

Doble Grado en Administración y Dirección de Empresas y Derecho

Curso 2022/2023

La noción de inexpulsabilidad en materia de derecho sancionador de extranjería

Autor: Mikel Guarnido González de Herrero

Director: Iker Barbero González



Bilbao, a 23 de junio de 2023

RESUMEN

El presente trabajo tiene como intención analizar la problemática de los “inmigrantes inexpulsables”. A modo de inmersión inicial en la cuestión, se lleva a cabo una revisión previa de los procedimientos de expulsión recogidos por la normativa española y europea para pasar posteriormente a conocer la realidad de un colectivo que ha sido olvidado a grandes rasgos por el legislador. Personas cuya expulsión no se puede ejecutar son condenadas a vivir sometidas a un limbo jurídico que les imposibilita avanzar en la vida. A su vez, se analizan en profundidad las causas que generan esta problemática, así como las posibles soluciones existentes.

PALABRAS CLAVES

Inmigrante irregular, expulsión, inexpulsabilidad, Directiva de Retorno, limbo jurídico, documentación, readmisión.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. EXPULSIÓN DE INMIGRANTES IRREGULARES	8
2.1. Aclaración de conceptos	8
2.2. La expulsión como sanción	10
2.3. Procedimientos de expulsión de inmigrantes irregulares	11
2.3.1. La expulsión en la Directiva de Retorno.....	11
2.3.2. El procedimiento “estándar” de expulsión en España	14
2.3.3. El procedimiento de devolución en España	17
2.3.4. Denegación de entrada en España	18
2.3.5. Las “devoluciones en caliente” en España.....	19
3. LOS “INMIGRANTES INEXPULSABLES”: CONCEPTO	23
4. ANÁLISIS Y CONSECUENCIAS DE LA SITUACIÓN DE INEXPULSABILIDAD	26
4.1. Derechos reconocidos a los inmigrantes en procesos de expulsión	26
4.2. El internamiento de los inmigrantes	28
4.3. Incumplimientos de España en la materia	31
5. CIRCUNSTANCIAS Y CAUSAS GENERADORAS DE INEXPULSABILIDAD	33
5.1. Circunstancias procesales	33
5.2. Razones técnicas o administrativas	36
5.3. Razones de carácter humanitario	42
5.3.1. Protección de derechos humanos básicos	42
5.3.2. Motivos familiares e interés del menor.....	44
5.3.3. Motivos médicos	46
5.4. Obstáculos logísticos a la expulsión y otros motivos	47
6. PROPUESTAS Y ALTERNATIVAS SOBRE LA INEXPULSABILIDAD	49
7. CONCLUSIONES	53
8. BIBLIOGRAFÍA	55
9. NORMATIVA	57
10. JURISPRUDENCIA	59

ÍNDICE PRINCIPALES ABREVIATURAS

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

CE: Constitución Española de 1978

DR: Directiva 2008/115/CE (Directiva de Retorno)

MR: Recomendación 2017/2338 (UE) (Manual de Retorno)

CFS: Reglamento (UE) 2016/399 (Código Fronteras Schengen)

LOEX: Ley Orgánica 4/2000 (Ley de Extranjería)

RLOEX: Real Decreto 557/2011 (Reglamento de Extranjería)

RDCIE: Real Decreto 162/2014 (Reglamento de los CIE)

RDVE: Reglamento (UE) 2016/1953 (Documento de viaje europeo)

Op. cit: obra citada

Apud: citado en

Ibidem: en el mismo lugar (referencia a la cita anterior)

1. INTRODUCCIÓN

Michel Kwizera escapó de Burundi con apenas 15 años después de observar en directo la muerte de sus padres. El conflicto en su país le hizo huir y embarcarse en una travesía por varios países africanos que duró años. En Gabón pudo conseguir un pasaporte falso pensando que le iba abrir las puertas de Europa, pero no fue así. A su llegada Michel fue inmediatamente detenido e internado por las autoridades francesas. Sin embargo, su expulsión efectiva del país no se pudo producir. La falta de un documento de identidad válido y la negativa del consulado de Burundi a cooperar y a reconocerle como ciudadano imposibilitaron la obtención de un documento de viaje que le permitiera viajar de vuelta. Más adelante Kwizera fue diagnosticado de hepatitis, una enfermedad de la que no podría ser tratado en su país de origen. Todo ello dificultó más aún el proceso de retorno. Mientras tanto, Michel pasó en varias ocasiones por centros de detención de extranjeros que le generaron graves consecuencias psicológicas y ningún avance en su situación. En definitiva, Michel se encontraba en un limbo jurídico ya que no podía volver a su país, pero tampoco podía regularizar su situación en Francia. Michel Kwizera era un “inmigrante inexpulsable”.¹

La situación descrita en el párrafo anterior es más común de lo que podemos llegar a pensar. En el año 2022 se dictaron por parte de los Estados miembros de la Unión Europea 422.400 órdenes de retorno de nacionales de terceros países, de las cuales solo hay certeza que se ejecutaron correctamente con el retorno del implicado 94.970. Esto genera un total de 327.430 casos de retornos no confirmados.² Si miramos la evolución histórica, un informe del Tribunal de Cuentas Europeo³ señala que desde 2008 se han dictado en la Unión Europea de media 500.000 órdenes de retorno de las cuales han retorno efectivamente solo un 29% (19% en el caso de retornos a países no europeos). Es razonable pensar que una parte de ese número de retornos no confirmados corresponderá

¹ Vanderbruggen, M (Flemish Refugee Action); Phelps, J (Detention Action); Sebtaoui, N (France terre dásile); Kovats, A (Menedék); y Pollet, K (ECRE). (2014). *Point of no return: The futile detention of unreturnable migrants*. Bruselas: Els Keytsman

² Eurostat (11 de mayo de 2023). *Enforcement of immigration legislation statistics*. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Enforcement_of_immigration_legislation_statistics&oldid=566540

³ Tribunal de Cuentas Europeo (2021). *Informe especial. Cooperación de la UE con terceros países en materia de readmisión*. Luxemburgo.

a retornos voluntarios no comunicados o a personas que finalmente consiguieron regularizar su situación, pero también es plausible pensar que muchos casos serán de individuos que no fueron expulsados y que tampoco pudieron regularizar su situación. De hecho, el Parlamento Europeo en una resolución de 2020⁴ señala que según las estimaciones de la Comisión cerca de 300.000 personas al año no pueden ser retornadas debido a diferentes motivos como pueden ser los obstáculos administrativos, problemas de salud o el riesgo de devolución.

Como no podría ser de otra manera, esta realidad no deja de lado a España. Situada en la frontera sur de la Unión Europea con el continente africano, España tiene en la actualidad la complicada tarea de gestionar una importante cantidad de flujos migratorios con la exigencia, por un lado, de respetar los derechos humanos; y con la necesidad, por otro lado, de mantener la seguridad y el control de la inmigración irregular.⁵ Las situaciones que se viven en ocasiones en las fronteras de Ceuta y Melilla y en el mar mediterráneo demuestran la magnitud del reto.

En cuanto a la estructura del trabajo, en primer lugar y antes de proceder a hablar del fenómeno concreto de los “inmigrantes inexpulsables”, se analizarán una serie de conceptos y se hará un resumen-análisis de la figura de la expulsión en el contexto español y europeo. Esta parte del trabajo se considera importante para poder tener una visión general de la cuestión. En dicho análisis se observarán las diferentes modalidades y procedimientos que pueden seguirse en España para llevar a cabo la expulsión, así como sus diferencias y consecuencias. Se hará también referencia a distintas cuestiones como son los derechos humanos y el internamiento de extranjeros. En segundo lugar, y en continuación del punto anterior, la otra parte fundamental del trabajo radicará en analizar la figura de los conocidos como “inmigrantes inexpulsables”. ¿En qué consiste concretamente esta figura jurídica? ¿Qué motivos causan dicha situación? ¿Qué alternativas hay? Finalmente, se presentarán las principales conclusiones obtenidas.

⁴ Resolución. 2021/C 445/04 del del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre la aplicación de la Directiva sobre retorno (2019/2208(INI))

⁵ Gil Blanco-Rajoy, J.J. (2020). Garantías procedimentales convertidas en papel mojado: Legalidad de los rechazos en frontera a la luz del Convenio Europeo Derechos Humanos. *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, nº110, 1-34

Para responder las anteriores preguntas y muchas otras más se ha realizado una extensa labor previa de investigación. Más concretamente la metodología empleada para realizar este trabajo ha consistido en la recopilación de informes y artículos jurídicos publicados en revistas especializadas; jurisprudencia de tribunales nacionales, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante “TJUE”) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”); y normativa española y europea. En este sentido serán de especial relevancia la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en adelante “Directiva de Retorno o DR”) y la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante “Ley de Extranjería” o “LOEX”).

Para terminar, me gustaría reivindicar que la materia no es baladí ya que la política migratoria tiene un impacto directo en el desarrollo de una sociedad y de un estado. Esto se traduce en que la inmigración sea uno de los temas más habituales sometidos al debate de la opinión pública; más aún en un contexto en el que las crisis económicas internacionales vividas en las últimas décadas han dejado de legitimar este fenómeno para parte de la sociedad. Todo ello ha generado también que, en muchas ocasiones, lamentablemente, se aborde el asunto desde los populismos y el desconocimiento⁶. Precisamente, esto último es lo que me ha motivado a realizar el presente trabajo.

⁶ Aranago, J; Mahía, R; Moya, D; y Sánchez-Montijano, E. (2018). *Inmigración y asilo, en el centro de la arena política. Anuario CIDOB de la Inmigración 2018*. Barcelona: CIDOB

2. EXPULSIÓN DE INMIGRANTES IRREGULARES

2.1. Aclaración de conceptos

Para centrar el trabajo conviene definir previamente los conceptos de “inmigrante irregular”, de “expulsión” y “frontera”.

El artículo 3 de la DR establece claramente que para determinar que un nacional de un tercer país (no ciudadano de la Unión Europea en términos generales) se encuentra en situación irregular debemos acudir al artículo 6 del Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (en adelante “Código de fronteras Schengen” o “CFS”) que establece una serie de requisitos como tener un documento de viaje válido, estar en posesión de un visado válido cuando así se exija, estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista, disponer de medios de subsistencia suficientes, no estar inscrito como no admisible en el Sistema de Información de Schengen (en adelante “SIS”), no suponer un riesgo para el orden público, la salud pública, la seguridad... En una línea similar la legislación española recoge en el artículo 25 de la LOEX que será necesario tener pasaporte o documento de viaje que acredite identidad, no tener prohibiciones expresas, contar con medios de vida suficientes, tener visado o tarjeta de identidad de extranjero si no se establece lo contrario... Se matiza también que este régimen no será aplicado a los solicitantes de asilo y que se pueden establecer excepciones por motivos humanitarios, de interés público o por compromisos.

Complementando lo recogido en el párrafo anterior, la Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno (en adelante “Manual de Retorno” o “MR”) ejemplifica alguna de las situaciones que pueden dar pie a que una persona se halle en una situación de irregularidad: caducidad o retirada del permiso de residencia o visado, rechazo a una solicitud de asilo, cruce irregular de fronteras, denegación de entrada en la frontera, ser interceptado al transitar por el territorio de un Estado Miembro para llegar a otro sin derecho legal, ser una persona cuya expulsión se haya aplazado...

Por otro lado, el concepto de expulsión es comúnmente confundido con otros como el de retorno, que es un concepto mucho más amplio que implica el proceso de vuelta, voluntario o forzoso, de un nacional de un tercer país. En cambio, el término expulsión es un término mucho más acotado que implica la ejecución de la obligación de retornar que tiene el inmigrante irregular mediante su transporte físico fuera del Estado (art. 2 DR). El mismo se dará al país de origen, a un país de tránsito con el que se tenga un acuerdo de readmisión o a un tercer país al que el afectado quiere ir y en el cual sea admitido. Es decir, la expulsión no deja de ser una parte del retorno, aunque algunos autores han criticado que en el fondo no dejan de ser la misma cara de la moneda y que el uso de la palabra retorno se debe a que es un término más neutro, menos controvertido y más fácil de definir.⁷

Por último, conviene especificar que se entiende por frontera y por territorio nacional, ya que son términos que han causado cierto debate en relación a ciertos métodos de expulsión de inmigrantes. En este sentido, podríamos entender por frontera “el espacio físico sobre el que el Estado ejerce sus competencias territoriales, aplicando a las personas que se encuentren en su interior, tanto si han entrado legalmente como no, su legislación interna sobre cualquier materia”.⁸ A raíz de situaciones problemáticas vividas en las vallas de Ceuta y Melilla se ha intentado desarrollar por algunos gobiernos un concepto denominado “frontera operativa”⁹, el cual trae como consecuencia la no consideración de la zona existente entre las dos vallas situadas¹⁰ en las ciudades autónomas como parte del territorio nacional. Esta consideración, que supone una diferenciación entre la frontera política y la frontera geográfica, afectaría a la aplicación del régimen de extranjería español y a las responsabilidades del Estado. No obstante, esta especie de artimaña ya ha sido rebatida por el Defensor del Pueblo y por organismos internacionales, los cuales han

⁷ Fajardo del Castillo, T. (2009). La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº33, 453-499

⁸ Burgos Goye, M^aC. (2020). Las devoluciones en caliente vigentes en Ceuta y Melilla. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº53, 63-84

⁹ Martínez Escamilla, M., y Sánchez Tomás, J. M. (2015). Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”. *Proyecto I+D+i “Iusmigrante” (DER 2011-26449)*.

¹⁰ Para una descripción más detallada de la arquitectura del perímetro fronterizo véase Ferrer-Gallardo, X; y Gabrielli, L (2018). Estados de excepción en la excepción del estado. Ceuta y Melilla. Icaria Editorial.

señalado que la retrotracción unilateral de la frontera carece de cobertura legal porque las fronteras son establecidas por normativas internacionales. Además, aun comprando dicho concepto alternativo de frontera, hay que aclarar que las actuaciones realizadas por miembros de la Administración (entre los que se encuentran las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) están siempre sometidas al imperio de la ley con independencia de que la actividad ocurra en territorio español (STC 21/1997 de 10 de febrero).

