



LA LEGALARBITRARIEDAD COMO MECANISMO JURÍDICO DE CONTROL DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR*

LEGALARBITRARINESS AS A LEGAL CONTROL MECHANISM FOR IRREGULAR MIGRATION

Héctor Silveira¹
Universidad de Barcelona

RESUMEN

En este artículo damos el nombre de legalarbitrariiedad al mecanismo que se forma en el subsistema jurídico de extranjería español con el fin de llevar a cabo los procedimientos de expulsión de personas inmigrantes. Como mecanismo jurídico surge y es el resultado de la interacción entre la legislación de extranjería, el conjunto de las decisiones administrativas y judiciales y las acciones (y no acciones) del inmigrante y de su abogado. Asimismo facilita que la policía aplique con más eficacia los procedimientos de expulsión. A continuación explicamos la construcción de la legalarbitrariiedad, su caracterización como mecanismo jurídico y presentamos tres casos de legalarbitrariiedad en el Estado de derecho español: a) identificación, detención y traslado del inmigrante a comisaría: el inicio de la práctica de la legalarbitrariiedad; b) las expulsiones exprés: cuando la legalarbitrariiedad alcanza su máxima expresión, y c) autos de internamiento colectivos: la legalarbitrariiedad se instala entre los jueces.

¹ Profesor Agregado Serra Hünter, Filosofía del Derecho.

* Este artículo se ha elaborado en el marco de la investigación que el OSPDH está realizando sobre los procedimientos de detención, internamiento y expulsión de personas inmigrantes. Quiero agradecer la colaboración y el tiempo que me han prestado todas aquellas personas que hemos entrevistado (abogados, jueces y responsables de ONGs) en el desarrollo de esta investigación. Este texto no se hubiera escrito sin sus aportaciones.

Palabras clave: *legalarbitrabilidad*, inmigración irregular, expulsiones exprés, Estado de derecho.

ABSTRACT

In this article, we aim to define legalarbitrariness as a mechanism, deployed under the Spanish legal subsystem of aliens' affairs, to carry on expulsion procedures of migrants. As a legal mechanism, it surges and results of the interaction between aliens' law, the administrative and judiciary decisions, and the actions and non-actions of the migrant and its attorney. At the same time, legalarbitrariness enables a more efficient implementation by the police officers of the procedures towards the expulsion of irregular migrants. Also, we expose the formation of legalarbitrariness (2), its characterization as a legal mechanism (3), and, finally, we present three cases of legalarbitrariness taking place under the Spanish rule of law: a) identification, arrest, and transfer of the migrant to the police station, as the inception of the legalarbitrariness praxis; b) express expulsions: when legalarbitrariness reaches its highest expression; and c) court orders of collective internment: when legalarbitrariness is installed in the judiciary.

Key words: *legalarbitrariness*, irregular migration, express expulsions, rule of law.

1. Estados expulsores que *deben* ser eficientes y eficaces

Desde los años ochenta del siglo pasado, las medidas de deportación de inmigrantes es uno de los ejes de las políticas de los Estados de la Unión Europea ante los flujos migratorios. En poco tiempo y en el contexto de la globalización económica los Estados tuvieron que poner en marcha un nuevo aparato administrativo-policial que les permitiera expulsar del territorio europeo a centenares de miles de personas inmigrantes al año. Surgieron los Estados expulsores (Silveira 2009, 2011). Lamentablemente las medidas de control y expulsión sobre los inmigrantes se han ido recrudesciendo al mismo tiempo que han ido en aumento las manifestaciones de xenofobia y racismo en la opinión pública europea. Hasta el punto en que hoy, ante una Europa sumida en una importante crisis política y amenazada de destrucción por movimientos populistas, las instituciones de gobierno europeas no saben más que promover y pedir a los Estados la realización de políticas *eficientes y creíbles* frente a la inmigración irregular². La exigencia de eficiencia ha llevado a que en los últimos años se haya producido un “giro gerencial³” en las políticas públicas. El objetivo es

² Las últimas recomendaciones de la Comisión son de este mismo mes de marzo: *Commission Recommendation of 7.3.2017 on making returns more effective when implementing the Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council*. La primera recomendación lleva por título: *Reinforced and better return capacities: (1) To address the procedural, technical, and operational obstacles to more effective returns, Member States should by 1 June 2017 reinforce their capacity to carry out the return of illegally staying third-country nationals by ensuring an integrated and coordinated approach*” (Commission Recommendation 2017, 6).

³ Ver Fernández Bessa-Brandariz (2016, 7).

conseguir el mayor número posible de expulsiones al menor coste posible. Sin embargo, esta eficacia policial requiere, como veremos, que en el momento de aplicación de los procedimientos legales establecidos existan el menor número posible de obstáculos jurídicos. Pues bien, el mecanismo de la *legalarbitrariedad* hay que situarlo en el contexto y en relación con estas políticas inmigratorias.

