra.pdf).

<sup>62</sup>Artículo 219 del RELOEx.

<sup>63</sup>Artículo 96 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

<sup>64</sup>Reglamento general sobre la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento aplicable será el de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante RD 557/2011) como establece ésta última en su art. 216.

los delegados del gobierno a la policía se realiza junto con el acuerdo de incoación del procedimiento y tiene que tener legalmente un contenido mínimo que se encuentra en el art. 227 de la RELOEx. Siendo fundamental que esta cesión, y como consecuencia también el acuerdo de incoación, se lleve a cabo de la forma más transparente posible, para salvaguardar los derechos y garantías de las personas afectadas.

Serán disposiciones comunes a estos procedimientos:

#### **4.1. El procedimiento preferente.**

Se trata de un procedimiento que busca ser eficiente en una serie de supuestos que han sido catalogados por la LOEx como graves o muy graves además de urgentes.<sup>65</sup> Motivo por el cual una de sus principales características es la celeridad con la que se lleva a cabo. Sin embargo, dicho acortamiento de los plazos pone en riesgo muchas de las garantías del procedimiento a lo largo de este.

Respecto al acuerdo de iniciación cabe mencionar que dentro de sus requisitos está la posible calificación del procedimiento, la cual debe constar motivadamente. De no existir motivación suficiente, cuando el procedimiento incoado sea el preferente, el tribunal supremo ha terminado por entender que pese a que claramente es una irregularidad procedimental no afecta a la validez del acuerdo. Sin embargo la garantía legal que supone el derecho de defensa podría verse afectada por esta irregularidad, por lo que se entiende que esta cuestión debe ser analizada caso por caso. La celeridad de este proceso carente de motivación suficiente puede suponer la indefensión de la persona objeto del proceso.<sup>66</sup>

El plazo para presentar alegaciones y pruebas desde que se desde que al interesado se le da traslado del escrito de incoación es de 48 horas tiempo que puede no ser suficiente para que el extranjero pueda preparar correctamente su defensa y consulte a su abogado, debemos tener en cuenta que se trata de un

---

<sup>65</sup>Se refiere a las infracciones muy graves del art. 54 de la LOEx y a los supuestos de los art. 53 d), 53 f), 54.1.a), 54.1.b), y 57.2 de la LOEx. También será aplicable al art. 53.1 a) de la LOEx si se dan los requisitos de: 1) riesgo de incomparecencia; 2) que el extranjero dificulte la actuación de las autoridades (no cabiendo el entender dicha dificultad en el ejercicio legítimo de sus derechos); 3) que el extranjero presente un riesgo para el orden público, la seguridad pública y la seguridad nacional.

<sup>66</sup>STS (Sala de los Contencioso) de 3 de diciembre de 2019 (Recurso de Casación número 8013/2018).

derecho que usualmente se encuentra ligado a la necesidad de encontrar un intérprete, así como la dificultad de probar el posible arraigo de una persona con un lugar. La garantía aludida que se pone en peligro es claramente el derecho de defensa y el derecho a la asistencia jurídica ya que se limita la posibilidad de presentar pruebas y llamar testigos.

Además dicha celeridad puede suponer un riesgo en el derecho de audiencia ya que de no presentarse las alegaciones y pruebas o si estas son rechazadas es posible que se prescinda de la audiencia y se eleve el acuerdo de incoación del expediente como propuesta de resolución. Vulnerando el derecho a ser oído ya que la propuesta de resolución será remitida a la autoridad encargada de resolver que será el órgano que dictó el acuerdo de iniciación del expediente, a la cual también se le remitirá todo el expediente. La propuesta de sanción debe determinarse atendiendo al principio de proporcionalidad tomando en consideración el grado de culpabilidad de la persona y el riesgo para la legalidad que supone su situación, tomando en consideración si la adecuación de la medida y si no procede en su lugar una sanción menor.

Otro aspecto importante es que la resolución en este procedimiento será dictada de manera inmediata siempre que se cumplan los requisitos básicos que se establecen para el procedimiento ordinario así como la notificación al interesado.<sup>67</sup> Sin embargo esta inmediatez pone en riesgo dos garantías muy importantes: 1) La notificación de las circunstancias y motivos de la expulsión puede verse afectada por la inmediatez de esta, no permitiendo una correcta comprensión de los motivos que hay detrás de ella y con ello comprometiendo las vías para salvaguardar sus derechos e intereses;<sup>68</sup> 2) El derecho a un recurso efectivo claramente se puede ver afectado por la rapidez con que debe dictarse la resolución, motivo por el cual la ley aclara que si la resolución es de expulsión deberá ser notificada al interesado con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos. Sin embargo la inmediatez con la que a

---

<sup>67</sup>Artículo 236 del RELOEx.