2.2. La expulsión como sanción

El encontrarse de manera irregular en España es considerado una infracción grave de acuerdo con el artículo 53.1 de la LOEX. Sobre dicha cuestión no ha habido nunca debate, pero sí sobre cuál es la sanción que conlleva dicha irregularidad. En este sentido, el artículo 55 de la LOEX establece como sanción a las infracciones graves una multa de 501 a 10.000 euros, y el artículo 57 de la misma ley recoge que, cuando los extranjeros realicen infracciones muy graves o determinadas infracciones graves (entre las que se encuentra la estancia irregular en territorio español), podrá darse la expulsión del territorio. Asimismo, este último artículo deja claro que nunca se van a poder imponer conjuntamente ambas sanciones.

Históricamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante “TS”) había venido entendiendo que, en los supuestos de mera estancia irregular, ya existiera dicha situación desde la entrada al país o se diera de manera posterior, la sanción principal debía ser la multa. La expulsión quedaba reservada para los casos en los que, existiendo ciertas circunstancias agravantes y en aplicación del principio de proporcionalidad, fuera procedente imponer dicha sanción.¹¹ Sin embargo, la sentencia Zaizoune (STJUE 23 de abril de 2015) rompió con la lógica seguida por el TS. Dicha sentencia estableció que, de acuerdo con la Directiva de Retorno, la multa no podía tener carácter preferente respecto a la expulsión, y que ni siquiera podían considerarse sanciones alternativas. Más concretamente el TJUE resolvió que un sistema como el español vulneraba los artículos 6.1. y 8.1 de la mencionada Directiva ya que los mismo prevén, ante todo y con carácter principal, la obligación de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un

¹¹ Aguelo Navarro, P y Granero Sánchez, H. (27 de abril de 2015) *Comentarios a vuelapluma sobre la sentencia del TJUE de 23.04.2015*. <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/comentarios-a-vuelapluma-sobre-la-sentencia-del-tjue-de-23-04-2015/>

tercer país que se encuentre en situación irregular en un Estado miembro y la obligación de garantizar la eficacia de dicho procedimiento de retorno. De igual manera, señala la sentencia que la interpretación que se puede realizar del artículo 4.3 de la DR sobre las disposiciones más favorables del derecho nacional de un Estado Miembro no puede ir en contra de los objetivos perseguidos por una directiva privándola de efectividad. Lo mismo estableció la sentencia Achughbabian (STJUE 6 de diciembre de 2019). En esta ocasión el objetivo de la DR recogido en los considerandos 2 y 4 no es otro que regular una política eficaz de expulsión y de repatriación, por lo que una normativa que responde con una multa a la situación de irregularidad de una persona estaría atentando contra el derecho comunitario. En conclusión, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE la expulsión siempre debe tener un carácter preferente sobre la multa.

2.3. Procedimientos de expulsión de inmigrantes irregulares

2.3.1. La expulsión en la Directiva de Retorno

La Directiva de Retorno vino a armonizar y crear una convergencia normativa para todos los Estados miembro de la Unión Europea con el objetivo de crear un modelo-tipo de procedimiento europeo en materia de retorno que se asegure un funcionamiento común y unas garantías mínimas comunes.¹² Conviene señalar que el ámbito de aplicación de la mencionada Directiva permite su no aplicación para los denominados “casos fronterizos” y para el caso de medidas de retorno que sean constitutivas o consecuencia de sanciones penales o casos de extradición. La primera de las excepciones se fundamenta en que el objetivo principal de la Directiva es el retorno y no los controles fronterizos que pueden llevar al rechazo en frontera y a la devolución. La segunda excepción viene justificada por quedar dichos supuestos al margen de las competencias comunitarias.¹³

Dentro del término “casos fronterizos” se encuentran los casos de extranjeros a los que se les deniegue la entrada con arreglo al artículo 14 del CFS y, sobre todo, los casos de extranjeros que son detenidos o interceptados cruzando de manera irregular las fronteras terrestres, marinas o aéreas del Estado Miembro, y no cuenten con una

¹² Moya Malapeira, D. (2008). La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº10, 101-164

¹³ Fajardo del Castillo, T. (2009). La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes..., op. cit.

autorización de estancia o residencia ulterior (artículo 2.2 de la DR). Por ejemplo, personas llegadas de manera irregular en una embarcación o interceptadas tras escalar una valla fronteriza entran dentro de dicha definición. Es importante matizar que debe haber una relación temporal y espacial entre el momento del cruce de la frontera exterior y el momento de la detención. Es decir, tal y como recogió la sentencia Affum (STJUE 7 de junio de 2016), se está aludiendo a nacionales de terceros países que son detenidos o interceptados por las autoridades competentes justo en el momento en el que cruzan de forma ilegal la frontera o, habiéndola ya cruzado, se hallan en las proximidades de ésta. El MR señala que no quedan incluidos en dicha definición, por ejemplo, los inmigrantes irregulares que son detenidos en una región fronteriza sin la existencia de la relación temporal mencionada, los inmigrantes que son detenidos al cruzar una frontera interior de la Unión Europea, o los inmigrantes que abandonan un autobús procedente de un tercer país que ya ha realizado más paradas en territorio comunitario.

Por consiguiente, de lo anterior debemos entender que se da pie, tal y como se observará en apartados próximos, a que los Estados miembros puedan diseñar procedimientos concretos y especiales para las casuísticas descritas. Pese a ello, la propia Directiva también regula que se deberán respetar una serie de mínimos en el nivel de protección de los afectados y que bajo ninguna circunstancia se podrá conculcar el principio de no devolución (artículo 4.4 de la DR).

Una vez aclarado esto, la Directiva viene a regular varias cuestiones que se deben dar en el procedimiento “estándar” de expulsión. La primera de ellas es que siempre debe dictarse una decisión de retorno que será la base de todo el procedimiento. (artículo 6.1 de la DR). Dicha decisión se dictará por escrito, consignará los fundamentos de hecho y de derecho debidos e informará sobre las opciones de recurso. El derecho de obtener asesoramiento jurídico y asistencia lingüística también tiene que protegerse (artículo 13.3 de la DR). Salvo en ocasiones determinadas, como son las de riesgo de fuga o riesgo para el orden público, deberá darse un plazo de salida voluntaria de entre 7 y 30 días, el cual podrá ser prorrogado atendiendo a las circunstancias (artículo 7.1, 7.2 y 7.4 de la DR). La Directiva promueve el retorno voluntario no penalizando en esos casos al migrante con una prohibición de entrada, pero en la práctica la no previsión de medidas económicas

que lo favorezcan le resta poder.¹⁴ Igualmente, la decisión de retorno podrá ir acompañada de una prohibición de entrada que será obligatoria si no nos encontramos en un caso donde no se permite la salida voluntaria o no se ha cumplido la obligación de retorno. La duración de dicha prohibición no podrá ser superior a 5 años excepto si el extranjero es una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública o nacional (artículo 11 de la DR). También existe la posibilidad de imponer ciertas medidas cautelares como son el internamiento, la presentación periódica ante las autoridades, el depósito de una fianza, la entrega de documentos... (artículo 7.3 de la DR). El internamiento deberá someterse a un control judicial rápido, tendrá el fin de preparar el retorno y será de máximo 6 meses prorrogables en otros 12. (artículo 15 de la DR). Como se ha comentado previamente, las cuestiones recogidas en esta Directiva de Retorno son de obligatorio cumplimiento y deberán respetarse y desarrollarse en la legislación española.

Para terminar con este bloque sobre la Directiva de Retorno, hay que señalar que la Directiva no se encuentra completa y correctamente transpuesta al sistema normativa nacional español. De hecho, en septiembre del año pasado la Comisión Europea reactivó un expediente de infracción de 2016 contra España por esta cuestión. Concretamente la Comisión Europea envió a España (y a otros países afectados como Alemania, Bélgica y Bélgica) una carta de emplazamiento instándole a cumplir con sus obligaciones. El código de infracción de España es el [INFR(2014)2261].¹⁵ Según la carta enviada en 2016 España no ha transpuesto correctamente diversas cuestiones entre las que se encuentran la definición de retorno, la obligación de adoptar decisiones de retorno de nacionales de terceros países en situación irregular y una definición clara de la función del Defensor del Pueblo como órgano de supervisión.¹⁶ No obstante, cabe recordar que, tal y como señala el MR en su página 156, de acuerdo con la doctrina asentada por el TJUE, las

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ Comisión Europea (29 de septiembre de 2022). *Paquetes de procedimientos de infracción de septiembre: principales decisiones*. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ES/INF_22_5402 (última vez visitado el 19 de junio de 2023)

¹⁶ Comisión Europea (29 de septiembre de 2016). *Paquetes septiembre de procedimientos por incumplimiento: principales decisiones*. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ES/INF_22_5402 (última vez visitado el 19 de junio de 2023)

disposiciones de una Directiva que confieren derechos a las personas y que son suficientemente claras y evidentes son directamente aplicables cuando termina el plazo de transposición.

2.3.2. El procedimiento “estándar” de expulsión en España

El procedimiento de expulsión se regula en España en diferentes artículos de la LOEX y el Real Decreto 557/2011 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 “Reglamento de Extranjería” o “RLOEX”). Concretamente hay que hacer especial mención al artículo 57 de la LOEX, que establece la base de esta figura, así como los artículos 61-65 de la LOEX y del 216-237 del RLOEX que desarrollan más profundamente el procedimiento a seguir.

Los procedimientos de expulsión suelen iniciarse con redadas migratorias realizadas por los cuerpos policiales en lugares públicos que consisten en solicitar a los inmigrantes la documentación que les identifique y que pruebe su situación legal en España (artículo 4 de la LOEX). Hay que denunciar que muchos de estos controles se basan en la arbitrariedad y en estereotipos raciales, aunque esta discriminación esté claramente prohibida (artículo 23 de la LOEX), llegando en ocasiones a establecerse cupos en la policía para detener a un número determinado de inmigrantes. Ante la falta de la documentación pertinente para identificarse y en base al artículo 16.2 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (en adelante “Ley de Seguridad Ciudadana”) estas personas en muchos casos son llevadas a dependencias policiales. Un buen ejemplo de esta práctica es la Circular 1/2010 emanada de la Comisaría General de Extranjería que fue denunciada por parte de ONGs, el Parlamento Europeo, el Consejo de Europa y el Defensor del Pueblo.¹⁷

Generalmente es a raíz de esa situación cuando se da pie a la incoación del procedimiento sancionador correspondiente por parte de las autoridades responsables señaladas en el artículo 219 RLOEX. En el acuerdo de incoación se nombran al instructor

¹⁷ Jarrín Morán, A; Rodríguez García, D; y De Lucas, J (2012). Los centros de internamiento de extranjeros en España: Origen, funcionamiento e implicaciones jurídico-sociales. *Documentos CIDOB Migraciones*, nº26, 1-16

y al secretario que serán miembros del Cuerpo Nacional de Policía. El procedimiento en los casos de expulsión podrá ser bien el procedimiento preferente del artículo 63 LOEX o bien el procedimiento ordinario del artículo 63 bis LOEX. Las principales diferencias entre ambos procedimientos residen en que en el primero de ellos no se concederá un periodo de salida voluntario, que durante la tramitación del mismo podrá adoptarse el internamiento del afectado y que la ejecución de la orden de expulsión se realizará de forma inmediata. Para decidir la procedencia de un procedimiento u otro se tienen en cuenta el riesgo de incomparecencia, que el extranjero dificulte la expulsión o que el mismo represente un riesgo para el orden público o la seguridad pública o nacional.

En cualquier momento del procedimiento preferente y una vez se haya pasado la tramitación y el periodo de cumplimiento voluntario en el procedimiento ordinario, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción el ingreso del extranjero en un Centro de Internamiento de Extranjeros (en adelante “CIE”). El Juez, escuchando al interesado y al Ministerio Fiscal y evaluando las circunstancias concurrentes de manera conforme al criterio de proporcionalidad, determinará la pertinencia de dicho internamiento que no podrá ser superior a 60 días en ningún caso. Es relevante señalar que en la Directiva de Retorno se justifica el internamiento en cuando hay riesgo de fuga o el nacional de un tercer país dificulte el retorno, mientras que la LOEX también recoge la existencia de condenas y sanciones administrativas anteriores o de procedimientos pendientes (artículo 62.1 de la LOEX). La legislación española también recoge que la expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en el territorio español durante cinco años, en situación normal, o hasta de diez años si el extranjero representa una amenaza grave (artículo 58 de la LOEX).

A su vez, es importante señalar que se garantiza el derecho del extranjero a asistencia letrada y a realizar las alegaciones oportunas. Esto es importante porque en caso de que no se efectúen alegaciones el acuerdo de iniciación del expediente podrá considerarse como propuesta de resolución (artículo 227.2 de la RLOEX). Asimismo, tanto la incoación del expediente, las medidas cautelares, como la resolución serán comunicadas, en caso de tener determinada la nacionalidad, al consulado o embajada del país del afectado. No obstante, respecto la capacidad de interponer recursos cuando el extranjero ya no se encuentra en España (artículo 65.2 de la LOEX) se ha señalado por algunos autores que esta es una capacidad realmente reducida y que la adopción de una

medida cautelar suspensiva de la ejecución es en realidad el único modo de garantizar completamente la tutela judicial efectiva.¹⁸

Por otro lado, resulta importante remarcar que diversos autores han defendido reiteradamente que hay que diferenciar la orden de expulsión en sí con la ejecución forzosa de la misma. Navarro Manich señala que “la habilitación normativa para acudir a este medio de ejecución forzosa no permite a la Administración aplicar un automatismo en este asunto. Requerirá la previa adopción de un acto administrativo habilitador específico, así como haber justificado esta restrictiva medida de conformidad con el principio de proporcionalidad.”¹⁹ Es decir, debe haber un acto administrativo distinto y posterior a la orden de expulsión que acuerde esa ejecución forzosa. lo cual, según Navarro, se extrae del artículo 97 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante “LPAC”). En la práctica administrativa no suele dictarse este acto administrativo específico por lo que la ejecución estaría carente de fundamento jurídico según ese posicionamiento.

Para finalizar, con la intención de ponerle cifras a este procedimiento se ha acudido a datos publicados por el Defensor del Pueblo en 2021²⁰. De la tercera y cuarta tabla del informe citado obtenemos que en 2021 en principio se incoaron 31.337 expedientes de expulsión de los cuales solo acabaron en repatriaciones ejecutadas 1.569 casos. Es decir, tan solo un 5% del total. El dato es realmente estremecedor. Hay que tener en cuenta que no todas las ordenes incoadas en un año van a resolverse en el propio año, que puede haber casos de personas que consiguieron regularizar su situación o de individuos que decidieron volver voluntariamente sin que las autoridades recogieran los datos; pero el dato muestra que hay un claro problema en la ejecución de muchas ordenes, lo cual tiene estrecha relación con la temática tratada en este trabajo acerca de la inexpulsabilidad.