2.- La *legalarbitrariedad* como mecanismo jurídico de los Estados expulsores

Legalarbitrariedad es el nombre que damos en este artículo al mecanismo que se forma en el subsistema jurídico de extranjería español con el fin de llevar a cabo los procedimientos de expulsión⁴ de personas inmigrantes. Surge y es el resultado de la interacción entre la legislación de extranjería, el conjunto de las decisiones administrativas y judiciales y las acciones (y no acciones) del inmigrante y de su abogado. Como mecanismo jurídico está siempre en construcción. Se forma a partir de la ley pero se transforma en función de las interpretaciones y acciones que realizan los distintos sujetos e instituciones que intervienen en los procesos administrativos. Y se hace visible del todo en el momento último de ejecución de las medidas de expulsión. En este sentido, la *legalarbitrariedad* es un mecanismo singular, dúctil y dinámico que suele pasar desapercibido bajo el velo de los derechos, garantías e instituciones del Estado constitucional.

Los subsistemas jurídicos de extranjería están contruidos sobre el binomio “dejar entrar al que tiene papeles-expulsar al “sin papeles”. Por un lado, hay que regular la entrada de inmigrantes en función del mercado de trabajo y de las demandas de las empresas y, por otro, hay que establecer los mecanismos administrativos que permitan realizar medidas de control sobre la inmigración y, en su caso, expulsar a todos los que no tienen papeles. Estas medidas se deben realizar con eficacia pero también desde el respeto de los derechos y garantías propios de un Estado constitucional, especialmente porque hay por medio procedimientos sancionadores y de deportación de personas. La dialéctica entre derechos y eficacia administrativa determina en realidad el funcionamiento de todos los subsistemas de extranjería de los Estados de la Unión Europea. Esta dialéctica es la que también está presente en la formación de *la legalarbitrariedad* como mecanismo que vertebra del funcionamiento de los procedimientos de expulsión en el sistema jurídico-administrativo español.

Las medidas que los Estados expulsores ponen en práctica sobre los inmigrantes no son actos administrativos cualesquiera sino que contienen una carga muy importante de coacción jurídica sobre aquellos. Por ello, los procedimientos de retorno, devolución, y

⁴ Utilizo procedimientos de expulsión en un sentido amplio, incluyendo tanto a los específicos procedimientos administrativos de expulsión como también a los procedimientos de retorno y a los de devolución de personas inmigrantes. También me referiré a ellos como procedimientos de deportación.

expulsión, además de las detenciones en comisaría y las privaciones de libertad en distintos tipos de centros de internamiento para extranjeros (CIE) deben realizarse, con más razón, desde el más estricto respeto de los derechos y garantías de las personas y de los principios que regulan la actuación de los poderes públicos como, por ejemplo, los de legalidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad. Pero, como veremos, en todo aquello que afecta a los procedimientos de expulsión se le puede aplicar el refrán que dice que *del dicho al hecho hay gran trecho*.

2.1 *Del dicho al hecho hay gran trecho*

En España, la construcción del mecanismo de la *legalarbitrariedad* comenzó con la primera ley de extranjería, la Ley Orgánica 7/1985, y se ha ido consolidando con las posteriores leyes y reformas realizadas. La aplicación de la legislación sancionadora de las infracciones de extranjería pasa por tres etapas. La primera es la de la detención, la segunda tiene que ver con la elaboración del decreto sancionador, se inicia con el traslado a comisaría y puede dar lugar también a la pérdida de libertad del inmigrante si un juez instructor acepta la solicitud del internamiento realizado por la policía. Y la tercera es la de la ejecución de la sanción, que culmina con la expulsión del inmigrante del territorio, previo internamiento o no en un CIE. La vigente Ley Orgánica 4/2001, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* y el reglamento que la desarrolla (RD 557/2011), regulan los derechos y garantías de las personas inmigrantes y establecen los procedimientos sancionadores para los que incumplan con la legalidad establecida (Silveira 2003, 539-577). Pero en este tema, como en tantos otros relacionados con los derechos, lo importante es saber hasta qué punto estos se cumplen y si los inmigrantes, por ejemplo, pueden hacer el uso debido de sus derechos, especialmente aquellos que no tienen papeles. Las respuestas a estas preguntas se pueden resumir en una sola: los derechos y garantías sirven de poco al inmigrante para intentar parar las medidas de expulsión. En un porcentaje alto de los casos de devolución y expulsión se convierten en normas ineficaces que, en muchas ocasiones, no son ni ejercitadas por el inmigrante. Esta ineficacia viene producida en parte por la propia arquitectura de la ley. Es decir, los procedimientos de expulsión están regulados de tal forma que la defensa jurídica se convierte en una lucha contra el tiempo y la ejecutividad de la expulsión. Se podría decir que los requisitos y exigencias establecidas por el legislador, en la ley orgánica, y el ejecutivo, en el reglamento, logran desarmar o invalidar los instrumentos de defensa que la propia ley otorga a las personas inmigrantes. Durante los procesos de aplicación de la ley los derechos del inmigrante están como inhabilitados y se transforman en normas ineficaces en un porcentaje muy alto de los casos de expulsión. Surge la *legalarbitrariedad*. Veamos, a continuación, tres ejemplos de *legalarbitrariedad* en el Estado de derecho español.