<sup>68</sup>Artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

su vez se pretende que se ejecute la expulsión puede suponer claramente un límite material para la práctica del derecho al recurso. Habría que acudir a la vía judicial en recurso de alzada y solicitar que se suspenda la eficacia de la denegación de entrada para que la persona pueda volver a entrar y poder llevar a cabo el recurso.<sup>69</sup>

Todas las actuaciones deberán notificarse a la embajada o consulado del país del ciudadano extranjero y anotarse en el Registro Central de Extranjeros. Sin embargo por la rapidez del procedimiento y todas las actuaciones de las que se debe hacer cargo el extranjero puede suponer que la asistencia consular no sea efectiva, derecho que ha sido dispuesto por los convenios internacionales firmados por España y ratificado por nuestro derecho en la orden AUC/154/2022, de 21 de febrero, por la que se regulan las ayudas de protección y asistencia consulares en el extranjero.

#### **4.2. El procedimiento ordinario.**

Es el previsto supletoriamente para las infracciones que no deban llevarse a cabo mediante el procedimiento preferente o el previsto para las infracciones leves.<sup>70</sup> Se diferencia principalmente del procedimiento preferente en que consta de unos plazos más amplios tanto para alegaciones como para pruebas y algo más de tiempo para garantizar su derecho a la asistencia letrada y a un proceso con todas las garantías.

Al igual que en el procedimiento preferente es posible prescindir del trámite de la audiencia cuando no figuren en el procedimiento otras pruebas válidas que no sean las que constan en el acuerdo de inicio.<sup>71</sup> Convirtiéndolo el acuerdo de inicio en la propuesta de resolución que pasa al órgano encargado de resolver el procedimiento con el peligro que supone para el derecho de audiencia.

Otra diferencia sustancial es que hay un plazo para dictar la resolución

---

<sup>69</sup>SANTOLAYA MACHETTI, P. Y GARCÍA VITORIA, I.: “Las garantías del procedimiento de la ley de extranjería en la jurisprudencia”, *La inmigración en la encrucijada legislativa y tribunales*, Julio 2007 a Junio 2007. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/355873-Texto%20del%20art%C3%ADculo-513358-1-10-20190604%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/355873-Texto%20del%20art%C3%ADculo-513358-1-10-20190604%20(1).pdf). (Fecha de última consulta: 27 de junio de 2024).

<sup>70</sup>Artículo 63 LOEx.

<sup>71</sup>Artículo 232 RELOEx.



de expulsión, que tendrá un máximo de 6 meses desde que se dictó el acuerdo de inicio. Dicho plazo permite de ser necesario la realización de las pruebas y actuaciones complementarias que puedan ser necesarias. Además si la resolución impone la sanción de expulsión se le otorgará al interesado un plazo ampliable de cumplimiento voluntario de entre 7 y 30 días dentro del cual pueden adoptarse medidas cautelares siempre que no sea el internamiento preventivo. Dicho plazo también da una mayor cobertura al derecho al recurso efectivo, así como da una mayor consideración a las circunstancias personales del extranjero, ya tengan que ver con vínculos familiares, arraigo, permisos de residencia o su estado de salud. De no resolverse las actuaciones en el plazo máximo de 6 meses, dado que se trata de un plazo de caducidad, se archivarán las actuaciones.<sup>72</sup>

Las resoluciones de expulsión llevadas a cabo por el procedimiento ordinario contendrán un plazo de cumplimiento voluntario que tiene como objetivo asegurar que el proceso de expulsión se realice de manera justa y respetuosa con sus derechos, permitiendo que la persona afectada tenga tiempo y apoyo tanto para recurrir como para organizar su salida voluntaria del país. El incumplimiento del plazo se entiende como motivación legal suficiente para proceder a la detención, en vistas a hacer efectiva la expulsión. Si ésta no se puede realizar a las 72 horas siguientes a su detención el instructor o la unidad de extranjería podrá proceder a su internamiento.

Se trata de una situación muy parecida a la que ocurre cuando una persona se encuentra irregularmente en el territorio español y es sancionada con multa. Esta no exime al estado de la obligación de poner fin a la irregularidad. La diferencia es que para aplicar la expulsión cuando la sanción es de multa es necesario pasar otra vez por el proceso de modo que se tenga en cuenta la nueva situación de desobediencia como agravante y en el cual la sanción impuesta sea la expulsión procediendo su ejecución forzosa. El plazo de cumplimiento para la salida voluntaria oscila entre los 7 y los 30 días,

---

<sup>72</sup>PUERTA VÍLCHEZ, J. M.: “Procedimiento ordinario, preferente y simplificado. Especialidad en el orden social”, en AA.VV. IMBRODA ORTÍZ, B. J. y RUIZ SUTIL, C. *Memento Extranjería*, Editorial Francis Lefebvre, 2017, p. 333.

debiendo motivarse excepcionalmente la imposición de un plazo inferior a 15 días. Durante ese plazo cabe la adopción de medidas cautelares excepto la de internamiento.