¹⁸ Moreno Andrade, A. (2005). Entrada de Inmigrantes Irregulares y Ley de Extranjería *apud* Fajardo del Castillo, T. (2009). La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes..., op. cit.

¹⁹ Navarro Manich, J.A (2015). La ejecución forzosa de las órdenes de expulsión mediante detención, privación de libertad e inmediata expulsión. *En* Martínez Escamilla, M. *Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras*. Iusmigrante

²⁰ Defensor del Pueblo (2021). *Informe Anual 2021. Mecanismo Nacional de Prevención (MNP). Anexo B. Datos estadísticos sobre la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros (CIE)*

2.3.3. El procedimiento de devolución en España

De conformidad con lo establecido en el artículo 58.3 y siguientes de la LOEX y el artículo 23 del RLOEX, a través de la intervención del subdelegado de Gobierno o el delegado en las comunidades uniprovinciales, no será necesario redactar un expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes dos casos: si habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada impuesta o si pretenden entrar irregularmente en España (los ya explicados “casos fronterizos”). Cabe recordar que en este segundo caso no tienen por qué aplicarse todos los estándares de la Directiva de Retorno (sí unos mínimos según el artículo 4.4 de Directiva) y que la ausencia de expediente no es equivalente a la ausencia de procedimiento sino a uno que se caracteriza por una mayor simplicidad.

Según los artículos señalados, a continuación de ser interceptados los extranjeros serán conducidos 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. Si la devolución no es posible en 72 horas es cuando se prevé el internamiento del extranjero tal y como ocurre en los supuestos de expulsión. En todo momento el afectado tendrá derecho a recibir asistencia jurídica, a un intérprete y a interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución de devolución una vez agotada la vía administrativa.

Resulta importante señalar que ha habido siempre mucha controversia respecto a la naturaleza jurídica de la figura de la devolución.²¹ Muchas organizaciones y asociaciones han defendido que la devolución de los extranjeros esconde un carácter sancionador, entre otras razones, porque se prevé la posibilidad de internamiento y porque en algunos casos puede ir acompañada de una prohibición de entrada. A pesar de ello, la jurisprudencia de los tribunales españoles ha sentenciado claramente que: “A diferencia de la expulsión, la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, articulada

²¹ Véase Tolosa Tribiño, C. (2013). La devolución de extranjeros: comentario a la STS de 12 de marzo de 2013. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº33, 221-225;

a través de un cauce flexible y rápido. No concurre así en la orden de devolución la función represiva, retributiva o de castigo” (STC 17/2013 de 31 de enero).

En este sentido, lo que también dictaminó el Tribunal Constitucional (en adelante “TC) en la sentencia mencionada es la inconstitucionalidad de la parte del artículo 58.7 LOEX que hace referencia a la prohibición de entrada de 3 años que irá aparejada en los casos de devolución de casos fronterizos. Este dictamen tiene lógica con lo señalado en el párrafo anterior ya que una prohibición de entrada sí que tiene una evidente naturaleza sancionadora, por lo que tiene que seguir las garantías de todo procedimiento administrativo en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 20 de la LOEX). Sin embargo, la sentencia sí que permite que en el primer tipo de devoluciones (las que se dan por contravenir una prohibición de entrada anterior) se reinicie el cómputo del plazo de la prohibición de entrada porque su adopción viene precedida de un procedimiento adecuado.²²

Al igual que se ha hecho con el procedimiento de expulsión es conveniente ponerle cifras al procedimiento de devolución. Según los datos publicados en el informe del Defensor del Pueblo en 2021²³ se incoaron 6.647 expedientes de los cuales terminaron en repatriaciones 2.025, lo que da un total de un 30%. Este porcentaje es bastante superior al de expulsiones, lo cual se debe principalmente a que su ejecución es más fácil por ser casos fronterizos y por contar con un procedimiento más simplificado. No obstante, el porcentaje también deja ver que hay una problemática con la efectividad de las devoluciones en muchos casos.

2.3.4. Denegación de entrada en España

Conforme al artículo 26.2 de la LOEX, los extranjeros que no reúnan los requisitos de entrada recogidos en el artículo 25 de la LOEX verán denegada su solicitud de entrada en territorio español. Entre dichos requisitos se encuentran tener el pasaporte o documento de viaje correspondiente, contar con el visado o tarjeta de identidad de extranjero salvo

²² Para profundizar más véase Rodríguez-Candela, J. L., y García-España, E. (1996). La devolución del extranjero en España. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 5, 1338–1350; o Moya-Malapeira, D. (2002). La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 62, 189–262.

²³ Defensor del Pueblo (2021). *Informe Anual 2021. Mecanismo Nacional de Prevención ...op.cit.*

cuando se establezca lo contrario, acreditar medios de vida suficientes o tener las autorizaciones correspondientes que justifiquen el objeto y las condiciones de estancia. Igualmente, según el artículo 26.1 de la LOEX no podrán entrar en España, ni obtener visado con esa finalidad los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida (artículo 11 RLOEX) o en virtud de convenio internacional en el que España sea parte. La jurisprudencia ha desarrollado estas condiciones de entrada en números sentencias haciendo frente a la diversa casuística existente.²⁴

La resolución de denegación deberá contar con un contenido mínimo consistente principalmente en las causas de la denegación, la obligación de regresar al punto de origen, información acerca de los recursos (plazos, órgano...), e información sobre asistencia jurídica e intérprete. El objetivo de esta resolución es que se ejecute lo antes posible, pero en caso de no poder materializarse en el plazo de 3 días un Juez de Instrucción podrá decretar el internamiento, al igual que ocurre en la devolución de inmigrantes irregulares. Otro aspecto para remarcar es el hecho de que, junto a la resolución, se le estampará un sello en el pasaporte tachado con una cruz. Igualmente, en caso de ser posible, el transportista que lo hubiese llevado hasta dicho lugar se hará cargo de los gastos de internamiento y del transporte para regresar al migrante a su lugar de origen, al lugar del documento de viaje con el que ha viajado o a cualquier país donde esté garantizada su admisión.²⁵

2.3.5. Las “devoluciones en caliente” en España

Una “devolución en caliente” se puede definir en líneas generales como la expulsión de territorio español de un inmigrante que intenta superar los obstáculos fronterizos, prescindiendo dicha expulsión de cualquier tipo de procedimiento administrativo de identificación y audiencia al interesado. En las “devoluciones en caliente” las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado entregan a las autoridades

²⁴ Véase, por ejemplo, la STS 16 de octubre de 2006 o la STSJM de 27 de mayo de 2010

²⁵ Iberley (4 de octubre de 2022). *Denegaciones y prohibiciones de entrada en España por los extranjeros*. <https://www.iberley.es/temas/denegaciones-prohibiciones-entrada-espana-extranjeros-63081>

marroquí los sujetos interceptados en zona de soberanía española, cumpliendo de manera ciertamente dudosa con las garantías internacionales exigidas.²⁶

La cobertura legal en España a esta práctica la encontramos a raíz de la Ley de Seguridad Ciudadana en 2015 que introdujo una modificación en la LOEX. Dicha modificación supuso la adición de una Disposición adicional décima en la LOEX titulada “régimen especial de Ceuta y Melilla”. Esta disposición viene a permitir el rechazo frontal a todos los inmigrantes que intenten “superar los elementos de contención fronterizos (las vallas situadas en ambas ciudades) para cruzar irregularmente la frontera.”

Entrando ya en una crítica a esta figura, la vaguedad de la redacción y la falta de desarrollo reglamentario posterior generan mucha ambigüedad y duda sobre esta modalidad de expulsión. En comparación con los otros regímenes analizados, en este caso en ningún momento se hace referencia a la necesidad de una resolución motivada, ni a la posibilidad de recurso, ni a unos mínimos servicios adecuados, ni a ninguna indicación sobre cómo deben actuar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Tampoco se explica de qué manera se garantizará en el contexto de un rechazo fronterizo de este tipo la posibilidad de suspender la expulsión por una solicitud de protección internacional. En resumidas cuentas, esta disposición podría llegar a entenderse inconstitucional por vulnerar varios artículos de la Constitución Española (en adelante “CE”) como el principio de seguridad jurídica, legalidad e interdicción de la arbitrariedad (artículo 9 CE); el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE); la obligación de los Tribunales de controlar la actuación administrativa (artículo 106 CE) o la falta de procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos y la audiencia del interesado (artículo 105 c CE). No obstante, finalmente el TC avaló la disposición objeto de debate en una polémica resolución donde defendió su conformidad a los estándares europeos.²⁷

²⁶ Martínez Escamilla, M., y Sánchez Tomás, J. M. (2015). Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico... .., op. cit.

²⁷ Gil Blanco-Rajoy, J.J. (2020). Garantías procedimentales convertidas en papel mojado: Legalidad de los rechazos en frontera....., op. cit.

En este sentido, la práctica de las “devoluciones calientes” también ha sido objeto de estudio a nivel europeo, especialmente en relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante “CEDH”). El artículo 3 CEDH prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, independientemente de si las actividades del individuo son indeseables o peligrosas (STEDH 17 de diciembre de 1996); y es un artículo que está directamente vinculado al principio de no devolución, considerado un pilar en los derechos humanos relacionados con el asilo. Esto obliga al país expulsor a realizar un análisis de los peligros que se le pueden generar al afectado en el país al que es expulsado. En el presente caso, es comprensible pensar que las autoridades de una dictadura como la marroquí pueden entrañar en muchas circunstancias un riesgo para la integridad y seguridad de los migrantes en procedimientos tan inmediatos y automáticos. Asimismo, el artículo 4 del Protocolo nº4 del CEDH prohíbe las expulsiones colectivas y, teniendo en cuenta lo expuesto en párrafos anteriores sobre la nula posibilidad que tienen los interesados de realizar alegaciones de manera individual, parece factible creer que este principio pueda verse conculcado.

Pese a todo lo desarrollado en el párrafo anterior, la Gran Sala del TEDH concluyó que España no había violado ninguno de los preceptos señalados en unas “devoluciones calientes” producidas en 2014 en el famoso caso N.D y N.T (STEDH 13 de febrero de 2020). Para argumentar esta postura la Gran Sala partió de la siguiente premisa: cuando la propia conducta de los demandantes es el motivo de la ausencia de expulsión individual, no se produce vulneración de los derechos señalados. En base a ello, el Tribunal razonó que los demandantes intentaron acceder a España mediante el uso de la fuerza prescindiendo de los cauces legales, lo cual justificó que los mismos perdieran su derecho a ser identificados y a realizar alegaciones. Dicho eso, y respetando la decisión del TEDH, conviene señalar que los magistrados obviaron las características de la frontera hispano-marroquí. En muchas ocasiones las posibilidades que tienen los inmigrantes de acceder a las vías legales para entrar a España son ínfimas debido a la negativa de la policía marroquí de posibilitar el acercamiento a los puestos fronterizos a muchos inmigrantes subsaharianos.²⁸

²⁸ Ibidem

Para finalizar, cabe señalar que en tanto que las devoluciones en caliente se producen en las verjas de Ceuta y Melilla sin procedimiento alguno, es imposible su cuantificación. Sin embargo, se estima por ejemplo que prácticamente la gran mayoría de las más de 10.000 personas que entraron en Ceuta en la crisis de mayo del 2021 fueron devueltas en caliente los primeros días y sin embargo estas cifras no computan en ninguna estadística.

3. LOS “INMIGRANTES INEXPULSABLES”: CONCEPTO

Una vez realizada una revisión de los distintos procedimientos de expulsión, se pasa ahora a analizar una realidad social oculta a los ojos de la mayoría de la ciudadanía a pesar de los datos esgrimidos en la introducción: los “inmigrantes inexpulsables”. No es sencillo del todo establecer una definición para el concepto de “inmigrantes inexpulsables” teniendo en cuenta el escaso desarrollo legislativo de esta figura jurídica tanto a nivel nacional como europeo. Ya no es la falta de una regulación clara, sino las exiguas menciones, directas o indirectas, realizadas a esta figura en toda la normativa vigente. La precariedad de su situación empeora en la medida que varios Estados miembros como España no disponen de provisiones legales específicas que regulen su presencia en el territorio. Además, no muchos estudiosos en materia de extranjería han abordado la realidad de este colectivo y la vulnerabilidad de la que son objeto.

Para intentar definir este término puede resultar apropiado empezar dividiendo a la a población migrante irregular en dos grupos: aquellos cuya presencia, y por lo tanto situación de irregularidad, no ha sido detectada por las autoridades del Estado; y aquellos cuya situación es conocida y ha sido tratada por la administración, pero que por diferentes razones no han podido ser efectivamente expulsados del país. Este segundo grupo es el que hace referencia a los “inmigrantes inexpulsables”.²⁹

Jurídicamente hablando, puede servir como punto de partida el Considerando número 12 de la DR que viene a hacer mención a la “situación de los nacionales de terceros países que están en situación irregular pero que todavía no pueden ser expulsados”. El limbo jurídico en el que se encuentran estas personas en España nace de la falta de una regulación concreta y de la paradoja que se genera entre los artículos 62. 3 y 57.4 de la LOEX. El primero de ellos señala que las personas que no han podido ser expulsadas deberán ser liberadas de los CIE, pero a su vez no especifica cuál debe ser su estatus legal tras la liberación. A su vez, el segundo de ellos señala que la existencia de un procedimiento de expulsión conlleva la extinción de cualquier autorización (o

²⁹ European Union Agency for Fundamental Rights. (2011). *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*. Luxemburgo

procedimiento en curso para lograrla) para poder residir legalmente en España.³⁰ Es decir, las personas en dichas situaciones se ven abocadas a una suerte de indeterminación jurídica.