a) identificación, detención y traslado a comisaría del inmigrante: el inicio de la práctica de la *legalarbitrariedad*

La Circular 2/2012 de la Dirección General de la Policía (DGP) establece que la policía debe identificar a personas que “infundan sospechas” y que sólo podrá trasladarse a dependencias policiales a efectos de identificación (la denominada retención para identificación) cuando se trate de personas no identificadas y “para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción”⁵. Asimismo, la Circular subraya la “improcedencia” de trasladar a inmigrantes “a las dependencias policiales por el mero hecho de que se constate su estancia irregular en España, siempre que se haya comprobado su identidad mediante documento oficial o documento que se considere válido y suficiente al efecto y *aporte domicilio susceptible de ser comprobado*” [subrayado nuestro]. Sin embargo, esta última exigencia sobre el domicilio no tiene cobertura legal. No está entre las condiciones y requisitos establecidos en los arts. 62 LOEx y 16.2 LOPSC, y tampoco estaba en el derogado artículo 20.2 LO 1/1992. Es más, antes de llevar al extranjero a comisaría, la policía debería también comprobar el domicilio que aporte verbalmente aquél con los datos que figuren en el padrón municipal de habitantes, al que tiene acceso según Disposición Adicional Quinta, apartado segundo, de la LOEx (Sánchez Tomás 2015, 69).

Mediante esta disposición ilegal de la Circular 2/2012 la autoridad gubernativa, por tanto, abre la puerta a que la policía pueda trasladar a comisaría a miles de personas extranjeras con el objetivo de iniciar un procedimiento sancionador de expulsión. Y este traslado, a su vez, permite a la policía solicitar a un juez de instrucción el internamiento del extranjero en un CIE. Estamos, por tanto, desde el punto de vista de los derechos de las personas, ante un hecho grave: la existencia de una norma administrativa que permite una actuación policial que no tiene cobertura legal. A esto hay que sumar además las posibles actuaciones (o no actuaciones) que realicen los jueces de instrucción ante las solicitudes de internamiento. Antes de pronunciarse sobre la solicitud de internamiento, los jueces, como garantes de los derechos y de la libertad del detenido, deberían supervisar las actuaciones previas de la policía durante la detención -entre ellas la conducción a comisaría por no tener domicilio-, algo que además le puede -o le debería- ser reclamado por el abogado del extranjero si considera que ha habido una detención ilegal (Sánchez Tomás 2015, 67-69)⁶.

Asimismo, la Circular 2/2012 establece claramente que los dispositivos operativos selectivos que la política ponga en práctica con fines de mantener la seguridad ciudadana, en materia de extranjería, “se dirigirán primordialmente a erradicar las redes de inmigración ilegal y la trata de personas, así como a la expulsión de aquellos extranjeros en situación irregular sujetos a procedimientos penales”. Y determina también que el desarrollo de estos dispositivos “debe evitar cualquier tipo de práctica que pudiera conllevar una restricción

⁵ Esta Circular hacía referencia al artículo 20.2 LO 1/1992 hoy derogado por el art. 16.2 LO 4/2015, vigente desde el 1 de julio de 2015. De todos modos, en cuanto al contenido el nuevo artículo es similar al anterior.

⁶ El art. 61.1.d) de la LOEx regula la detención como una medida cautelar pero la somete al cumplimiento de dos exigencias: a) que la decisión de la detención se adopte en el marco de “un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión”; y b) que esa decisión la adopte el instructor del procedimiento sancionador. Sobre la importancia del juez instructor como supervisor de los actos policiales y administrativos previos a la solicitud de internamiento ver Sánchez Tomás (2015, 67-69).

indebida de los derechos y libertades de los inmigrantes, prohibiéndose en este sentido el establecimiento de cupos de identificación o detención de extranjeros (...) evitándose igualmente actuaciones masivas o indiscriminadas basadas únicamente en criterios étnicos”. Sin embargo, a pesar de estas instrucciones, claras y precisas, diversos estudios empíricos demuestran que en innumerables ocasiones la policía identifica y detiene a las personas inmigrantes en la calle por su apariencia étnica y no sólo por considerar su conducta sospechosa (García Añón 2013). Estos controles e identificaciones policiales por perfil étnico suponen una de las quiebras más flagrantes de los principios fundamentales del Estado de derecho, entre otros el de la igualdad y la prohibición expresa de ser discriminado por nacimiento, raza o cualquier otra condición o circunstancia personal (art. 14 CE).

b) las expulsiones exprés: cuando la *legalarbitrabilidad* alcanza su máxima expresión