Toda expulsión conlleva una prohibición de entrada a España cuya duración dependerá de las circunstancias personales del acusado y la causa de expulsión, pero que en todo caso no podrá ser de más de 10 años en supuestos de grave riesgo para la seguridad pública, la seguridad nacional o la salud pública, o de 5 años en caso de que la expulsión se deba a otros motivos.<sup>73</sup> En los supuestos en los que se produce la salida voluntaria del territorio cabe la posibilidad de que se le revoque la prohibición de entrada. También se extinguirá cualquier autorización para permanecer legalmente en España y el archivo de cualquier procedimiento para la autorización de residir o trabajar en España del expulsado. Este es otro supuesto en el cual la ley pretende moderar un poco sus medidas y adecuarlas a las circunstancias de las personas. Sin embargo el dar un margen tan amplio de actuación, sumado a lo tangibles que son las posibilidades de no cumplirse todas las garantías del proceso hace que se trate de un procedimiento que fácilmente puede suponer una reacción desproporcionada contra los derechos de la persona implicada.

#### **5. La expulsión y supuestos en los que no cabe su imposición.**

Las circunstancias que rodean la expulsión se van a valorar durante el expediente administrativo previo a la resolución. La infracción a imponer debe ser proporcional con las circunstancias que rodean la situación del presunto infractor además existen una serie de normas del art. 57.5 de la LOEx a la hora de resolver un expediente de expulsión.

En él se descarta la expulsión con base en el arraigo de dicha persona con el país, estableciendo una serie de circunstancias que deben ser tratadas de manera objetiva, teniendo en cuenta el derecho a la protección de la unidad familiar y el derecho a no ser discriminado. Además se pretende proteger la integridad física y moral como garantía que podría verse comprometida por la expulsión.

Uno de los límites que encuentra este procedimiento y la devolución, tanto en

---

<sup>73</sup>Artículo 58 LOEx.

su tramitación como en su ejecución es el principio de no devolución o principio de non-refoulement. Se trata de un principio que tiene que ver con el derecho a no ser retornado al lugar de origen cuando en este la persona corra el riesgo de ser sometida a tratos denigrantes para su integridad física y moral.<sup>74</sup> Se trata de un derecho reconocido en el artículo 19 de la Carta de derechos de la Unión Europea a tenor del cual no solo se les otorga protección a los solicitantes de asilo, sino también a aquellos a los que se les conceda la condición de refugiados<sup>75</sup>. Dicho artículo prohíbe el retorno en todas sus modalidades, tanto en devoluciones como en la expulsión, ya que se trata de tener en cuenta las garantías procesales y los derechos de la persona objeto de la expulsión. En este principio también encuentra cabida la prohibición a las devoluciones colectivas, ya que dicho método, antes mencionado, puede suponer que no se preste la atención que merecen las circunstancias del extranjero y con ello el menoscabo de dicho principio. Esta protección internacional pretende blindar la situación de apátridas, solicitantes de asilo, refugiados y demás beneficiarios de sistemas de protección subsidiaria que se encuentren en España, además de a quienes ya se les haya reconocido su estatuto. De modo que sólo se podrá entrar a tramitar cualquier tipo de deportación si las autoridades han entrado a considerar las circunstancias específicas de cada persona y como consecuencia han inadmitido la petición de protección internacional.<sup>76</sup> Otra forma de proteger esta garantía a nivel práctico sería la que brinda el art. 54. 3 de la LOEx y es el despenalizar el transporte hasta la frontera a un extranjero solicitante protección internacional, bajo la condición de que esté presente a trámite la solicitud de protección nada más llegar a la frontera y esta sea admitida a trámite.

El derecho y respeto a la vida privada y a la vida familiar también deben ser tenidos en cuenta en este proceso. Se tratan de unos derechos que aparecen descritos en el art. 8 del Convenio Europeo de derechos humanos y libertades fundamentales, en adelante CEDH, y están reconocidos por España en el art. 16 de la LOEx. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que se trata de un derecho que debe ser protegido y tenido en cuenta por la administración a lo largo del proceso de expulsión.

---

<sup>74</sup>Artículo 19 de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE ratificada por España.

<sup>75</sup>Artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

<sup>76</sup>TORRES RODRÍGUEZ, A. M.: “Sanción de expulsión”, en AA.VV. IMBRODA ORTÍZ, B. J. y RUIZ SUTIL, C. *Memento Extranjería*. Editorial Francis Lefebvre, 2017, p. 309.

De modo que además de las circunstancias específicas sobre la procedencia de la expulsión, cabe suspender y prorrogar la ejecución de esta cuando su injerencia pueda suponer un perjuicio para la vida privada familiar. Este derecho se materializa en las previsiones del art. 64 .2 de la LOEx que establece una serie de situaciones que entienden que se deben proteger. Por ejemplo cuando esta persona es la base de su unidad familiar, tiene menores escolarizados o personas que le son dependientes, así como en caso de necesitar tratamientos médicos de urgencia.