Por consiguiente, la inexpulsabilidad no deja de ser una realidad social consecuencia del fracaso del Estado y de la administración a la hora de llevar a la práctica la normativa de expulsión en el ejercicio de sus poderes y de su soberanía. La inexpulsabilidad impide que estas personas sean retornadas a sus lugares de origen por causas que le son ajenas o que escapan de su control y, al mismo tiempo, genera una situación en la que el afectado se encuentra sin ningún tipo de permiso válido para residir y trabajar en el Estado donde vive de facto. La expresión “circunstancias que le son ajenas” implica la imposibilidad de las autoridades del país receptor de llevar a cabo incluso un retorno forzoso efectivo cuando no se haya podido llevar a cabo el retorno voluntario. A su vez, durante el aplazamiento en el tiempo que se da la expulsión no se garantiza a estos individuos una residencia provisional legal, sino que su estado se mantiene irregular, lo cual significa que el Estado miembro en cuestión sigue teniendo la obligación de expulsarles del territorio. El problema se agrava en sí se agrava porque el término “expulsión aplazada” omite durante cuánto tiempo lo será.³¹

En otras palabras, se puede entender a los “inmigrantes inexpulsables” como personas cuya expulsión no se ha podido dar en la práctica y que como consecuencia han sido condenadas a permanecer indeterminadamente en una situación administrativa irregular porque el Estado bajo cuyo control se encuentran no procede regularizar su situación una vez se ha constatado la imposibilidad de expulsarles.³² Son básicamente personas que no pueden ir hacia atrás ni hacia adelante. Tal y como se desarrollará en puntos posteriores, las personas que se encuentran en esta situación se ven atrapadas en una espiral generadora de indefensión. Asimismo, se analizarán los motivos que imposibilitan la ejecución de la orden de expulsión y que, por lo tanto, generan esta

³⁰ Jarrín Morán, A; Rodríguez García, D; y De Lucas, J (2012). Los centros de internamiento de extranjeros en España..., op. cit.

³¹ Weatherhead, K. (2016). Expulsar a los “no expulsables”. *Revista Migraciones Forzadas* nº51, 75-76

³² Fernández Rodríguez, N. (2020). Inexpulsables: Un análisis jurídico y social de su realidad en España. *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, nº8, 1-16

situación. Los motivos son muy diversos, aunque en multitud de ocasiones los problemas vienen derivados de problemas burocráticos y de documentación.

4. ANÁLISIS Y CONSECUENCIAS DE LA SITUACIÓN DE INEXPULSABILIDAD

Como bien se ha expuesto en el apartado anterior los “inmigrantes inexpulsables” viven en un limbo jurídico que les condena a la despersonalización jurídica y a la exclusión social. La ignorancia de su situación particular por parte de las autoridades les provoca continuas vulneraciones de derechos fundamentales y una discriminación constante que tiene su cara más visible en los internamientos repetitivos que sufren y en la inaccesibilidad al mercado laboral. Todo ello se ve agravado normalmente por el desconocimiento existente sobre la duración exacta de la situación de inexpulsabilidad. Pasemos a analizarlo.

4.1. Derechos reconocidos a los inmigrantes en procesos de expulsión

Antes de profundizar en la cuestión, conviene empezar recordando que el origen de toda esta coyuntura reside en que el artículo 14 de la CE que, tal y como interpretó en su momento el TC (STC 107/1984 de 23 de noviembre), proclama el principio de igualdad refiriéndose con exclusividad a los españoles. Igualmente, se dictaminó que el artículo 13 CE “no dice que los extranjeros gozarán de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley, sino de las libertades que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Es decir, los derechos de los extranjeros pese a contar con protección constitucional no dejan de ser derechos de configuración legal. Por consiguiente, debemos acudir a la normativa vigente para saber los derechos con los que cuentan los “inmigrantes inexpulsables”.

Siguiendo la línea de lo señalado en párrafo anterior, es recomendable volver a la Directiva de Retorno. Ahora bien, antes de nada, conviene señalar que, tal y como aclaró el TJUE en el caso Mahdi (STJUE 5 de junio de 2014), la Directiva de Retorno “no tiene por objeto regular las condiciones de estancia en el territorio de Un Estado Miembro de los nacionales de terceros países en situación irregular respecto de los que una decisión de retorno no puede o no ha podido ser ejecutada”. Sin embargo, ante la falta de una regulación más específica aplicable a estos casos, la Directiva en cuestión es considerada como una de las referencias en respecto a los derechos de “inmigrantes inexpulsables”.

El artículo 14 de la DR recoge una serie de derechos y garantías que tendrán los inmigrantes sujetos a una orden de expulsión durante el plazo de salida voluntaria y en los supuestos de aplazamiento formal o de facto de la orden de expulsión recogidos en el artículo 9 (este artículo se analizará más adelante). El mencionado artículo 14 fue propuesto por la Comisión para establecer un nivel mínimo de condiciones de estancia para los nacionales de terceros países que están a la espera de retornar, tanto en las situaciones de salida voluntaria como en las de aplazamiento de la expulsión. El primer problema lo encontramos en que muchas veces los “inmigrantes inexpulsables” no reciben un aplazamiento formal de la expulsión propiamente dicho, lo cual puede suponer una dificultad añadida para acceder a algunos de estos derechos. Dicho eso, tal y como señala el MR en su página 137, en la redacción original de la DR se hacían varias referencias a las condiciones ya establecidas en la Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido) (en adelante “Directiva de Acogida”); pero finalmente se estableció una lista de derechos propia (la recogida en el artículo 14 DR) por el miedo a que las referencias a la Directiva de Acogida pudieran percibirse como una mejora en la situación de los migrantes irregulares.

Frente a la extensa redacción en la Directiva de Acogida sobre los derechos de los individuos, la Directiva de Retorno viene a hacer una enumeración de 4 breves puntos, alguno de ellos bastante restrictivo. Por ejemplo, el derecho a la educación básica de los menores se condiciona a la previsión de su estancia; por no hablar de su acceso a educación no obligatoria. Respecto a la atención sanitaria esta solo se reduce a casos de urgencia y los servicios sociales también se ven restringidos. Asimismo, la Directiva de Retorno no realiza alusión alguna, en comparación de la Directiva de Acogida, al acceso al empleo y a las condiciones materiales de vida. Esta última cuestión fue contemplada en la Propuesta 10903/07 pero tampoco se incorporó finalmente.³³ Esta omisión y la obligación recogida en la normativa española acerca de la necesidad de la correspondiente autorización para poder trabajar en España conllevan a los “inmigrantes inexpulsables” que se encuentran atrapados en España a no poder acceder al mercado laboral ni a la protección de la Seguridad Social, quedando relegados a la explotación del mercado

³³ Fajardo del Castillo, T. (2009). La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes..., op. cit.

negro, tal y como han señalado desde la ONG ACCEM.³⁴ Toda esta limitación de derechos imposibilita a las personas “inexpulsables” el desarrollo de un proyecto de vida digno mientras se resuelve su expulsión. Si tenemos en cuenta que en muchos casos esta situación se puede alargar de manera indefinida los perjuicios generados son serios.

4.2. El internamiento de los inmigrantes

Una de las principales consecuencias y uno de los mayores agravios que genera la situación de inexpulsabilidad son las continuas detenciones y los continuos internamientos a los que se ven sometidos los inmigrantes. Nada en la práctica impide que un inmigrante en situación irregular que ya ha estado privado de libertad en un CIE, sin que las autoridades hayan logrado expulsarle en los 60 días (artículo 60.2 LOEX) marcados por la ley española³⁵, pueda volver a ser detenido e internado por las mismas razones. De hecho, según datos de un informe antiguo de 2009 de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (en adelante “CEAR”) el 40,2% de las personas retenidas en un CIE había residido en España entre 4 y 10 años; el 5, 6% entre 10 y 19 años y el 2,8% más de 20 años.³⁶

Lo primero que hay que comentar al respecto es que el MR deja claro en su página 146 que el periodo máximo de internamiento no puede ser menoscabado por el reinternamiento de los afectados tras su puesta en libertad, algo que se vulnera en muchas ocasiones. Sólo será legítimo el reinternamiento si se ha producido un cambio importante de las circunstancias que dé pie a una mejora en perspectiva razonable de expulsión. Este razonamiento es consecuencia directa del artículo 15.4 de la DR que deja claro que “cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones señaladas en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente”. Hay que señalar que la

³⁴ Consejo General Abogacía Española. (20 de enero de 2014) *Inmigrantes que no pueden ser expulsados de España pasan por los CIE “una y otra vez”*. <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/comentarios-a-vuelapluma-sobre-la-sentencia-del-tjue-de-23-04-2015/>

³⁵ Los periodos de internamiento más breves fijados por la legislación nacional prevalecen en todo caso sobre el plazo de 6 o 18 meses previsto en la Directiva de Retorno según el Manual de Retorno

³⁶ Pérez-Sales, P (2009). *Situación de los Centros de Internamiento de Extranjeros en España. Informe técnico de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado en el marco del estudio europeo DEVAS*. Madrid.

perspectiva razonable de expulsión no significa lo mismo que imposibilidad de ejecución, que es un término mucho más categórico. En base a la jurisprudencia del TJUE en el caso Kadzoev (STJUE de 30 de noviembre de 2009) debemos entender que no existe una perspectiva razonable de expulsión cuando “parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los citados plazos”.

El apartado 1 del propio artículo 15 también afirma que el internamiento será lo más corto posible y que solo se podrá dar mientras “estén en curso y se ejecuten con la debida diligencia los trámites de expulsión”. Por consiguiente, en el caso de una persona que ha sido puesta en libertad de un CIE por no haberse podido dar su expulsión en el plazo señalado, parece de sentido entender que no tiene salvaguarda jurídica una nueva detención y un nuevo internamiento. En este sentido, el TEDH ha interpretado en diversas ocasiones, como en el caso Abdolkhani (SETDH de 1 de marzo de 2010) entre otros, el artículo 5.1. f) del CEDH que permite la privación de libertad en el seno de un proceso de expulsión o ante una entrada ilegal. El tribunal aclara que dicha detención no puede ser nunca arbitraria o punitiva y que debe ejecutarse de buena fe. Precisamente el TEDH señala que “si tales procedimientos no son procesados con la debida diligencia, la detención dejará de ser admisible en virtud del artículo 5.1.f)”.

Al mismo tiempo, hay que entender también todas las repercusiones que tienen todos estos acontecimientos en la esfera personal del afectado. En primer lugar, el temor del migrante sin documentación a una asidua identificación policial limita indirectamente su libertad de movimiento y sus oportunidades para socializar y llevar a cabo contactos sociales con otros individuos.³⁷ Esto le genera una sensación de agobio y miedo persistentes que afectan gravemente a su estado de salud mental. En segundo lugar, el internamiento repetitivo conlleva un deterioro físico y psíquico importante. Según el informe de CEAR previamente mencionado, un 33% de los internos manifestó que el encierro les estaba destruyendo como personas.³⁸ Estos centros se encuentran regulados en Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. (en adelante “RDCIE”) y el mismo presenta vacíos en algunas cuestiones y su aplicación en

³⁷ Fernández Rodríguez, N. (2020). *Inexpulsables: Un análisis jurídico y social...* op.cit

³⁸ Pérez-Sales, P (2009). *Situación de los Centros de Internamiento de Extranjeros ...* op.cit

la práctica genera muchas dudas. Esto se debe en gran medida a que los CIE no se diferencian mucho de los centros penitenciarios. De hecho, algunos de los CIEs que hay en España, como el de Aluche en Madrid, fueron cárceles, calabozos o campamentos militares en el pasado. Por ello, muchos testimonios alegan que los CIE dejan mucho que desear en cuanto a infraestructura, espacios de uso común, espacios para unidades familiares (limitado directamente en los artículos 7.3 y 16.2. del RDCIE), zonas de aseo, enfermería, asistencia sanitaria, intérpretes y traductores... De hecho, ha habido casos de internos fallecidos por problemas médicos. También han sido objeto de denuncia en ocasiones situaciones de abuso, arbitrariedad y maltrato ejercidos por parte de los funcionarios. Muchas veces denunciar todo este tipo de sucesos y problemas de habitabilidad es difícil por el oscurantismo que hay en la gestión de estos centros. Las ONGs y asociaciones cuentan con muchas trabas para acceder, y la falta de cámaras de video vigilancia fue denunciada en su momento por la Defensora del Pueblo María Luisa de Cava de LLano.³⁹

Para constatar más profundamente el deterioro personal que genera la inexpulsabilidad solo hay que atender al testimonio de “inmigrantes inexpulsables” de toda Europa recogido en el Informe Point of No Return, uno de los trabajos más extensos realizados sobre la materia⁴⁰. Sumados al descrito en la introducción encontramos muchos casos. Por ejemplo, Tareq, que vino de Iraq a Bélgica, denuncia que los centros están sucios y son pequeños, lo que da pie a discusiones y peleas. Alega que un día sin avisar previamente le dejaron libre, pero cuando me preguntó a donde se suponía que ir la respuesta de los trabajadores sociales fue que no le podían ayudar. Esto dio pie a que posteriormente le volvieran a detener indiscriminadamente sin haber hecho nada malo. Otra situación típica es la vivida por Abdal, originario de Sudan y que huyó de su país por las torturas físicas sufridas por parte del gobierno. Viajó a Reino Unido, y cuando fue detenido en un centro de migrantes su salud mental se deterioró gravemente hasta el punto de pensar en el suicidio. Durante su estancia tampoco recibió durante muchos días las medicinas y la asistencia que requería su situación.

³⁹ Jarrín Morán, A; Rodríguez García, D; y De Lucas, J (2012). Los centros de internamiento de extranjeros... op.cit

⁴⁰ Vanderbruggen, M (Flemish Refugee Action); Phelps, J (Detention Action); Sebtaoui, N (France terre dásile); Kovats, A (Menedék); y Pollet, K (ECRE). (2014). *Point of no return... op.cit.*

4.3. Incumplimientos de España en la materia

Una vez expuesta la indefensión, la vulneración de derechos y los problemas con los que conviven los “inmigrantes inexpulsables”, conviene señalar que esta situación es en gran medida fruto de la incompleta transposición en España de la Directiva de Retorno. En un apartado anterior del trabajo se ha comentado que España tiene un proceso abierto de infracción por esta cuestión. Si bien es cierto que en la carta de emplazamiento no se menciona expresamente la problemática de los inexpulsables, es una evidencia que España no ha recogido y desarrollado la orden dada por el Considerando número 12 de la DR. Dicho considerando insta a los estados a “proporcionar a estas personas (“los inmigrantes inexpulsables”) una confirmación escrita de su situación” para “poder demostrar su situación concreta en el caso de controles o verificaciones administrativas”; y a establecer las condiciones básicas de subsistencia de estas personas.