Las expulsiones exprés son aquellas que realiza la policía directamente desde la comisaría antes de las 72 horas de haber realizado, generalmente, una segunda detención del inmigrante⁷. Como vimos, el art. 63.7 LOEx permite que la policía efectúe la orden de expulsión en los procedimientos preferentes de “forma inmediata”. Y a la hora de aplicar la normativa sancionadora la policía se decanta especialmente por utilizar el procedimiento preferente y no, en cambio, como podría hacer en innumerables ocasiones, por el procedimiento ordinario (art. 63 bis LOEx). En realidad, habría que considerar que *de facto* los preferentes son los ordinarios y los ordinarios la excepción. El legislador determina que el preferente debe ser el procedimiento a seguir en unos supuestos determinados de la LOEx, pero en los casos en que el inmigrante se encuentre irregularmente en territorio español (art.53.1a LOEx) deja que se la policía la que decida si quiere seguir el preferente en función de la valoración que haga de unas circunstancias como que: a) haya riesgo de incomparecencia, b) el extranjero pudiera evitar o dificultar la expulsión, c) o representara un riesgo para el orden público (art. 63.1 LOEx). Estas tres opciones le dan un margen de decisión muy amplio a la policía, que se decanta por seguir este procedimiento ya que le da también más opciones para gestionar la expulsión de los irregulares. Especialmente porque en el procedimiento preferente, y esto habría que ver hasta qué punto es compatible con la Directiva de retorno, el inmigrante no tiene derecho a que se le conceda un período de salida voluntaria (art. 63.1 in fine)⁸. La policía tiene las manos libres para efectuar de forma

⁷ En el año 2013 las expulsiones desde comisaría superaron a las realizadas desde los CIE. Hubo 6462 expulsiones desde comisaría (57,8%) frente a 4726 expulsiones desde CIE (42,2%). Datos extraídos de Martínez Escamilla (2016, 17).

⁸ En este punto el legislador español está en franca contradicción con el espíritu de la *Directiva de retorno* (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) donde el legislador europeo busca promover precisamente que el inmigrante pueda volver voluntariamente a su país de origen y evitar, así, el retorno forzoso.

inmediata la expulsión, hecho que se puede producir cuando el inmigrante ya tiene firmado el decreto de expulsión. Y, por último, porque el procedimiento preferente, a diferencia del ordinario, le permite también solicitar el internamiento del inmigrante como medida cautelar tanto durante la fase de tramitación como de ejecución del expediente sancionador. Tras incoar el procedimiento de expulsión la policía puede solicitar el internamiento si contempla la posibilidad, por ejemplo, de que podrá ejecutar la expulsión antes de 60 días o, en caso contrario, dejarlo en libertad sabiendo que en una próxima detención podrá efectuar la expulsión de forma inmediata.

La estructura jurídica que ha creado el legislador para realizar las expulsiones siguiendo el procedimiento preferente está pensada para que la policía pueda actuar con la máxima eficiencia posible. Así, por ejemplo, el legislador le otorga al inmigrante muy poco tiempo, 48 horas, para que presente alegaciones tras el inicio del expediente y, además, si no las presenta y no efectúa tampoco proposición de prueba, el acuerdo de iniciación de expediente, continúa el legislador, será automáticamente considerado una propuesta de resolución lista para que la firme la autoridad competente (art. 63.5). Urgencia y automatismo. Por otro lado, la ley establece que la notificación de la propuesta de resolución que haga el instructor será notificada sólo al interesado, sin decir nada del abogado, lo que sería importantísimo para el inmigrante ya que ello le permitiría defenderse mejor ante una expulsión inminente, teniendo presente también que el legislador sólo le concede 48 horas para formular alegaciones en el trámite de audiencia. Transcurridas estas 48 horas el instructor dará traslado del expediente a la autoridad competente para que resuelva.

En todos estos procedimientos es fundamental la comunicación entre inmigrante y su abogado. El abogado, si no es a través del inmigrante, no llega a tener información sobre el procedimiento. Como veíamos, un documento tan relevante como es la resolución de expulsión el legislador no considera relevante comunicarlo también al abogado cuando, en cambio, el reglamento de la ley determina que se informe de esta resolución a la embajada o consulado del país del extranjero (art. 237 RLOEx). No costaría nada y se garantizarían mejor los derechos del inmigrante si la resolución de ejecución también fuera comunicada al abogado por la policía. Por otra parte, esta comunicación es importante que las autoridades incluso la hicieran de oficio ya que en muchas ocasiones el inmigrante tiene dificultades para contactar con su abogado, ya sea porque éste se puede encontrar a decenas de kilómetros, en la ciudad donde se le abrió el procedimiento de expulsión, y no dónde está privado de libertad a la espera de ser expulsado. El abogado defensor de su procedimiento de expulsión, generalmente de oficio, es siempre el que lo asiste en la primera detención y, puede ser distinto, al que lo asiste en la comparecencia para ser internado en un CIE y también del que lo asiste en la segunda detención. Es por ello también que este segundo abogado, que le da asistencia en la detención previa a la ejecución de la expulsión, tiene muy pocas posibilidades de paralizar la expulsión. Ya sea porque, como hemos dicho, la orden ya es ejecutiva y la policía la debe realizar antes de 72 horas (si no lo hace deberá dejar en libertad al inmigrante o solicitar su internamiento en un CIE), o porque debe elaborar un recurso en muy poco tiempo y con escasa información, a