Tampoco cabe imponer la expulsión cuando esta pueda afectar o suponer un riesgo para la integridad física o la vida de las mujeres embarazadas o el feto, así como el de personas enfermas. No solo siendo un criterio a tener en cuenta durante la tramitación del procedimiento de expulsión sino capaz de conferir prórrogas en la salida voluntaria del país y en la suspensión de la ejecución de la orden de expulsión. Se trata del derecho a la salud e integridad física de las personas pues más allá de toda precaución para con la mujer embarazada esta puede afectar a la situación en la que se encuentre el nonato. Esta situación puede llegar a suponer un dilema debido al carácter excepcional en el cual es posible que se le atribuya la nacionalidad al bebe nacido en España según las previsiones del art. 17 del código civil. Sin embargo más allá de estos en lo referente a la expulsión debemos tener en cuenta que el niño por lo general no tendrá la nacionalidad española, tendrá la nacionalidad de sus padres. Por lo que la situación del hijo nacido en España durante el proceso de expulsión incluso durante su permanencia no autorizada, ceñirá su destino al de sus progenitores compartiendo su situación legal más allá de que en el futuro pueda reclamar la nacionalidad española.<sup>77</sup>

Dichas garantías también se extenderán a las víctimas de trata de seres humanos en sus distintos aspectos como es la explotación sexual y los talleres clandestinos. El procedimiento para preservarlas será informar a la autoridad la cual fijará un período de al menos noventa días en los que la víctima deberá sopesar si desea contribuir con la acción de la justicia. Durante el cual no se podrá incoar el expediente de expulsión ya que el sistema de protección a las víctimas de trata paraliza la expulsión de forma preventiva para esta y sus hijos menores de edad o discapacitados. Excepcionalmente afecta a los hijos de más de 16 años siempre que

---

<sup>77</sup>SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: “El status jurídico del hijo de extranjeros nacido en España. nacionalidad y normativa de extranjería”, Anales de derecho. Universidad de Murcia, núm. 22, 2004, p. 223-237.

estos se encuentren en España al momento de identificar a la víctima como tal.<sup>78</sup> Es posible que la expulsión sea revocada por la autoridad gubernativa competente en ciertos casos como es el de las víctimas de trata de seres humanos cuando esta situación se halle de forma sobrevenida tras la resolución del procedimiento y antes de llevarse a cabo la ejecución.<sup>79</sup>

También se tratan de salvaguardar los derechos de las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género o violencia sexual. Otorgándoles una autorización excepcional de residencia e incluso de trabajo en caso de tener a su cargo hijos menores o discapacitados y no sea capaz de proveerles de sus necesidades. De no poder determinarse si se trata de un caso de violencia de género se incoará expediente administrativo de expulsión<sup>80</sup>.

El proceso de expulsión también pretende salvaguardar la tutela judicial efectiva denegando la expulsión cuando el extranjero esté a la espera de juicio, ya sea el imputado en un proceso penal o sea parte a la espera de que se determinen sus responsabilidades y autoricen su expulsión si lo estiman procedente.<sup>81</sup>

La cuestión de la expulsión de un residente de larga duración de otro estado miembro de la UE se trata de una situación especial. La LOEx en sus artículos 53.1.d) y f) y 54.1.a) y b) entienden que debe consultarse ante las autoridades de dicho país miembro sobre la decisión de expulsarlo a su país de origen si este es fuera de la UE. De no reunirse los requisitos de su expulsión cabrá retornarlo al estado miembro que le reconoció como residente de larga duración. Ocurre lo mismo si dicho residente de otro estado miembro fuera beneficiario de normas de protección internacional en otro estado miembro como puede ser el asilo. Los derechos que se pretenden respetar en este caso son el derecho a la libre circulación y residencia en la Unión Europea. Cuestión que en principio no deberá de suponer un límite a las garantías de nuestro procedimiento ya que con él se puede restaurar la legalidad y no poner en peligro los derechos e intereses que pueda tener el extranjero en otro estado miembro.

## **6. Medidas cautelares**

Las medidas cautelares son manifestación de la tutela cautelar efectiva ya que pretenden

---

<sup>78</sup>Artículo 59 bis de la LOEx.

<sup>79</sup>Artículo 57.4 RELOEx

<sup>80</sup>Artículo 31 bis de la LOEx.

<sup>81</sup>Artículo 57.7 a) LOEx. y el Artículo 89 del Código Penal.

asegurar la eficacia de la actuación administrativa. Para su correcta aplicación dentro del derecho sancionador, además debemos tener en cuenta el derecho a la buena administración ya que supone una garantía para que se respeten los derechos e intereses afectados en el procedimiento y además se satisfagan los intereses públicos implicados. Cabe imponerlas por el instructor desde que se incoa el procedimiento de expulsión en el acuerdo de inicio o mediante un acuerdo provisional motivado en cualquier momento del proceso siempre que no se trate de la medida de internamiento que necesita autorización judicial para llevarse a cabo<sup>82</sup>. Su fin es garantizar la ejecución de la posible sentencia y deben estar motivadas (art. 63.2 LOEx). Las medidas cautelares deberán anotarse en el Registro Central de Extranjeros. A la hora de elegir entre aplicar una medida u otra deberá atenderse a la adecuación y proporcionalidad de esta a las circunstancias, además debe elegirse dentro de las medidas efectivas la menos lesiva.