Podría alegarse que los considerados de las directivas no tienen del todo fuerza vinculante (Sentencia del TJUE de 22 de enero de 2022); pero por si hubiese dudas, más allá del Considerando número 12 (el cual se puede entender como la referencia normativa más directa a los “inmigrantes inexpulsables”) el artículo 14.2 del DR señala el derecho a una conformación escrita en caso de que la decisión de retorno no se haya ejecutado temporalmente. Es decir, de la interpretación conjunta de ambos puntos parece entendible que la intención del legislado europeo es dejar claro que los “inmigrantes inexpulsables” tienen derecho a que se les reconozca por escrito su casuística personal y particular. Estas cuestiones han sido completamente ignoradas por el legislador español y esta irresponsabilidad es la culpable en gran medida de la situación de este colectivo. En este sentido, cabe señalar que diferentes autores⁴¹ han denunciado la falta de transposición a la legislación nacional con respecto a las personas extranjeras que se encuentran en territorio español sin que su expulsión pueda efectuarse de facto.

En un apartado posterior del trabajo se hablará con mayor profundidad sobre las alternativas a la situación actual en España, pero lo que se puede afirmar desde este momento es que los “inmigrantes inexpulsables” necesitan protección ante los controles policiales; y no hay modo más lógico y práctico de protección que mediante la

⁴¹ Fernández Rodríguez, N. (2020). *Inexpulsables: Un análisis jurídico y social...* op.cit

acreditación documental de su singular situación personal. Igualmente, sin ningún tipo de documentación que acredite siquiera el previo paso del “inmigrante inexpulsable” por un CIE es muy difícil evitar los internamientos en bucle. En principio el artículo 37 del RDCIE recoge que cuando se dé la salida del centro la misma se pondrá en conocimiento de la autoridad judicial que acordó el internamiento y se dejará constancia de la diligencia de salida en el libro-registro de entradas y salidas del centro. Además, junto a la devolución de enseres personales se entregará un certificado de internamiento con la intención de poder demostrar fácilmente el previo paso por uno de estos centros. Ahora bien, de la teoría a la práctica hay un trecho y en muchas ocasiones existen irregularidades en la entrega de estos documentos que dejan totalmente expuestas a las personas recién liberadas.⁴²

⁴² Jarrín Morán, A; Rodríguez García, D; y De Lucas, J (2012). Los centros de internamiento de extranjeros... op.cit

5. CIRCUNSTANCIAS Y CAUSAS GENERADORAS DE INEXPULSABILIDAD

Una vez se ha analizado el concepto de inexpulsabilidad y se ha estudiado la situación social de los “inmigrantes inexpulsables” en España, conviene profundizar en los motivos y las circunstancias que dan pie a que ciertas órdenes de expulsión no se puedan ejecutar de la manera debida y en el tiempo previsto.

Como bien se ha comentado anteriormente, teniendo en cuenta la falta de una regulación normativa propia, para poder abarcar la generalidad de circunstancias que generan este limbo jurídico se ha examinado primeramente en profundidad toda la normativa mencionada hasta el momento. A su vez, ha resultado necesario acudir a artículos que abordan esta casuística desde un punto de vista más práctico. Los textos normativos no recogen siempre todo el abanico de situaciones que ocurren en la vida real, por lo que acudir a estas fuentes permite ensanchar las fronteras, profundizar en el análisis y conocer mejor la realidad de las personas implicadas.

A continuación, se presentan ordenadas y aglutinadas por epígrafes diferentes situaciones causantes del estado de inexpulsabilidad. La clasificación y los distintos grupos y categorías se han creado en base a cuestiones temáticas en aras de dotar al trabajo de una estructura coherente.

5.1. Circunstancias procesales

En primer lugar, resulta muy importante aclarar que los motivos que se van a desarrollar en este apartado pueden no entenderse del todo como creadores de una verdadera situación de inexpulsabilidad. Esto es debido a que son cuestiones que en circunstancias normales no deberían perpetuarse mucho en el tiempo y que en principio son de una más sencilla y rápida solución en comparación con otras razones de inexpulsabilidad que se van a estudiar. Sin embargo, no dejan de ser circunstancias que impiden la ejecución de la expulsión durante un determinado tiempo y por esa razón se han decidido analizar en este punto del trabajo. Además, siempre cabe la posibilidad de que las administraciones de los estados no actúen con la diligencia necesaria y tarden en

resolver los asuntos más tiempo del previsto, generando una situación de estancamiento procesal que afecte negativamente a las personas.

Una vez esclarecido esto, si analizamos la LOEX, el RLOEX y la Directiva de Retorno, se pueden observar diferentes situaciones en las que la ejecución de la expulsión puede quedar suspendida hasta que no se resuelva un trámite administrativo o procesal previo. Este es el caso, por ejemplo, de los recursos que se pueden interponer con arreglo a lo dispuesto en las leyes frente a los actos y resoluciones administrativas adoptados en materia de extranjería (artículo de la 21 LOEX). Esta previsión viene recogida también en otros artículos más concretos como el artículo 26.2 de la LOEX sobre la denegación de entrada, los artículos 57.9 y 65 LOEX sobre el procedimiento de expulsión o el artículo 23.4 de la RLOEX sobre la devolución.

Cabe matizar que no es intención de este apartado explicar o desarrollar los recursos en materia de extranjería, sino mencionar los efectos que la interposición de los mismos puede tener en la ejecución de la expulsión. En este sentido, debemos acudir al artículo 9.1 de la DR que, en relación con el artículo 13.2 del mismo texto, viene a señalar que se “aplazará” la expulsión si al recurso que se interpone se le otorga efecto suspensivo. Dicho efecto suspensivo dependerá de lo regulado en cada normativa nacional. En el caso español se señala que la ejecutividad de los actos administrativos en materia de extranjería será la prevista con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en la propia LOEX sobre los expedientes de expulsión con carácter preferente que tienen ejecución inmediata (artículos 21.2 y 63.7 de la LOEX). El régimen general sobre el efecto suspensivo de los recursos, recogido en el artículo 117 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante “LPAC”), señala que el órgano competente podrá otorgar ese efecto suspensivo en los casos de nulidad de pleno derecho o en los que se pueda generar un perjuicio de difícil reparación.

Dicho eso, lo que se quiere resaltar aquí es que, de acuerdo con la legislación española, puede haber casos en los que de manera cautelar se deje sin efecto la orden de expulsión de un extranjero hasta que se resuelva el recurso, quedándose durante ese tiempo el recurrente en una situación que podría denominarse de inexpulsabilidad temporal ya que su situación de excepción, indeterminación y vulnerabilidad no cesa

como tal. Algunos autores han señalado que cuando se acuerda el efecto suspensivo se da una persistencia de la situación de irregularidad no querida por el derecho.⁴³

Hay que mencionar también que el TJUE en la sentencia del asunto *Abdida* (STJUE 18 de diciembre de 2014) estableció la obligación de conceder el efecto suspensivo al recurso en caso de que la ejecución de la decisión de retorno pueda implicar un riesgo de deterioro grave e irreversible del estado de salud del implicado. Tal y como señala el MR en su página 135, la jurisprudencia del TEDH ha mencionado también esta obligación de conceder un efecto suspensivo ipso iure en situaciones relacionadas con el artículo 3 del CEDH y el principio de no devolución. No obstante, los motivos de inexpulsabilidad relacionados con este principio y el estado de salud de la persona sujeta a expulsión se abordarán en apartados posteriores.

Por otro lado, la legislación española también recoge otras dos situaciones en las que se debe dejar en “stand by” la expulsión de un inmigrante irregular por motivos procesales. La primera de ellas se da cuando está pendiente de resolverse una petición de protección internacional (artículo 64.5 de la LOEX). En este sentido, el Considerando 9 de la DR establece claramente que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo no se encontrará en estado irregular hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto de manera desestimatoria. De hecho, el artículo 23.6 de la RLOEX, que viene a establecer lo mismo que el 64.5 de la LOEX pero de manera concreta con las devoluciones, regula que la solicitud de protección internacional llevará aparejada la autorización de entrada y la permanencia provisional del solicitante. Por consiguiente, en esta ocasión, a pesar de no poderse ejecutar la ejecución, realmente no se puede hablar de una situación de inexpulsabilidad propiamente dicha porque la persona afectada tiene reconocido un estatus jurídico claro que le permite residir en España. El problema real surge cuando esa persona es rechazada. La gestión de la situación será difícil al tener que regresar el solicitante de asilo a un país que en principio no es seguro y porque en la definición de inmigrante irregular de la Directiva de Retorno no ha sido regulado esta especial casuística⁴⁴. Por eso, esta situación es realmente propicia para la aparición de un nuevo “inmigrante inexpulsable.”

⁴³ Moreno Andrade, A. (2005). *Entrada de Inmigrantes Irregulares y Ley de Extranjería* *apud* Fajardo del Castillo, T. (2009). *La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes...*, op. cit.

⁴⁴ Fajardo del Castillo, T. (2009). *La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes...*, op. cit.

La segunda situación se da cuando está pendiente de renovación el permiso o la autorización para residir en España. En estos casos el artículo 6.5 de la DR deja abierta la puerta a que el Estado Miembro correspondiente se abstenga de dictar una decisión de retorno. Esta disposición la incorporó el legislador europeo con la finalidad de proteger a los extranjeros solicitantes en caso de la existencia de demoras en el procedimiento de renovación, sobre todo para los casos en los que sea probable que la solicitud prospere. Al respecto, el legislador español deja sobreentender en el artículo 53.1.a de la LOEX que no se estará cometiendo una infracción que pueda dar pie a la expulsión si el interesado ha solicitado dentro de los plazos la renovación de su autorización. A su vez, el artículo 63.6 de la LOEX permite la suspensión del expediente si se realiza una solicitud de residencia por razones humanitarias, de arraigo, de colaboración con la justicia o por circunstancias excepcionales. En estos casos, al contrario de en el suceso anterior, no se prevé una regularización provisional de la situación del particular mientras se resuelve la solicitud, por lo que sí que podríamos estar más cerca de un caso de inexpulsabilidad temporal.

5.2. Razones técnicas o administrativas

Probablemente nos encontremos ante el apartado que da pie a la mayoría de las situaciones de inexpulsabilidad. Así lo señala la Resolución. 2021/C 445/04 del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020 mencionada al comienzo al analizar las bajas tasas de retorno. Otra muestra de ello es que 26 de los 39 entrevistados en el Informe Point of No Return no podían retornar a sus países de origen por razones administrativas⁴⁵. Como se va a poder apreciar, dichas razones están ligadas principalmente a problemas con la identificación del inmigrante, la falta de documentación de viaje o el rechazo por parte del Estado de origen a readmitir al individuo.⁴⁶

Lo primero que debemos comentar sobre este punto es que el artículo 9 de la DR, el cual regula el aplazamiento de la expulsión, hace mención expresa a razones técnicas tales como “la imposibilidad de ejecutar la expulsión debido a la falta de identificación”. No obstante, esta mención no viene recogida en el listado de razones que dan pie

⁴⁵ Vanderbruggen, M (Flemish Refugee Action); Phelps, J (Detention Action); Sebtaoui, N (France terre d'asile); Kovats, A (Menedék); y Pollet, K (ECRE). (2014). *Point of no return... op.cit.*

⁴⁶ Weatherhead, K. (2016). Expulsar a los “no expulsables”. ... op.cit

obligatoriamente al aplazamiento de la expulsión sino en la enumeración de “circunstancias específicas” que facultativamente pueden tomar en consideración los Estados miembros para aplazar la expulsión durante el tiempo que consideren oportuno. Dicho esto, conviene señalar que, aunque ese aplazamiento formal no se dé en la mayoría de los países, esas circunstancias relacionadas con problemas burocráticos y de identificación causan de facto en la práctica una situación que impide la ejecución de la expulsión del inmigrante irregular y que se convierte, por lo tanto, en una causa de inexpulsabilidad. Precisamente, que no se dé ese aplazamiento formal y no se regulen sus consecuencias genera una situación de mayor vulnerabilidad como se ha descrito anteriormente en el trabajo.

La problemática surge a raíz de que muchos solicitantes de asilo y migrantes en general llegan a Europa sin un documento verídico y real que pueda probar su identidad y el lugar de origen⁴⁷. Tales documentos pueden ser una tarjeta de identidad, un pasaporte o incluso un certificado de nacimiento. Esto ocurre en ocasiones porque los migrantes necesitan utilizar documentación falsa para poder salir de su país y llegar a Europa, cuestión de la que se suelen aprovechar las mafias. Otras veces pierden los documentos en la travesía hacia el continente europeo o los policías de los países de tránsito se los confiscan. Otros migrantes deciden entregarlos a sus familiares o amigos para que se los envíen una vez están en Europa, y algunos otros deciden que la mejor opción es pedirlo a su embajada una vez están en Europa. El objetivo en algunos de estos casos es no disponer intencionadamente de un documento con la intención de dificultar la deportación⁴⁸. En otras muchas ocasiones directamente carecen de dicha documentación porque la administración de su país por diferentes razones (poca implantación de la administración, discriminación étnica o racial...) no se la ha entregado. Sea como fuere, estas personas llegan a Europa y España sin ninguna manera de demostrar quienes son en realidad y de dónde vienen.

La consecuencia de esta falta de documentación suele ser el rechazo por parte de las embajadas de sus países de origen a proveerles de un pasaporte válido o en su caso de

⁴⁷ Fernández Rodríguez, N. (2020). *Inexpulsables: Un análisis jurídico y social...op.cit*

⁴⁸ Barbero, I (2021). When return orders are more than just a deportation receipt: Transit Migration and Socio-legal meanings of administrative documents, *Journal of Inmigrant & Refugee Studies*.

un documento de viaje provisional o “laissez-passer” que en España es comúnmente conocido como salvoconducto. Sin estos papeles la vuelta a su país de origen es imposible. Esta negativa es normal tanto cuando es el nacional del tercer país el que solicita a su embajada o consulado los documentos pertinentes como cuando esa solicitud la realiza el propio Estado Miembro. Estos salvoconductos dependen de la normativa de cada país porque deben ser expedidos por el país al que el migrante debe retornar. Sus características comunes suelen ser que son documentos de emergencia, no sustitutivos del pasaporte original y que tienen una vigencia temporal limitada⁴⁹. En España vienen regulados en Real Decreto 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la expedición del pasaporte provisional y del salvoconducto. Volviendo al punto en cuestión, las embajadas no emiten estos documentos de viaje provisional en diversas ocasiones porque ante la falta de algún otro documento acreditativo no creen la palabra de la persona migrante en cuestión. Es decir, no les reconocen como ciudadanos de su Estado. Cabe recordar que esta situación es precisamente la descrita en la introducción del trabajo. Aunque el derecho internacional en principio obligue a todos los Estados a admitir a sus propios nacionales, si llegada la hora de la readmisión el país se opone a la misma, es difícil exigirle el cumplimiento de dichas obligaciones, y más aún en casos donde la determinación de la nacionalidad y de la identidad de los inmigrantes está en seria duda.⁵⁰ Hay casos incluso que, a pesar de contar con algún documento, las embajadas ponen continuas trabas solicitando pruebas y demostraciones casi inalcanzables. Este fue, por ejemplo, el caso de Abdal, que pese a tener un certificado de nacimiento fue rechazado por la embajada de Sudán⁵¹.