no ser que logre contactar con el primer abogado y consiga, además, un juez de lo contencioso-administrativo acepte su demanda y paralice *in extremis* la expulsión. En relación con estos problemas y en aras de mejorar la asistencia jurídica del inmigrante recluido en un CIE, el Colegio de Abogados de Barcelona, con la colaboración económica del Ayuntamiento, ha dado un paso importante con la creación del Servicio de Orientación Jurídica (SOJ) en el CIE de Barcelona. Con el SOJ dos abogados nombrados por el Colegio se desplazan semanalmente al centro de internamiento para dar asesoramiento jurídico a los internados que lo hayan solicitado por escrito previamente a la dirección del centro. Es importante, en este sentido, que tanto el Colegio de Abogados como el Ayuntamiento de Barcelona tengan la seguridad de que todos los internados reciben la información adecuada sobre la existencia del SOJ y, además, de que los internados no tienen dificultades, sino al contrario, las máximas facilidades para presentar sus solicitudes de asistencia al SOJ.

Con las expulsiones exprés la autoridad gubernamental consigue expulsar en muy poco tiempo al inmigrante. Y lo puede hacer incluso sin necesidad de solicitar su internamiento en un CIE si dispone de la información de que antes de 72 horas dispondrá de plazas en aviones o barcos que se dirijan al país de origen del inmigrante, plazas que han sido previamente contratadas por la administración. Estas expulsiones exprés constituyen hechos muy graves desde el punto de vista del respeto de los principios de un Estado de derecho y sobre todo del daño que causan a los inmigrantes. Especialmente si se tiene en cuenta que en muchas de estas expulsiones la situación personal del inmigrante ha cambiado sustancialmente entre la primera detención y el momento de la expulsión. Pueden haber transcurrido incluso años, durante los cuales el inmigrante puede haber encontrado trabajo, vivir en familia, tener arraigo⁹. A pesar de ello, las expulsiones se realizan igualmente sin que el inmigrante en muchas ocasiones tenga posibilidad de aportar los nuevos datos sobre su situación personal. Incluso, y más grave aún, las expulsiones pueden llevarse a cabo sin las más mínimas garantías al realizarse, como hemos visto, sin asistencia letrada¹⁰ o sin la posibilidad de presentar un recurso ante el procedimiento de expulsión¹¹. El hecho de que la expulsión se realice sin que el inmigrante haya podido tener la asistencia de un abogado es un claro ejemplo de la *legalarbitrabilidad*, hecho que impregna todos los pasos y tiempos administrativos por los que transcurre el inmigrante antes de ser expulsado. Y ello se debe a que la policía de extranjería, pero también, decíamos, una parte de los jueces, *interpretan*

⁹ Ver Informe elaborado por el Servicio Jesuita a Migrantes-España (2015, 18-26).

¹⁰ Pueblos Unidos denuncia que "en muchas zonas de España no existe asistencia letrada durante la detención, lo que genera una evidente indefensión", como apuntó la Defensora del Pueblo con una recomendación sobre este asunto en su último informe anual. Y continúa "A día de hoy [22.4.2015] sólo tenemos constancia de la existencia de asistencia letrada en las expulsiones exprés en Madrid y en Baleares", en Europapress, *Expulsiones exprés: Inmigrantes arraigados, con engaños y sin abogado* (22.4.2015)

<http://www.europapress.es/epsocial/cooperacion-desarrollo/noticia-expulsiones-expres-inmigrantes-arraigados-enganos-abogado-20150422144444.html>. Ver también el Informe elaborado por Servicio Jesuita a Migrantes-España (2015).

¹¹ Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *Manual de Derecho europeo, sobre asilo, fronteras e inmigración*, Consejo de Europa (2014, 120).