No hay un *numerus clausus* de medidas sino que el instructor puede adoptar aquellas que estime pertinentes, sin embargo el art. 61 de la LOEx hace una estimación de las medidas cautelares que se pueden imponer:

- La obligación de presentación periódica ante las autoridades competentes: (Art. 61.1 a) LOEx) Se trata de una medida que afecta a la libertad ambulatoria. La otorga el Delegado del gobierno o la autoridad competente o el órgano instructor mediante resolución. Su finalidad es mantener localizado al extranjero a fin de asegurar la sanción. El incumplimiento de estas medidas pasará a considerarse un agravante, al igual que el resto de las medidas cautelares que vamos a analizar.<sup>83</sup>
- La residencia obligatoria en determinado lugar: (Art. 61.1 b) LOEx) El Tribunal Constitucional entiende que los derechos afectados son la libertad de residencia y circulación y el lugar vendrá fijado en la resolución.<sup>84</sup>
- Aquellas que el órgano instructor estime: es el caso de las medidas de limitación o restricción de la libertad de circulación o prohibición de salida de España y la prohibición de salida de los ciudadanos de la UE que puede alcanzar también a sus familiares.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup>Artículo 227 RELOEx.

<sup>83</sup>NUÑEZ HERRERA, V. E.: *Medidas cautelares en los procedimientos de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 299-301.

<sup>84</sup>Ibidem

<sup>85</sup>Ibidem.

- Retirada del pasaporte: Medida que aparece descrita en el art. 61.1 de la LOEx y que atenta contra el derecho que tienen los extranjeros de no ser privados de su documentación de origen, salvo en el curso de una investigación judicial de carácter penal (art. 13.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana), sin embargo como nos encontramos ante un procedimiento administrativo y no penal, surge la duda de si esta medida efectivamente se puede imponer.<sup>86</sup> Se trata de dos normas contrapuestas que aparecen en dos leyes orgánicas, sin embargo este dilema cabe resolverlo en base al principio de jerarquía normativa ya que la Ley de protección de la seguridad ciudadana no se trata de una ley orgánica en su totalidad, sino sólo los preceptos que se especifican en su ley y entre los que no se encuentra incluido el art. 13.2 y sin embargo LOEx sí tiene rango de Ley orgánica en su totalidad con lo cual ésta es la norma que debe de prevalecer. Para que dicha medida sea estimada legal se hará necesaria que se entregue previa a la retirada un resguardo que acredite que se le ha sido retirada su identificación. es decir que se de una garantía suficiente que no supongan vulnerar a la ligera los derechos de los extranjeros. Cuestión que pone en manos de los policías el aseguramiento de uno de los principales derechos fundamentales de los extranjeros: el derecho a la documentación.<sup>87</sup>
- Detención o detención cautelar en extranjeros: Es la privación de libertad temporal para el cumplimiento de un fin específico dentro del procedimiento de expulsión la LOEx la contempla como una medida de carácter preventivo a efectos de expulsión del territorio nacional sobre los extranjeros que se sabe que han entrado ilegalmente en España o que tienen una orden de expulsión y puede ser:
  - o Detención como consecuencia de que se haya incoado un procedimiento de expulsión: es una medida facultativa que puede durar máximo 72 horas y de normal el mínimo indispensable para que el extranjero pase a disposición judicial. Actuación que será susceptible tanto de control judicial como de habeas corpus siempre que la situación de privación de libertad sea real y efectiva, y que dicha privación de libertad no haya sido acordada

---

<sup>86</sup> Artículo 13.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

<sup>87</sup> TORRES RODRÍGUEZ, A. M.: “Medidas cautelares en el proceso de expulsión”, en AA.VV. IMBRODA ORTÍZ, B. J. y RUIZ SUTIL, C. *Memento Extranjería*. Editorial Francis Lefebvre, 2017, p. 309.

judicialmente.<sup>88</sup> Es interesada por el Delegado o Subdelegado de Gobierno de la comunidad autónoma (la autoridad gubernativa) de manera motivada y llevada a cabo por la policía nacional.

- o Detención por incumplimiento de la orden de expulsión: tiene lugar cuando hay una obligación de abandonar el territorio con forma de orden de expulsión, en la cual se pretende el ejecutar esta decisión administrativa y se dará en supuestos en los que el extranjero no se encuentra internado y no atiende a los llamamientos.
  - o Detención del extranjero para su devolución o retorno: que es en supuestos de devolución para los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrar o sean interceptados cuando intenten entrar ilegalmente en el territorio<sup>89</sup>.
- Internamiento preventivo: Esta medida consiste en la privación de libertad como medida accesoria del procedimiento de expulsión y que puede llevarse a cabo tanto durante el procedimiento de expulsión y se trata de una medida que no cabe cuando la expulsión se esté tramitando por el procedimiento ordinario, sino solo con el preferente. La privación de libertad se llevará a cabo en un CIE o Centro de Internamiento para Extranjeros el cual no tendrá carácter penitenciario como estableció por primera vez la sentencia del pleno del TC del 7 de julio de 1985 (rec. núm: 880/1985).
  - El procedimiento para autorizar el internamiento comienza con el instructor del procedimiento acudiendo al juez de instrucción el cual analizando las circunstancias de acuerdo con el principio de proporcionalidad, deberá decidir si se entiende que corresponde esta medida, si es el caso el juez deberá buscar un centro con plazas disponibles especificado en su resolución. Para poder llegar a una resolución será necesario que el juez dé audiencia al interesado y al Ministerio fiscal y resuelva mediante auto motivado. Cabe instar la medida desde el principio y a lo largo de las