A su vez, podemos encontrar situaciones extremas como las vividas los últimos años con Irán, que como consecuencia de su enfrentamiento con occidente ha visto cerradas algunas de sus embajadas en Europa, dificultando ello la atención a ciudadanos iraníes que se encuentran en este tipo de problemas. También hay circunstancias en las que no se llega al extremo de no reconocer al ciudadano, pero en las que, debido a la lentitud de actuación de las embajadas y administraciones y al cúmulo de requisitos que hay que cumplimentar, las gestiones duran más tiempo que el periodo de detención

⁴⁹ Vanderbruggen, M (Flemish Refugee Action); Phelps, J (Detention Action); Sebtaoui, N (France terre d'asile); Kovats, A (Menedék); y Pollet, K (ECRE). (2014). *Point of no return... op.cit.*

⁵⁰ Fajardo del Castillo, T. (2009). La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes..., op. cit.

⁵¹ Vanderbruggen, M (Flemish Refugee Action); Phelps, J (Detention Action); Sebtaoui, N (France terre d'asile); Kovats, A (Menedék); y Pollet, K (ECRE). (2014). *Point of no return... op.cit.*

máximo permitido en el país europeo. En esta línea cabe señalar que muchos países no suelen aceptar el retorno de sus nacionales reconocidos si dicho retorno es forzoso, si ocurre pasados muchos años después de la partida del migrante o si el mismo no tiene gran vinculación con el país. Por ejemplo, Uncle fue rechazado de Gambia por haber estado casi 40 años viviendo en Reino Unido y Noruega y por no tener muchos lazos familiares con el país⁵². Lo importante es que la consecuencia es la misma en todos los casos expuestos: el fracaso del procedimiento de retorno.

Ante este contexto la Unión Europea intentó tomar manos en el asunto y aprobó el Reglamento (UE) 2016/1953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativo al establecimiento de un documento de viaje europeo para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y por el que se deroga la Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994 (en adelante “Reglamento del Documento de Viaje Europeo” o “RDVE”). El Reglamento busca hacer frente a la situación de los nacionales de terceros países que no poseen documentos de viaje válidos con el fin de garantizar un funcionamiento eficaz de la política de migración y con el fin de aligerar la carga administrativa y burocrática (Considerando 1, 2 y 9 del RDVE). Para ello, este Reglamento regula un “documento de viaje europeo para el retorno” que será expedido por la autoridad de un Estado miembro con el objetivo de que sea utilizado en el procedimiento de expulsión del inmigrante irregular. Básicamente la intención, como señala el artículo 1 del RDVE, es contar a nivel europeo con un documento uniforme en formato, características de seguridad y especificaciones técnicas. El documento es gratuito y tiene una validez muy temporal y limitada ya que solo vale para un viaje (artículos 3.3 y 5 del RDVE). Sin embargo, el documento de viaje europeo para el retorno no siempre es aceptado por todos los países.

En la búsqueda de soluciones tendentes a evitar la perpetuación de este tipo de situaciones en la práctica, la política española y europea ha puesto el foco desde hace décadas en la cooperación internacional a través de la conclusión de acuerdos de readmisión y cooperación migratoria con los países de origen o de tránsito. Estos acuerdos

⁵² Ibidem

firmados por la Unión Europea en su conjunto o los estados en sus relaciones bilaterales⁵³ resultan herramientas necesarias para conseguir la efectividad de los retornos de los nacionales de terceros países en situación irregular. (Considerando 6 y 8 RDVE)

Generalmente, tanto en la Unión Europea como España estos acuerdos suelen ser de tres tipos si tenemos en cuenta su profundidad y aspectos formales: acuerdos específicos de readmisión que fijan pautas normativas concretas (solicitudes, casos en los que se da la readmisión, excepciones, modalidades de traslados, asunción de costes...); acuerdos o convenios de cooperación que contengan cláusulas generales y habilitantes sobre materia migratoria; y acuerdos o memorandos de entendimiento entre autoridades administrativas y consulares al margen de los formalismos prototípicos⁵⁴. Esta última práctica ha sido bastante común en los últimos tiempos, y más allá de que tampoco ha generado muchas mejoras estables, Resolución. 2021/C 445/04 del del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020 ha venido a criticar la informalización de la cooperación con terceros instando a los Estados miembros que insten a la Comisión a celebrar acuerdos formales de readmisión asociados a un control parlamentario y una supervisión judicial. Conviene señalar también que en muchas ocasiones realmente estamos hablando más de repatriación (la readmisión de un nacional) que de readmisión en términos generales⁵⁵.

En este sentido, si observamos el número de acuerdos de readmisión de la Unión Europea la cifra en la actualidad sólo llega a 18 países: Hong Kong, Macao (2014), Sri Lanka (2005), Albania (2006), Rusia (2007), Bosnia Herzegovina, Moldavia, Montenegro, Macedonia del Norte, Serbia, Ucrania (2008), Pakistán (2010), Georgia (2011), Azerbaiyán, Armenia, Cabo Verde, Turquía (2014) y Bielorrusia (2020). Asimismo, se han firmado convenios de cooperación con Afganistán, Bangladesh, Guinea, Costa de Marfil, Etiopía Gambia; se han incorporado algunas cláusulas de cooperación en tratados como el Acuerdo de Asociación con los Estados de África, del

⁵³ Los acuerdos alcanzados por la Unión Europea no impiden en ningún caso que los Estados miembros lleguen a acuerdos bilaterales particulares al tratarse de una competencia compartida según el artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁵⁴ Asín Cabrera, M^oA. (2008). Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: Especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular. *Revista de derecho constitucional europeo*, nº10, 165-188

⁵⁵ *Ibidem*

Carie y del Pacífico (Acuerdo Cotonú); y la Comisión Europea tiene desde hace tiempo el mandato de llegar a acuerdos con Marruecos, Argelia, China Túnez, Jordania y Nigeria.⁵⁶

Las cifras resultan bastante pobres tanto cualitativamente como cuantitativamente hablando. Es más, el informe especial sobre la cooperación de la UE con terceros países en esta materia concluye que durante el periodo 2015-2020 la UE ha logrado avances muy limitados en la negociación de acuerdos de readmisión, habiendo prácticamente suspendido algunas negociaciones como ha ocurrido con Marruecos o Argelia. Los problemas suelen surgir con determinadas cláusulas sobre el retorno de personas a un tercer país que transitaban antes de entrar en la UE o con el mencionado documento de viaje europeo. Además, se recalca que no se han aprovechado suficientemente las sinergias con los países de readmisión principalmente porque no hay incentivos para que los mismos estén dispuestos a colaborar. Muchos de estos estados ven que estos acuerdos solo benefician a la parte europea por lo que resulta necesario flexibilizar un poco ciertas exigencias y generar estímulos en relación al desarrollo, el comercio y los visados. Un gran avance sería también el desarrollo de sistemas electrónicos para mejorar la cooperación en materia de readmisión.⁵⁷

En cuanto a la situación particular de España, esta ha llegado a algunos acuerdos importantes a lo largo de su historia. Los países en cuestión son Marruecos, Argelia, Guinea Bissau, Nigeria y Mauritania. También hay acuerdos de cooperación migratoria con Gambia, Guinea, Cabo Verde, Mali, Senegal... Aunque la situación de acuerdos con el continente africano parezca más positiva en comparación al conjunto de la Unión Europea, todavía hay muchos países que están fuera del radar español; y, además, los mecanismos de control de los existentes muchas veces dejan que desear.⁵⁸

Para terminar este apartado sobre problemas técnicos y administrativos, se debe hacer una mención especial a los apátridas. Según el artículo 1 del Estatuto de los Apátridas adoptado en Nueva York en 1954 (en adelante “Estatuto de los Apátridas”) “el

⁵⁶ Tribunal de Cuentas Europeo (2021). *Informe Especial. Cooperación de la UE con terceros países...* op.cit

⁵⁷ Ibidem

⁵⁸ Asín Cabrera, M^oA. (2008). Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano... op.cit

término apátrida designará a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”. Esta problemática se suele dar a raíz de disoluciones y separaciones de estados, de cambios técnicos complejos y abruptos en leyes civiles y, en gran medida, a raíz de actos discriminatorios llevados a cabo por razones étnicas, de raza, de género...⁵⁹ Un buen ejemplo de esta última situación la encontramos con los Rohingya, una minoría étnica y religiosa de Birmania que ha sido históricamente discriminada. Al respecto, España en el artículo 34 de la LOEX y en el reglamento de desarrollo, reconoce la realidad de los apátridas y le asegura su derecho a documentación. A pesar de ello el problema vuelve a estar en la dificultad de demostrar la veracidad de su situación y la inexistencia de una nacionalidad. Esto conlleva a que muchas veces sean objeto de detenciones y órdenes de expulsión frustradas que les condenan como ”inexpusables” a vivir en la marginalidad.

5.3. Razones de carácter humanitario

5.3.1. Protección de derechos humanos básicos

Como se ha expuesto en algunos apartados previos del trabajo, en materia de inmigración opera internacionalmente el principio de no devolución el cual está ligado, entre otros, al artículo 3 del CEDH y al artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. Este principio básico impide el retorno forzoso de una persona a un país cuando hay razones fundadas de que en el mismo existe una amenaza a la vida, libertad o integridad de dicha persona o cuando haya un riesgo serio de que pueda sufrir tortura, tratos inhumanos o vulneraciones graves de derechos. Este principio entra especialmente en juego cuando nos encontramos ante conflictos o guerras en los países a los que en principio deben ser repatriados los inmigrantes. Muchos países alrededor del mundo se encuentran sumidos en continuos conflictos o guerrillas en las que se vulneran los derechos humanos sistemáticamente. Mali, Yemen, Etiopía, Palestina, Somalia, la República Democrática del Congo o recientemente Sudán son algunos de los muchos casos vividos en los últimos años. Es lógico pensar que regresar a un territorio sumido en el caos bélico y social reporta un peligro claro para las personas implicadas.

⁵⁹ Vanderbruggen, M (Flemish Refugee Action); Phelps, J (Detention Action); Sebtaoui, N (France terre dásile); Kovats, A (Menedék); y Pollet, K (ECRE). (2014). *Point of no return... op.cit.*

Pese a ello, es importante remarcar que no es necesaria la existencia de un conflicto bélico para que una persona pueda sufrir las mencionadas vulneraciones de derechos.

En este sentido, el artículo 9.1 de la DR defiende claramente que la ejecución de la orden de expulsión de un inmigrante irregular debe ser obligatoriamente aplazada cuando se vulnere el principio de no devolución. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 57.6 de la LOEX, aunque como se ha desarrollado en el supuesto de las “devoluciones en caliente”, la aplicación de este principio no siempre se da en la práctica. No obstante, la verdadera problemática en relación con la inexpulsabilidad surge cuando estas personas, que no son expulsadas en base a este principio y estos preceptos legales, no encajan jurídicamente según las autoridades en las definiciones de “refugiado” o “persona con derecho a protección subsidiaria” que vienen establecidas por la normativa europea (Directiva 2011/95/UE por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida). La realidad es que la regulación actual no recoge todas las categorías de personas que necesitan realmente protección internacional. Por ejemplo, el artículo 15.c de la mencionada Directiva 2011/95/UE, que versa sobre los requisitos para obtener la protección subsidiaria, ha sido objeto de diversas críticas y debate jurisprudencial (STJUE de 17 de febrero de 2009). El artículo señala únicamente como daños graves merecedores de protección a las amenazas que son graves e individuales y que se producen en el contexto de un conflicto armado. Esto cierra la puerta entre otras cosas a las violaciones de derechos humanos que se puedan dar en conflictos civiles⁶⁰.

Todo esto genera que las personas a las que no se les reconoce esa protección internacional se encuentren en el limbo jurídico que se ha desarrollado anteriormente en el trabajo. La situación es difícil porque no tienen reconocido el derecho a permanecer legalmente en el Estado en el que se encuentran, pero las circunstancias hacen que su devolución no se pueda producir efectivamente. Además, los Estados raramente anuncian oficialmente la suspensión de los retornos forzados por la existencia de conflictos por lo que la falta de transparencia enturbia más aún la situación.

⁶⁰ European Union Agency for Fundamental Rights. (2011). *Fundamental rights of migrants... op.cit*

5.3.2. Motivos familiares e interés del menor

La protección a la vida privada y familiar de las personas se constituye como un derecho humano reconocido en multitud de declaraciones universales como puede ser el artículo 8 del CEDH. El segundo punto de dicho artículo señala que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho” aunque posteriormente pasa a legitimar el establecimiento en cada derecho interno de ciertas excepciones que tengan que ver con cuestiones de seguridad nacional, orden público, la defensa del orden... Por consiguiente, nos encontramos ante un derecho que no es absoluto pero que dependiendo del caso puede verse violentado si se ejecuta una orden de expulsión, tal y como ha entendido la jurisprudencia del TEDH (STEDH del 2 de noviembre de 2011). Para entender si la expulsión es una medida necesaria y proporcionada en relación con el objetivo perseguido es necesario analizar caso por caso y atender a diversos criterios. Algunos de estos criterios pueden ser la seriedad de la infracción cometida, el tiempo que haya residido en el país del que va a ser expulsado, el tiempo que lleva con su pareja, si su pareja conocía su situación personal con anterioridad, la existencia de hijos, la edad de dichos hijos...⁶¹ A este respecto, el artículo 246.2 del RLOEX menciona que “en el caso de que el extranjero tenga a cargo menores escolarizados, no procederá la ejecución de la sanción de expulsión hasta la finalización del curso académico salvo que el otro progenitor sea residente en España y pueda hacerse cargo de ellos”.