que la aplicación del art. 64.1 LOEx, regulador de la ejecución de la expulsión, no requiere de la asistencia letrada. Es más, la policía en muchas ocasiones no llega a comunicar a los familiares las expulsiones o incluso hace uso de tretas y ardidés para ganar tiempo para la expulsión como, por ejemplo, engañando al inmigrante diciéndole que va a ser presentado ante un juez cuando, en realidad, está a la espera de la expulsión. Lo grave de todo esto es que incluso ya hay algunos jueces que interpretan que si la detención policial se realiza para la ejecución forzosa de una orden de expulsión no cumplida voluntariamente y, en esta detención, no se precisa de la realización “de ninguna diligencia de declaración o reconocimiento en sede policial”, no sería preceptiva la presencia del abogado asistiendo al detenido en comisaría, aunque sí la comunicación de la detención al Colegio de Abogados¹². Así, en el auto elaborado por el Juzgado de Instrucción n. 7 de Bilbao, de 15 de diciembre de 2014, se analiza si la “detención y conducción” del artículo 64.1 LOEx “es uno de los supuestos en que el legislador ha previsto una situación de privación de libertad no asimilada o distinta de la detención policial regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal” (FJ, n.6). Según el juez, una interpretación “formal” de la expresión utilizada en el art. 64 “excluye la previsión de la constatación normativa del derecho a la asistencia letrada” y tampoco un criterio sistemático “permite una interpretación favorable a la previsión del derecho” [a la asistencia letrada] ya que la finalidad de la detención es distinta de la contemplada en la normativa procesal criminal. Por ello, considera que la conducta policial “de no disponer la asistencia letrada al detenido (que lo es para ser conducido hasta la frontera en el plazo indicado), no infringe el artículo 534 del Código Penal”. Ahora bien, una vez descartada la posibilidad de que la actuación policial pudiera ser susceptible de algún ilícito penal, el juez considera también que “la situación creada en el caso planteado pone en evidencia la necesidad de que el detenido cuente con posibilidades de esa asistencia letrada, sin la cual no hubiera sido posible, quizás, que se hubiera puesto de manifiesto, a tiempo, que la resolución de expulsión había sido invalidada” (FJ, n.7). Y es que “aplicando una interpretación favorable a la efectividad de este derecho constitucional [disponer de asistencia letrada (art. 17.3 CE)] la policía podría conceder en la práctica la asistencia letrada, cuando ésta, además, es prestada “institucionalmente” por el Colegio de Abogados (FJ, n.7). Y esto debe ser así porque desde el punto de vista de la persona inmigrante, parte más débil que debe ser protegida en todo momento en sus derechos y garantías, la posibilidad permitida por el legislador de que horas antes de su expulsión del territorio no pueda disponer o pueda encontrarse de facto sin la asistencia de un abogado defensor, supone un gravísimo incumplimiento de sus derechos como persona detenida, por más que los jueces quieran distinguir entre esta detención administrativa propia de un decreto de expulsión de la detención en un procedimiento penal. De todos modos, el juez que elabora este auto es consciente de la gravedad de la situación y manifiesta en su resolución que “las normas legales aplicables no resuelven del modo que debería ser

¹² Ver el Auto n. 90576/14 de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 5 de septiembre de 2014.

exigible al legislador, el supuesto de detención administrativa por razón de materializar o ejecutar una expulsión en el plazo de 72 horas” (FJ. n.2).

Y es cierto, el legislador debe regular de una forma mucho más clara el ejercicio del derecho a la asistencia letrada, a la defensa y a la tutela judicial efectiva durante todas las fases de los procedimientos administrativos de retorno, devolución y expulsión de personas inmigrantes¹³. La concreción a la hora de elaborar la ley abre la puerta, como hemos visto, a situaciones inaceptables de *legalarbitrabilidad* y a un incumplimiento de los derechos fundamentales de las personas inmigrantes detenidas. El inmigrante, aunque esté a la espera de la ejecución de una expulsión, está detenido y privado de libertad, y por tanto, en estos casos, la policía estaría incumpliendo, desde nuestro punto de vista, los artículos 13 de la *Directiva sobre retorno*, el 17.3 CE y el 520 LECrim, entre otros. Es verdad que el art. 17.3 CE “garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales”, y el artículo 22.2 LOEx garantiza esta asistencia “en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio”. Pero si esto es así, cómo es posible entonces que se considere que entre la primera detención, cuando se inicia el procedimiento, y la segunda, cuando se ejecuta, no hay una relación de continuidad y, además, que es especialmente en la segunda cuando el extranjero más necesita de la asistencia letrada ya que está a punto de ser ejecutada la orden de expulsión, la cual, incluso puede haber sido revocada por la interposición de un recurso previo por el abogado defensor o bien puede estar recurrida con una medida cautelar de suspensión aceptada, o puede estar caducada o, es más, no haber sido notificada al inmigrante de acuerdo con los procedimientos establecidos. Por otro lado, el art. 520 LECrim establece de forma muy clara que de ningún modo el detenido puede estar sin asistencia jurídica ya que incluso en el supuesto de que no designe abogado o rehúse el encargo de designarlo el Colegio de Abogados “procederá de inmediato al nombramiento de un abogado del turno de oficio” (art. 520.5 LEC). En suma, la ejecutividad de la orden de expulsión no puede privar al inmigrante del derecho a interponer un recurso efectivo con el fin de suspender la ejecución (arts. 24 CE, 13 CEDH)¹⁴.

¹³ Al respecto ver también lo que se dice en la sentencia 132/2006 de la Audiencia Provincial de San Sebastián donde se transcribe un párrafo de una sentencia anterior donde se reconoce explícitamente que la alegación de que se ha vulnerado el derecho a la defensa, a la tutela judicial efectiva, por haberse ejecutado la expulsión antes de que el representante legal tuviera conocimiento de la expulsión, “aunque de *lege ferenda*, sería asumible por este Juzgador y sería recomendable que lo fuera en el futuro por el legislador, no puede aceptarse desde el prisma de *lege data*” (RJ, n.4) [cursiva nuestra].