---

<sup>88</sup> COTEÑO MUÑOZ, A.: “La posibilidad de aplicación del habeas corpus a los extranjeros retenidos en frontera”, CG Légal, 2021. Disponible en: <https://glegal.es/la-posibilidad-de-aplicacion-del-habeas-corpus-a-los-extranjeros-retenidos-en-frontera/> (fecha de última consulta: 28 junio 2024).

<sup>89</sup> MARTÍNEZ PARDO, V. J. : “La detención y el internamiento de extranjeros”, Universitat de València, 2005. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10803/9671> (fecha de última consulta: 23 de Abril 2024).



fases del proceso, incluso durante la fase de ejecución. Además, si no es posible llevar a cabo el la expulsión dentro de las 72 horas siguientes a dictarse el auto deberá procederse a la medida de internamiento como método para asegurar la pena (Arts. 61 y 62 LOEx). La resolución del procedimiento por el que se pida el internamiento de una persona deberá ser inmediata, motivada, congruente y notificada al interesado.

Teniendo como plazo máximo el internamiento 60 días, sin que se pueda imponer más tiempo de internamiento alcanzada esta cifra. Si se deniega el internamiento cabe que el órgano instructor resuelva aplicar las medidas cautelares que entienda necesarias para asegurar los efectos de la resolución final.

El TC entiende que será una medida cautelar constitucional siempre que cumplan con los requisitos que se han acordado judicialmente, se dicte mediante resolución motivada, que se fije un tiempo limitado y que el cumplimiento se lleve a cabo en centros no penitenciarios (STC 115/1987). Respecto a que dichos centros no tengan carácter penitenciario hay que tener en cuenta que la mayoría de los CIEs en España han sido denunciados por el defensor del pueblo y numerosas ONG de ser intrínsecamente centros de carácter penitenciario al ser antiguas cárceles, estar regidos por el mismo organismo (La Secretaría General de instituciones penitenciarias) que las cárceles y carecer de un régimen específico que se pueda deslindar de los cánones que rigen la vida carcelaria llegando a tener incluso más carencias que los propios centros penitenciarios.<sup>90</sup> El internamiento puede llevarse a cabo:

- a) Durante la tramitación del procedimiento de expulsión: Dicho internamiento preventivo sólo puede acordarse mediante resolución de juez de instrucción del lugar donde se practique la detención previa solicitud del instructor.<sup>91</sup>
- b) Dictada la resolución firme de expulsión: Como medida para asegurar la ejecución de la sentencia cuando esta no se pueda llevar a cabo en las 72 horas siguientes (Art. 64.1 LOEx)

## **7. Los menores de edad no acompañados**

---

<sup>90</sup>Disponible en:

<https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2023/03/MNP-Anexos-B-1-Recomendaciones.pdf>. (fecha de última consulta: 18 de mayo de 2024).

<sup>91</sup>TORRES RODRÍGUEZ, A. M.: “Medidas cautelares en el proceso de expulsión”, en AA.VV. IMBRODA ORTÍZ, B. J. y RUIZ SUTIL, C. *Memento Extranjería*. Editorial Francis Lefebvre, 2017, p. 320..

A los Menores no acompañados o MENA Les ampara en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre determinadas actuaciones en relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. De modo que no puede acordarse su ingreso en Centros de internamiento y deben ponerse a disposición de las entidades de protección de menores (art. 62.4 LOEx). Se trata de supuestos en los que el Estado asumirá la tutela del menor debiendo garantizar su seguridad y de poder iniciar la repatriación que también será llevada a cabo por los mismos órganos competentes en el caso de que fuera una expulsión normal (delegados y subdelegados del gobierno, etc.). Estos órganos deberán recabar los informes correspondientes sobre la situación familiar de los menores en el país de origen, si se entiende que en interés del menor es preferible que sea atendido por sus familiares o por los servicios de atención del menor de dicho país, si se trata de un menor que ha sido abusado de alguna manera, etc. Sin embargo por el tiempo que el menor deba permanecer en el país la oficina de extranjería le tramitará una autorización de residencia que podrá ser prorrogada por el tiempo que se estime conveniente.