Por otro lado, es importante recordar que, en todas las medidas adoptadas en materia de inmigración por tribunales, autoridades administrativas e instituciones públicas o privadas en general, debe imperar siempre el interés superior del menor (artículo 3 Convención sobre los Derechos del Niño). Esto lo tiene muy en cuenta la DR en su artículo 10.2 ya que limita la expulsión de menores no acompañados cuando no esté garantizado que vayan a tener una recepción adecuada (por familia, tutores, servicios de acogida...) en su país de origen. En la Resolución 2021/C 445/04 del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020 mencionada recientemente en una resolución⁶² sobre la aplicación de la Directiva de Retorno ha ido más allá defendiendo que “los menores no acompañados no deben ser retornados, salvo que pueda demostrarse que es

⁶¹ European Union Agency for Fundamental Rights. (2011). *Fundamental rights of migrants... op.cit*

en el mejor interés del menor, y que debe informarse a los menores sobre sus derechos y las vías de recurso disponibles de una forma adaptada a ellos y en un idioma que entiendan”. Por lo tanto, este puede ser otro de los motivos que impide la ejecución de una expulsión.

En relación con ambas cuestiones, ha habido bastante debate jurisprudencial en España sobre el derecho de los padres a residir en España a raíz del derecho obtenido por sus hijos menores. Un caso muy famoso fue el caso Rendón Marín (STJUE de 13 de septiembre de 2016). El señor en cuestión era un ciudadano con nacionalidad colombiana que tenía antecedentes penales y que era padre con guardia y custodia exclusiva de dos menores de edad ciudadanos de la Unión Europea. El susodicho quería obtener una residencia temporal por circunstancias excepcionales no previstas en ninguna norma (Disposición adicional primera punto 4 del RLOEX) pero la misma se le había denegado porque el hecho de ser ascendiente de un menor español no es suficiente razón por sí misma y, principalmente, porque, en base al artículo 31.5 de la LOEX, la existencia de antecedentes penales hacía imposible la concesión. La cuestión terminó llegando al TJUE a raíz de una cuestión prejudicial planteada por el TS en la que se preguntaba si era compatible con el artículo 20 del TFUE una legislación nacional que por la tenencia de antecedentes prohibiera la obtención de un permiso de residencia por parte de un padre progenitor de dos menores ciudadanos europeos dependientes de él.⁶³

El TJUE resolvió afirmando que la negativa a permitir la residencia del padre que se encarga del cuidado efectivo y de la manutención de los menores implicaría privar indirectamente a los mismos de su derecho a residir en la Unión Europea porque supondría su salida forzosa al tener que acompañar a su progenitor. Además, incidió en la aplicación del artículo 28 de la Directiva 2004/38 que prohíbe al Estado miembro de acogida tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia “que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública”. En el presente caso se entendió que la conducta personal del interesado no

⁶³ Cruz Luna, A (2019). El derecho a obtener una autorización para residir en España de un extranjero con antecedentes penales que tiene a su cargo hijos menores ciudadanos de la Unión. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº21, 401-426

suponía una amenaza real, actual y grave para la sociedad; y que además su condena había sido suspendida y no ejecutada, por lo que no se podía dar una denegación de manera automática del permiso del progenitor a residir con sus hijos, más aún teniendo en cuenta las consecuencias (obligar a esos hijos a abandonar el territorio europeo) de la denegación. Son muchos los casos similares a este. Recientemente el TC ha amparado a una mujer chilena que estaba al cuidado de su hija, pero a la que se le había denegado su derecho a residir en España y contra la que se había dictaminado una orden de expulsión.⁶⁴

5.3.3. Motivos médicos

Las condiciones médicas y las enfermedades graves que pueda tener una persona pueden ser un obstáculo para la ejecución de una orden de expulsión. A nivel europeo, el artículo 10 de la DR sólo prevea el estado físico o mental del nacional de un tercer país como una causa que facultativamente (y no obligatoriamente) deben tener en cuenta los Estados miembros a la hora de aplazar una expulsión. No obstante, como se ha señalado en otro apartado anterior el TJUE sí que ha reconocido la obligación de conceder el efecto suspensivo al recurso en situaciones de este tipo. A su vez, el TEDH en numerosas ocasiones (STEDH de 27 de mayo de 2008) ha analizado la posible vulneración del artículo 3 del CEDH en relación a los retornos forzados de ciertos ciudadanos. Concretamente, las personas que se encuentran en una situación médica grave o con una enfermedad importante avanzada pueden sufrir un trato inhumano, cruel o degradante si en el país al que van a ser expulsados no cuentan con el acceso a tratamientos necesarios para hacer frente a su problema de salud.

Cabe señalar que en el caso concreto español la LOEX en su artículo 57.6 recoge una situación relacionada con la salud que impide que una expulsión se ejecute.: la imposibilidad de expulsar “a las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre”. Además, el artículo 246.7 del RLOEX parece extender esa protección porque recoge también que “cuando se trate de personas

⁶⁴ Iustel (23 de mayo de 2023). *El Constitucional ampara a una mujer chilena que iba a ser expulsada pese a estar al cuidado de su hija nacida en España.*

https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1233580

enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud” será correcto suspender la ejecución de la expulsión.

Dicho lo cual, el artículo 3 del CEDH no obliga a otorgar siempre un derecho de residencia en este tipo de casos. Esto queda a discreción de las autoridades nacionales, por lo que cuando la protección contra la expulsión no va acompañada automáticamente de una autorización para residir, la persona enferma se queda atrapada en un limbo. Este fue el caso de Lala, una armenia que vivía en Bélgica y que no recibió un permiso de residencia a pesar de que por problemas serios de corazón no pudo ser expulsada efectivamente. En España el artículo 126. 2 del RLOEX recoge la posibilidad de otorgar la residencia temporal a los extranjeros que “acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera de asistencia sanitaria especializada no accesible en su país de origen”. Dicho lo cual, nada asegura que en la práctica en España no pueda ocurrir lo mismo que le ocurrió a Lala porque puede ocurrir que las necesidades médicas de un inmigrante sean insuficientes para ser regularizado pero suficientes para no ser expulsado.

5.4. Obstáculos logísticos a la expulsión y otros motivos

A la hora de proceder al traslado de los inmigrantes nos podemos encontrar con diferentes obstáculos logísticos que impidan el viaje a su país de origen. Muchas veces los retornos se tienen que suspender porque no hay aeropuertos operativos en el país de origen o porque no hay rutas de vuelo disponibles. Esto suele ocurrir a menudo en el caso de países en los que hay conflictos o problemas que impiden el funcionamiento normal de los aeropuertos y del tráfico aéreo. Es lógico pensar, por ejemplo, que a raíz de la crisis nacional vivida hace un par de años en Afganistán haya sido muy difícil poder volar a ese país. La falta de vuelos también fue una tónica general durante los momentos más duros de la pandemia ya que muchos estados se cerraron herméticamente. Además, hay que tener en cuenta que la repatriación de estas personas suele suponer un coste importante para los estados, por lo que a veces les sale más rentable no proceder a la ejecución de la expulsión. Es común que hasta que no se cuente con un número importante de inmigrantes irregulares procedentes de un mismo territorio no se den estos vuelos de repatriación.

Por otro lado, la lista expuesta hasta el momento no es una lista cerrada. Se han descrito las situaciones más comunes pero eso no cierra la puerta a que pueda haber

motivos excepcionales que puedan dar pie a la inexplicabilidad de un inmigrante extranjero. Por ejemplo, la LOEX en su artículo 57.5 enumera una serie de supuestos en los que la sanción de la expulsión no puede ser impuesta salvo que el sujeto haya tenido conductas contrarias a la seguridad nacional, a los intereses de España en las relaciones con otros países, o comportamientos contrarios al orden público que supongan infracciones muy graves de la Ley de Seguridad Ciudadana. Es decir, estamos ante personas que no pueden ser expulsadas de España. Estas personas son los nacidos en España que hayan residido legalmente los últimos cinco años, los españoles de origen (artículo 17 del Código Civil) que hayan perdido la nacionalidad (artículo 24 del Código Civil) o los que perciban una prestación por tener incapacidad permanente a raíz de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, por estar en desempleo o por estar en proceso de reinserción laboral y social. Se añade también que para los residentes de larga duración se deberán tener en cuenta criterios como los vínculos creados, su familia, su edad y las consecuencias de la expulsión.

6. PROPUESTAS Y ALTERNATIVAS SOBRE LA INEXPULSABILIDAD

En este punto del trabajo se analizará qué propuestas y opciones posibles de cambio hay tomando como referencia la regulación existente en otros países europeos. Frente a la tolerancia de facto existente en España, hay algunos países europeos que cumplen con el Considerando 12 y el artículo 14.2 de la DR y tienen un sistema formal de tolerancia de las personas cuya expulsión ha sido pospuesta y suspendida. En estos casos, aunque las personas siguen teniendo la obligación de salir del país, cuentan con un documento que mejora su situación de vulnerabilidad porque, entre otras razones, acredita su situación personal. Esto facilita el defenderse, por ejemplo, ante intentos de detención e internamiento. Al final, estar documentado de alguna manera genera un mayor nivel de seguridad jurídica y abre más fácilmente la puerta a una futura posible regularización. En este sentido, algunos autores⁶⁵ han desarrollado como la propia orden de retorno puede suponer establecer un vínculo con el país que puede servir como prueba más delante de cara a una regularización. Un documento que verifique la situación de inexpulsabilidad podría entenderse como un avance en el proceso y un fortalecimiento en el vínculo.

Un país que es conocido por tener un sistema formal de tolerancia bastante asentado es Alemania. Los inmigrantes inexpulsables pueden recibir un documento llamado Duldung si las autoridades de extranjería consideran que no pueden ser deportados. Se calcula que en 2011 en total había unas 86.000 personas con este estatus, de las cuales unos 53.000 llevaban más de 10 años en Alemania. La duración del permiso suele ser bastante corta y se calcula dependiendo de la causa de inexpulsabilidad, pero suele haber posibilidad de renovación si las circunstancias persisten.⁶⁶ Ahora bien, el Duldung no se puede entender como un permiso de residencia porque certifica que la persona está obligada a salir del país en el momento en el que el motivo de inexpulsabilidad se elimine. El Duldung también obliga a la persona a vivir en el lugar en el que está afincada y a requerir un permiso si quiere desplazarse. El permiso no acaba de abrir la puerta al mercado laboral a sus tenedores, pero si permite trabajar si la oficina de inmigración lo acepta y si no hay más candidatos para el puesto de trabajo. Las personas

⁶⁵ Barbero, I (2021). When return orders are more than just a deportation receipt... op.cit

⁶⁶ Vanderbruggen, M (Flemish Refugee Action); Phelps, J (Detention Action); Sebtaoui, N (France terre d'asile); Kovats, A (Menedék); y Pollet, K (ECRE). (2014). *Point of no return... op.cit.*

con Duldung optan a recibir los mismos beneficios y ayudas que los solicitantes de asilo, y lo más interesante de todo es que el Duldung puede ser un primer paso para conseguir más adelante un permiso de residencia.⁶⁷

En otros países europeos como Grecia o Rumanía, también han sido establecidos sistemas similares. En República Checa con la suspensión de la expulsión se suele dar una visa para un año.⁶⁸ En Holanda en cambio, los “inmigrantes inexpulsables” tienen la posibilidad de obtener un permiso si demuestran que la situación no ha sido causada por su culpa, que han intentado colaborar en su salida de Holanda y si las medicaciones llevadas a cabo por las autoridades para resolver el problema (obtener documentos de viaje por ejemplo) han sido infructuosas.⁶⁹ Hay que señalar también que todos los regímenes desarrollados tienen sus problemas a la hora de aplicarse en la práctica. Asimismo, estos sistemas formales de tolerancia no dejan de ser una solución temporal a un problema más profundo que corre el riesgo de extenderse en el tiempo tal y como certifican, por ejemplo, el número de gente que en Alemania ha estado más de 10 años con un Duldung. Una opción en este sentido también sería establecer un periodo de tiempo máximo para aplazar las expulsiones.

En España las entidades sociales que están en contacto directo con los inmigrantes (CEAR, Red Acoge o Cáritas entre otras), han demandado en diversas ocasiones la regularización, ya sea a través de la vía humanitaria o mediante nuevas formas. A su vez, en el Congreso de los Diputados y el Senado se han debatido propuestas que bien han sido rechazadas, como la del Grupo Parlamentario Unidas Podemos en marzo de 2018, u otras que han terminado en mera declaraciones o solicitudes al Gobierno sin una transformación en medidas concretas.⁷⁰ Quizá las propuestas han resultado demasiado ambiciosas y conviene explorar las opciones intermedias como la alemana que no se sitúan ni en el extremo de la deportación ni en el de la regularización.

⁶⁷ Handbook Germany (14 de marzo de 2023). *Tolerated Stay (“Duldung”)*
<https://handbookgermany.de/en/duldung>

⁶⁸ European Union Agency for Fundamental Rights. (2011). *Fundamental rights of migrants... op.cit*

⁶⁹ Vanderbruggen, M (Flemish Refugee Action); Phelps, J (Detention Action); Sebtaoui, N (France terre d’asile); Kovats, A (Menedék); y Pollet, K (ECRE). (2014). *Point of no return... op.cit.*

⁷⁰ Fernández Rodríguez, N. (2020). *Inexpulsables: Un análisis jurídico y social...op.cit*

A lo largo del trabajo se ha hecho hincapié en las detenciones sistemáticas a personas en situación irregular, sus consecuencias físicas y psicológicas, y su escasa aportación a solventar la situación del migrante. Por ello para terminar conviene hablar también de las alternativas a la detención en la gestión de los procedimientos de expulsión. Es importante recordar en este sentido que la propia Directiva de Retorno en su artículo 15 obliga a los Estados a evaluar la efectividad de medidas menos coercitivas ante de proceder a detener e internar a un migrante. La Coalición Internacional contra la Detención (en adelante "IDC") define las alternativas a la detención como "toda legislación, política o práctica que permite que los solicitantes de asilo, refugiados y migrantes residan en la comunidad con libertad de movimiento mientras su situación migratoria se resuelve o mientras esperan la deportación o la expulsión del país".⁷¹ La propia IDC y otros muchos estudios de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas⁷² han defendido que las alternativas a la detención son por lo general más eficaces, humanas y baratas.