¹⁴ En la interpretación y aplicación de toda esta legislación habrá que tener en cuenta también la incidencia que pueda tener la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, *sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad*, y que ya ha provocado la modificación del art. 520 LECrim por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica*.

Ahora bien, además de estos conflictos interpretativos sobre el art. 64 LOEx y, a pesar de que desde nuestro punto de vista el inmigrante debería disponer de asistencia letrada incluso durante la “detención y conducción” para ejecutar la expulsión, hay que tener en cuenta también que en las expulsiones exprés el inmigrante no se encuentra siempre en las mejores condiciones para ejercitar este derecho. Ya sea porque no dispone de toda la información o del tiempo necesario para ejercitar este derecho, bien porque la documentación que necesitaría para plantear su oposición al decreto de expulsión o sustanciar un posible recurso la tiene el abogado que lo asistió en la primera detención y no el que lo asiste ahora durante la segunda detención. Puede suceder también que el juzgado contencioso-administrativo ante el que debe interponer la solicitud de medidas cautelares esté cerrado, debiéndose dirigir, en consecuencia, al juzgado de instrucción de guardia, el cual no está en las mejores condiciones, por la sobrecarga de trabajo, para analizarlas a fondo. Esta situación de indefensión se ve agravada además cuando los decretos de expulsión no son notificados correctamente al extranjero o porque la policía se lo notifican en el mismo momento de la detención, horas antes de ser expulsados, y sin posibilidad material de poder solicitar la suspensión cautelar. Este tipo de prácticas de *legalarbitrariedad* son habituales y se viene produciendo desde hace tiempo. Ya en 2012, el Defensor del Pueblo dictó su Recomendación 154/2012, de 4 de diciembre, está claro que con poco éxito, con el objetivo de que la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior tuviera presente que entre la notificación y la ejecución de la expulsión se respetara el derecho del inmigrante a recurrir la expulsión.

Por otro lado, en este tipo de expulsiones preferentes exprés la administración gubernativa estaría también quebrantando el principio de legalidad desde otro punto de vista. Y lo estaría haciendo ya que, como sostiene Navarro Manich, a estas órdenes de expulsión inmediata se les debería aplicar el régimen jurídico general de la ejecución forzosa de actos administrativos. Es decir, la ejecución forzosa de las expulsiones exprés requiere el dictado de una resolución específica que le sirva de fundamento jurídico, tal y como establece el art. 97 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del PACAP: “Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares *sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico*” [cursiva nuestra]. Por tanto, según este artículo la ejecución de la resolución de la expulsión requiere que exista otra resolución que acuerde esa ejecución, la cual constituirá su “fundamento jurídico”. Asimismo, continúa la ley, “el órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al interesado la resolución que autorice la actuación administrativa” (art. 97.2). Esto es importante porque, como afirma Navarro Manich, en la práctica policial actual no se dicta este acto administrativo específico y, en consecuencia, “las correspondientes ejecuciones de las órdenes de expulsión (y en concreto las detenciones y privaciones de libertad)” carecerían del “fundamento jurídico” necesario, según lo requerido por el art. 97 de la Ley 39/2015 (Navarro Manich 2015, 145).

A esto habría que añadir también que estas expulsiones exprés, realizadas con medidas coercitivas (detención, internamiento) por medio, deben ser el “último recurso” y no el primero, como sucede en gran parte de los casos de expulsión, y deberían, además, respetar el principio de proporcionalidad. Hasta la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, del 23 de abril de 2015 (Asunto C-38/14) la doctrina mayoritaria de la jurisprudencia española sostenía que la primera sanción que tenía que imponer la policía a los inmigrantes que estuvieran en situación irregular en territorio español, era la de la multa, y no la expulsión, en aplicación del art. 57.1 LOEx. Sin embargo, esta doctrina y, en consecuencia esta opción, ha ido desapareciendo de las resoluciones judiciales después de que la sentencia anterior declarara que la normativa comunitaria, la Directiva 2008/115, se oponía a esta norma de la LOEx que impone, dependiendo de las circunstancias y atendiendo al principio de proporcionalidad, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, y siendo ambas medidas excluyentes entre sí (art. 57.1 LOEx).

De todos modos, a pesar del importante retroceso producido por esta sentencia europea desde mediados del año 2015, no podemos olvidar que el uso de la fuerza durante la ejecución de las medidas de expulsión no puede “ir más allá de lo razonable”, tal y como determina a nivel europeo el art. 8.4 de la *Directiva de retorno* y, a nivel interno, el art. 100.1 y 2 de la Ley 39/2015¹⁵. Así, para realizar las expulsiones exprés la policía debe, por tanto, justificar que no dispone de otros medios de ejecución menos gravosos como, por ejemplo, la multa (art. 100.1.c), que el de la detención y privación de libertad. En suma, todas estas cuestiones, como la existencia o no de una resolución específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión y la comprobación si las medidas de ejecución de la expulsión cumplen con el principio de proporcionalidad, deberían ser tenidas especialmente en cuenta y valoradas por los jueces (Navarro Manich 2015, 151-154). Tanto por los de la jurisdicción contenciosa-administrativa, que deben pronunciarse sobre el expediente de expulsión, como por los de instrucción, que lo deben hacer ante las solicitudes de internamiento.