Cuando éstos alcancen los 90 días bajo la tutela del Estado deberán ser puestos a disposición de protección de menores, si estos ya han cumplido los 16 años se les podrá habilitar a trabajar. Tanto la autorización de residencia como la de trabajo podrá revocarse cuando se dicte la repatriación y en caso de que el menor cumpla la mayoría de edad en esta situación la autorización dictada en este contexto puede ser título suficiente para que se le renueve el permiso de residencia cumplidos los 18 años.<sup>92</sup>

## **8. Conclusión.**

El objeto central de este estudio no radica en valorar la adecuación de ciertas conductas a las normativas de imputación del derecho de extranjería, sino en el propio proceso en sí mismo. Es crucial entender que clarificar la naturaleza del procedimiento es fundamental para asegurar el cumplimiento de los derechos de los extranjeros

---

<sup>92</sup>Disponible en:

<https://www.interior.gob.es/opencms/eu/servicios-al-ciudadano/tramites-y-gestiones/extranjeria/regimen-general/menores-extranjeros/> (fecha de la última consulta: 16 de mayo de 2024).

involucrados.

La Ley de Extranjería, al igual que otras normativas, adapta los objetivos de la política migratoria de la Unión Europea y los intereses políticos nacionales a su marco normativo. Así, el derecho de extranjería se configura como la expresión formal de las políticas gubernamentales. Sin embargo, a lo largo del proceso de expulsión y su evolución legislativa, aunque se mencionan los derechos de los extranjeros, el enfoque parece estar más orientado a corregir situaciones de irregularidad que a salvaguardar plenamente sus derechos, como ejemplifican las llamadas expulsiones en caliente.

Al analizar la naturaleza de los intereses en juego podemos ver que hay gran parte de las garantías cuya adaptación al derecho se ha hecho jurisprudencialmente, lo cual no debería de ser un problema de no ser por la naturaleza cambiante de estas. Un ejemplo de ello es el reciente cambio jurisprudencial de las sentencias del TS del 18 de septiembre de 2023, la STS (rec. núm: 2251/2021) y la STS (rec. núm: 1537/2022) donde primero se entendía improcedente el aplicar la expulsión si se había aplicado la multa y donde luego pasó a entenderse que está posibilidad sí que era de acuerdo a la ley.

También lo hemos visto respecto a la prohibición de las expulsiones colectivas, cuestión que aunque legalmente ha sido declarada ilegal se sigue llevando a cabo hoy en día según informes de amnistía internacional y el defensor del pueblo. Las denuncias han existido e incluso algunas se han llevado a las cortes sin embargo se trata de una situación en la cual ni los propios inmigrantes saben cómo hacer valer sus derechos por lo que este tipo de situaciones solo las llegamos a conocer por sus consecuencias más desastrosas como la catástrofe de Melilla donde se sabe por el defensor del pueblo que al menos se hicieron 470 devoluciones ilegales. Donde también entre 20 y 30 personas perdieron la vida tratando de entrar en España. Hecho sucedido el 24 de junio de 2022 cinco años después de que la sentencia del TEDH las declarara ilegales.<sup>93</sup> Se trata por tanto de una situación que no es un hecho aislado, institucionalmente se están llevando a cabo impunemente por esas carencias en nuestra legislación. De qué sirven entonces todos nuestros principios y garantías si desde el momento en que estás personas están intentando acceder a nuestros sistemas

---

<sup>93</sup>STEDH de 3 de octubre de 2017 (TEDH 2017\74).

de protección son rechazados.

Además nuestras leyes establecen un procedimiento medianamente garantista por un lado pero no establecen unas normas claras sobre el tratamiento de estas personas desde su interceptación en las fronteras. Esta situación fuerza que sea regulada la actuación de las autoridades por protocolos internos de la policía. Las cuales tendrán una naturaleza tan variable como la política migratoria de turno.

Estas carencias en la tipificación legal también afectan a las medidas cautelares dentro de las cuales podemos encontrar, que incluso nuestra población reclusa goza en los centros penitenciarios de unas garantías a sus derechos que difícilmente se han conseguido en alguno de los Centros de Internamiento para extranjeros que hay en España. Ya que pese a que se establezcan en la ley, no se han venido a desarrollar reglamentariamente elementos tan básicos para la vida dentro como el poder salir a tomar el aire una vez al día o disponer de un médico en cualquier momento, son el pan de cada día.

El panorama jurídico de la extranjería en el que nos encontramos es cuanto menos engorroso y ni extranjeros, ni policías, tienen claro en todo momento cómo proceder ante la inmigración ilegal. Con base en esto debemos concluir que dada la severidad de las consecuencias jurídicas derivadas del poder sancionador del derecho de extranjería, sería prudente adoptar una postura más crítica y abogar por una mayor claridad normativa. Esta es una área en la que están en juego no solo una serie de garantías constitucionales, sino también derechos fundamentales que, cabe recalcar incluso para nuestra población reclusa se garantizan de manera más rigurosa. Aunque hemos adoptado conceptos e instituciones del derecho de extranjería, hemos sido menos diligentes en implementar sus salvaguardias.