Un estudio bastante relevante en la materia es uno que evaluó tres proyectos piloto llevados a cabo en Bulgaria, Chipre y Polonia por el Programa Europeo para la Integración y la Migración (en adelante "EPIM")⁷³. Este proyecto se basó en el modelo de gestión de casos que consiste en un trabajo social de apoyo personal a lo largo de todo el procedimiento migratorio con el objetivo de conseguir resolver el caso. En todo momento el inmigrante estuvo en contacto con un encargado que le facilitó el contacto con asesores legales, las autoridades y la comunidad en general. Dicho encargado no tomaba ninguna decisión, sino que creó una relación de trabajo individualizada para facilitarle el acceso a la información, empoderarle y garantizar su bienestar. Los resultados mostraron que el 97% de los participantes siguieron vinculados y comprometidos con el procedimiento y la resolución del caso. Además, los datos también demuestran que el sistema generó un impacto positivo en su capacidad para tomar decisiones informadas, su confianza en el sistema, su bienestar y en la contribución a la

⁷¹ Sampson, R.; Mitchell, G. y Bowring, L. (2011) *Existen alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes*. Melbourne: La Coalición Internacional contra la Detención

⁷² UN High Commissioner for Refugees (2020) *Options Paper 2: Options for governments on open reception and alternatives to detention (first published 2015, revised version 2020)*, <https://www.refworld.org/docid/5523e9024.html>

⁷³ Ohtani, E. (2018) *Alternatives to detention from theory to practice. Evaluation of three engagement-based alternative to immigration detention pilot projects in Bulgaria, Cyprus and Poland*. European Programme for Integration and Migration

resolución del caso. También se demostró que este tipo de proyectos piloto necesitan relativamente poca cantidad de recursos financieros para poder echar a andar.

7. CONCLUSIONES

PRIMERA: Lograr una política efectiva de retorno es una prioridad para la Unión Europea y España, la cual puede entrar en ocasiones en disputa con los derechos humanos. La inmigración irregular es un fenómeno muy presente en toda Europa y España. Por ello, las instituciones europeas y nacionales han llevado a cabo un desarrollo normativo para poder abordar la problemática con el objetivo claro de agilizar la expulsión de los inmigrantes irregulares. En Europa la Directiva de Retorno y en España los diferentes procedimientos recogidos en la LOEX son las herramientas existentes para abordar la cuestión. Una conclusión importante que nos deja el trabajo al respecto es que la ansiada política efectiva de retorno se ve envuelta a menudo en polémicas relacionadas con los derechos humanos. Buen ejemplo de ello son las circunstancias y condiciones en las que se desarrollan en ocasiones los internamientos de los inmigrantes o algunas prácticas como las “devoluciones en caliente” en las que se carece de todo procedimiento.

SEGUNDA: Las estadísticas cuestionan la efectividad de los retornos. Tanto los datos esgrimidos en la introducción sobre la Unión Europea como los datos del Defensor del Pueblo recogidos posteriormente señalan que los retornos confirmados de inmigrantes irregulares dejan mucho que desear, lo cual viene a introducir la problemática tratada en este trabajo acerca de los “inmigrantes inexpulsables”.

TERCERA: Los “inmigrantes inexpulsables”, una realidad no abordada. Más allá del Considerando 12 y alguna otra referencia indirecta, ni la Directiva de Retorno ni la LOEX han abordado de manera concreta y extensa cual es la situación jurídica o cual es el modo de proceder cuando una persona sobre la que pesa una orden de expulsión no ha podido ser expulsada de manera efectiva resultando su residencia en el país una realidad inevitable. Esto genera que en España se de lo que se llama una tolerancia de facto. Estas personas siguen teniendo la obligación de abandonar el país, pero mientras aguardan a la ejecución de dicho retorno no se les proporciona ningún documento que acredite su situación personal. Si a esto se le suman las nulas posibilidades de regularizar su situación, se genera un coctel perfecto de vulnerabilidad al encontrarnos con personas sometidas a un limbo jurídico sin la posibilidad de avanzar hacia ninguna dirección más allá de al mercado negro, la explotación y los continuos internamientos en CIEs. En

resumidas cuentas, la irregularidad se constituye en un hecho estructural y crónico que condena al individuo a un permanente estado de excepción.

CUARTA: Los problemas administrativos como gran causa de inexpulsabilidad y como gran cuestión a resolver. Se ha podido comprobar que existen muchas causas que puedan dar pie a una situación de inexpulsabilidad: cuestiones procesales, familiares, médicas, logísticas... No obstante, en la mayoría de los casos es común que haya algún problema con la identificación o documentación de los implicados, lo cual suele llevar a que los estados de origen rechacen la readmisión de los que en teoría son sus ciudadanos. En este sentido, y tras los limitados avances de los últimos tiempos, resulta necesario llevar a cabo una política activa europea con el objetivo de avanzar en la negociación de nuevos acuerdos de readmisión. Generar los incentivos oportunos para que los terceros estados decidan colaborar en materia de readmisión se considera fundamental para que los procedimientos de expulsión consigan llegar a buen puerto en más ocasiones.

QUINTA: Necesidad de establecer alternativas mientras dure la inexpulsabilidad. Siguiendo el modelo de otros países como Alemania, se considera necesario proporcionar a estas personas una confirmación escrita de su situación. Un documento de carácter temporal que sirva de protección ante controles policiales y que recoja sus derechos y obligaciones se observa como algo fundamental para mejorar la situación de este colectivo. A su vez, deberían potenciarse alternativas diferentes a la detención y al internamiento en los procedimientos de expulsión porque los estudios respaldan su impacto positivo.

8. BIBLIOGRAFÍA

- Aguelo Navarro, P y Granero Sánchez, H. (27 de abril de 2015). *Comentarios a vuelapluma sobre la sentencia del TJUE de 23.04.2015*. <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/comentarios-a-vuelapluma-sobre-la-sentencia-del-tjue-de-23-04-2015/> (último acceso el 20 de mayo de 2023).
- Aranago, J; Mahía, R; Moya, D; y Sánchez-Montijano, E. (2018). *Inmigración y asilo, en el centro de la arena política. Anuario CIDOB de la Inmigración 2018*. Barcelona: Elisabet Mañé.
- Asín Cabrera, M^oA. (2008). Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: Especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular. *Revista de derecho constitucional europeo*, n^o10, 165-188
- Barbero, I (2021). When return orders are more than just a deportation receipt: Transit Migration and Socio-legal meanings of administrative documents, *Journal of Immigrant & Refugee Studies*.
- Burgos Goye, M^aC. (2020). Las devoluciones en caliente vigentes en Ceuta y Melilla. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n^o53, 63-84
- Comisión Europea (29 de septiembre de 2016). *Paquetes septiembre de procedimientos por incumplimiento: principales decisiones*. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ES/INF_22_5402 (última vez visitado el 19 de junio de 2023)
- Comisión Europea (29 de septiembre de 2022). *Paquetes de procedimientos de infracción de septiembre: principales decisiones*. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ES/INF_22_5402 (última vez visitado el 19 de junio de 2023)
- Consejo General Abogacía Española. (20 de enero de 2014) *Inmigrantes que no pueden ser expulsados de España pasan por los CIE “una y otra vez”*. <https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/comentarios-a-vuelapluma-sobre-la-sentencia-del-tjue-de-23-04-2015/> (último acceso el 3 de junio de 2023).
- Cruz Luna, A (2019). El derecho a obtener una autorización para residir en España de un extranjero con antecedentes penales que tiene a su cargo hijos menores ciudadanos de la Unión. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n^o21, 401-426
- Defensor del Pueblo (2021). *Informe Anual 2021. Mecanismo Nacional de Prevención (MNP). Anexo B. Datos estadísticos sobre la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros (CIE)*.
- European Union Agency for Fundamental Rights. (2011). *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union*. Luxemburgo

- Eurostat (11 de mayo de 2023). *Enforcement of immigration legislation statistics*. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Enforcement_of_immigration_legislation_statistics&oldid=566540 (último acceso el 25 de mayo de 2023).
- Fajardo del Castillo, T. (2009). La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº33, 453-499
- Fernández Rodríguez, N. (2020). Inexpulsables: Un análisis jurídico y social de su realidad en España. *Revista de Estudios Fronterizos del Estrecho de Gibraltar*, nº8, 1-16
- Ferrer-Gallardo, X; y Gabrielli, L (2018). Estados de excepción en la excepción del estado. Ceuta y Melilla. Icaria Editorial.
- Gil Blanco-Rajoy, J.J. (2020). Garantías procedimentales convertidas en papel mojado: Legalidad de los rechazos en frontera a la luz del Convenio Europeo Derechos Humanos. *Icade. Revista de la Facultad de Derecho*, nº110, 1-34
- Handbook Germany (14 de marzo de 2023). *Tolerated Stay (“Duldung”)* <https://handbookgermany.de/en/duldung> (último acceso el 7 de junio de 2023).
- Iberley (4 de octubre de 2022). *Denegaciones y prohibiciones de entrada en España por los extranjeros*. <https://www.iberley.es/temas/denegaciones-prohibiciones-entrada-espana-extranjeros-63081> (último acceso el 15 de junio de 2023).
- Iustel (23 de mayo de 2023). *El Constitucional ampara a una mujer chilena que iba a ser expulsada pese a estar al cuidado de su hija nacida en España*. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1233580 (último acceso el 7 de junio de 2023).
- Jarrín Morán, A; Rodríguez García, D; y De Lucas, J (2012). Los centros de internamiento de extranjeros en España: Origen, funcionamiento e implicaciones jurídico-sociales. *Documentos CIDOB Migraciones*, nº26, 1-16
- Martínez Escamilla, M., y Sánchez Tomás, J. M. (2015). Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas “devoluciones en caliente”. *Proyecto I+D+i “Iusmigrante” (DER 2011-26449)*.
- Moya-Malapeira, D. (2002). La devolución de extranjeros en el ordenamiento jurídico español. *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 62, 189–262.
- Moya Malapeira, D.(2008). La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº10, 101-164
- Navarro Manich, J.A (2015). La ejecución forzosa de las órdenes de expulsión mediante detención, privación de libertad e inmediata expulsión. *En Martínez Escamilla, M. Detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras. Iusmigrante*

- Ohtani, E. (2018) *Alternatives to detention from theory to practice. Evaluation of three engagement-based alternative to immigration detention pilot projects in Bulgaria, Cyprus and Poland*. European Programme for Integration and Migration
- Pérez-Sales, P (2009). *Situación de los Centros de Internamiento de Extranjeros en España. Informe técnico de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado en el marco del estudio europeo DEVAS*. Madrid.
- Rodríguez-Candela, J. L., y García-España, E. (1996). La devolución del extranjero en España. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, nº 5, 1338–1350
- Sampson, R.; Mitchell, G. y Bowring, L. (2011) *Existen alternativas: Manual para la prevención de la detención innecesaria de migrantes*. Melbourne: La Coalición Internacional contra la Detención
- Tolosa Tribiño, C. (2013). La devolución de extranjeros: comentario a la STS de 12 de marzo de 2013. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº33, 221-225
- Tribunal de Cuentas Europeo (2021). *Informe especial. Cooperación de la UE con terceros países en materia de readmisión*. Luxemburgo.
- UN High Commissioner for Refugees (2020) *Options Paper 2: Options for governments on open reception and alternatives to detention (first published 2015, revised version 2020)*, <https://www.refworld.org/docid/5523e9024.html> (último acceso el 10 de junio de 2023).
- Vanderbruggen, M (Flemish Refugee Action); Phelps, J (Detention Action); Sebtaoui, N (France terre d'asile); Kovats, A (Menedék); y Pollet, K (ECRE). (2014). *Point of no return: The futile detention of unreturnable migrants*. Bruselas: Els Keytsman
- Weatherhead, Katharine. (2016). Expulsar a los “no expulsables”. *Revista Migraciones Forzadas* nº51, 75-76

9. NORMATIVA

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. Diario Oficial de la Unión Europea L 348, 24.12.2008, p. 98–107

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección

internacional (texto refundido). Diario Oficial de la Unión Europea L 180, 29.06.2013, p.96-116

Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Diario Oficial de la Unión Europea. L 339, 19.12.2017, p. 83–159

Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (versión codificada). Diario Oficial de la Unión Europea. L 77, 23.3.2016, p. 1–52

Resolución (UE) 2021/C 445/04 del del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre la aplicación de la Directiva sobre retorno (2019/2208(INI)). Diario Oficial de la Unión Europea C 445, 29.10.2021, p. 28–35

Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. (BOE nº252, de 21 de octubre de 1978).

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. (BOE nº243, de 10 de octubre de 1979).

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. (BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990)

Instrumento de adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954. (BOE nº159, de 4 de julio de 1997)

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 10, de 12 de enero de 2000)

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 (BOE nº 103, de 30 de abril de 2011)

10. JURISPRUDENCIA

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996, Caso Ahmed v. Austria (Application nº 26565/05)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 mayo de 2008, Caso N. v. Reino Unido (Application nº 25964/94)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de marzo de 2010, Caso Abdolkhani y Kariminia v. Turquía (Application nº 30471/08)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2011, Caso Boultif v. Suiza (Application nº 54273/00)

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2020, Caso N.D y N.T v. España (Application nº 8675/15 y 8697/15)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 17 de febrero de 2009, Elgafaji, C-465/07, (ECLI:EU:C:2009:94)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 30 de noviembre de 2009, Kadzoev, C-357/09, (ECLI:EU:C:2009:741)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 6 de diciembre de 2011, Achughbalian, C-329/11, (ECLI:EU:C:2011:807)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 5 de junio de 2014, Mahdi, C-146/14, (ECLI:EU:C:2014:1320)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2014, Abdida, C-562/13, (ECLI:EU:C:2014:2453)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2015, Zaizoune, C-38/14, (ECLI:EU:C:2015:260)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 7 de junio de 2016, Affum, C-47/15, (ECLI:EU:C:2016:408)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de septiembre de 2016, Rendón Marín, C-165/13, (ECLI:EU:C:2016:675)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 20 de enero de 2022, Air Berlin, C-165/20, (ECLI:EU:C:2022:42)

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 107/1984 de 23 de viembre de 1984. (ECLI: ES:TC:1984:107)

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 21/1997 de 10 de febrero de 1997. (ECLI:ES:TC:1997:21)

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 17/2013 de 31 de enero de 2013. (ECLI: ES:TC:2013:17)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) rec 7326/2003 de 16 de octubre de 2006. (ECLI: ES:TS:2006:6174)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº427/2010 de 27 de mayo de 2010. (ECLI: ES: TSJM:2010:7467)

.