## **9. Bibliografía.**

### **9.1. Artículos de revistas jurídicas**

GÓMEZ FERNÁNDEZ, D.: “El principio de taxatividad en el derecho administrativo sancionador”, *Es de justicia blog de derecho administrativo y urbanismo*, 28 feb 2022. Disponible en:

[<https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/el-principio-de-taxatividad-en-el-derecho-administrativo-sancionador>](<https://www.derechoadministra>

tivoyurbanismo.es/post/el-principio-de-taxatividad-en-el-derecho-administrativo-sancionador) (fecha de última consulta: 6 de mayo de 2024).

ORTIZ LARA, M. L.: "El derecho a la buena administración en el marco de la protección de los derechos humanos", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 39, p. 340-355.

MARTÍNEZ PARDO, V. J.: "Derecho sancionador en materia de extranjería: consideraciones generales", *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, septiembre-diciembre, 2006, p. 3.

LAGUNA DE PAZ, J. C.: "El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas", *Revista de Administración Pública*, núm. 211, 2020, p. 40-41.

CHAVES, J. R.: "El Tribunal Supremo resucita la multa en extranjería seguida de la expulsión", *Revista digital delajusticia.com: El rincón jurídico de José R. Chaves*, septiembre, 2023. Disponible en: [\[https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174861\]](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174861)(<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174861>) (fecha de última consulta: 16 de abril de 2024).

CANO CAMPOS, T.: "Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, núm. 156, 2000, septiembre-diciembre, p. 201 y p. 214.

APARICIO WILHELMI, M.: "Las 'devoluciones en caliente' y la fría razón de Estado. Un análisis de las implicaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el contexto de la política de fronteras de la Unión Europea." *Oñati Socio-Legal Series*, vol 13, núm. 3, 2023, p. 936-953.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A.: "El status jurídico del hijo de extranjeros nacidos en España. nacionalidad y normativa de extranjería", *Anales de derecho. Universidad de Murcia*, núm. 22, 2004, p. 223-237.

NAVARRO CARDOSO, F.: "Expulsión «penal» de extranjeros: una simbiosis de derecho penal «simbólico» y derecho penal del «enemigo»", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.a Época, n. 17 (2006), págs. 153-182.

## **9.2. Libros y capítulos de libros.**

TORRES RODRÍGUEZ, A. M.: "Sanción de expulsión", en AA.VV. IMBRODA ORTÍZ, B. J. y RUIZ SUTIL, C. *Memento Extranjería*. Editorial Francis Lefebvre, 2017, p. 311.

FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: *Derecho de extranjería*, 3ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 180-197 y p. 222 y p. 224.

PUERTA VÍLCHEZ, J. M.: "Procedimiento ordinario, preferente y simplificado. Especialidad en el orden social", en AA.VV. IMBRODA ORTÍZ, B. J. y RUIZ SUTIL, C. *Memento Extranjería*, Editorial Francis Lefebvre, 2017, p. 332 y p. 333.

ODRIOZOLA GURRUTXAGA, M.: "Expulsión penal y expulsión administrativa de personas extranjeras. Análisis del artículo 89 del Código Penal y del 57.2 de la Ley Orgánica de Extranjería", Aranzadi, Navarra, 2022.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. & FERNÁNDEZ COLLADOS, B.: "Retorno voluntario de inmigrantes." *Trabajo 23*, Universidad de Huelva, 2010, pp. 137-158. Disponible en: [file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/retorno voluntario inmigrantes.pdf](file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/retorno%20voluntario%20inmigrantes.pdf) (fecha de última consulta: 23 de abril de 2024).

NUÑEZ HERRERA, V. E.: *Medidas cautelares en los procedimientos de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 299-301.

## **9.3. Publicaciones electrónicas.**

BEJARANO LUCAS, JOSÉ MANUEL.: "La suspensión ex lege de la eficacia de actos por interposición de recursos administrativos: aspectos prácticos", *Legal Today*, 23 enero 2024. Disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-administrativo/la-suspension-ex-lege-de-la-eficacia-de-actos-por-interposicion-de-recu>

rsos-administrativos-aspectos-practicos-2024-01-23/. (fecha de última consulta 27/Junio 2024).

IBerley: "Denegación administrativa de la solicitud para permanecer en España por extranjero". Disponible en:

[<https://www.iberley.es/temas/denegacion-administrativa-solicitud-permanecer-espana-extranjero-63078>](<https://www.iberley.es/temas/denegacion-administrativa-solicitud-permanecer-espana-extranjero-63078>) (fecha de última consulta: 25 Junio 2024).

COTEÑO MUÑOZ,A.: “La posibilidad de aplicación del habeas corpus a los extranjeros retenidos en frontera”, *CG Légal*, 2021. Disponible en: <https://gcelegal.es/la-posibilidad-de-aplicacion-del-habeas-corpus-a-los-extranjeros-retenidos-en-frontera/> (fecha de última consulta: 28 junio 2024).