Por todo ello, y con el objetivo de disminuir al máximo las situaciones de *legalarbitrabilidad*, es muy importante que los inmigrantes cuenten con el máximo de información y asistencia jurídica posible en el momento de la detención en comisaría y cuando están internados en un CIE a la espera de la expulsión. En este sentido, hay que

¹⁵ Art. 8.4 En los casos en que los Estados miembros utilicen, como último recurso, medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de un nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, tales medidas serán proporcionadas y la fuerza ejercida no irá más allá de lo razonable. Se aplicarán según establezca la legislación nacional, de conformidad con los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad física del nacional de un tercer país de que se trate.

Artículo 100. Medios de ejecución forzosa.

1. La ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios: a) Apremio sobre el patrimonio. b) Ejecución subsidiaria. c) Multa coercitiva. d) Compulsión sobre las personas.
2. Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.

destacar la labor de ayuda que prestan todas aquellas entidades sociales que están entrando en los CIEs con personas voluntarias que entran en contacto y asisten en lo que pueden a los inmigrantes privados de libertad, muchos de ellos a la espera de ser expulsados¹⁶. La labor del Servicio de Orientación Jurídica del Colegio de Abogados de Barcelona y de todos estos voluntarios es fundamental, por ejemplo, para conseguir que el inmigrante entre en contacto con su abogado, sus familiares o entre los propios abogados para coordinar la defensa.

c) autos de internamiento colectivos: la *legalarbitrariedad* se instala entre los jueces

La legislación de extranjería española divide la intervención de los jueces en relación con los procedimientos sancionadores en dos ámbitos. Por un lado, están los jueces de instrucción, quienes son los encargados de autorizar la privación de libertad de los extranjeros en los CIE y de supervisar, algunos de ellos, el cumplimiento de los derechos y garantías de aquellos mientras estén privados de libertad en éstos. Por otro lado, los jueces de lo contencioso-administrativo son los que se ocupan de resolver los recursos interpuestos ante los procedimientos sancionadores. Pues bien, en relación con la actuación de los primeros, sucede que algunos jueces dictan autos de internamiento colectivos, esto es, un mismo auto, con los mismos razonamientos y fundamentos, para 10 o más personas inmigrantes. Generalmente esto sucede en los casos de procedimientos de devolución de personas llegadas en pateras (art. 58.3b LOEx). Llama la atención de que algunos jueces de instrucción opten por realizar este tipo de iniciativas judiciales. Sobre todo si tenemos en cuenta que son los jueces responsables de velar que la privación de libertad del inmigrante se realice desde el respeto de la legalidad y de sus derechos y garantías, en particular del derecho a disponer de un intérprete y de un abogado. Y también, y sobre todo, de controlar e impedir que inmigrantes menores de edad acaben siendo privados de libertad en algún centros de internamiento. En el año 2015, según datos del Servicio Jesuita a Migrantes (SJM), fueron internados 19 menores en los Centros de Internamiento de Extranjeros de España (2016, 30). Los autos colectivos no son la mejor manera de impedir este tipo de hechos, al contrario, pueden ser los causantes de que ello suceda con más facilidad. Hay que decir también que este tipo de conductas no son tampoco ninguna novedad. Ya en el año 2011 el Defensor del Pueblo manifestó su preocupación ante el dictado de autos de internamiento colectivos y que los jueces, en consecuencia, ignorasen “las más elementales reglas de todo procedimiento administrativo, que ha de entenderse como un proceso contradictorio (art. 20.2 LOEx), gracias al cual se determina en cada caso la idoneidad o no de aplicar la medida de la devolución”¹⁷. Asimismo, debemos tener en cuenta que estas conductas no son sólo reprochables a los jueces sino también a los fiscales, quienes

¹⁶ Como, por ejemplo, Migra Studium y Pueblos Unidos (integrantes del Servicio Jesuita a Migrantes-España), SOS Racisme, Convivir Sin Racismo de Murcia, APDH de Andalucía, Mugak, Tanquem els CIEs..

¹⁷ Defensor del Pueblo, Nº exp.10022502, de 17 de marzo de 2001.

deberían manifestar su oposición a esta forma de proceder de algunos jueces, y no declararse a favor de los internamientos colectivos como están haciendo. En los procedimientos de devolución de las personas inmigrantes llegadas en pateras es dónde el Estado de derecho queda más desnudo de sus principios y garantías y donde la *legalarbitrabilidad* adquiere su máxima expresión.

3.- La construcción de la *legalarbitrabilidad*

Como hemos visto en los casos anteriores la *legalarbitrabilidad* adquiere su forma y se va haciendo cada vez más visible a medida que se van cumpliendo las distintas fases del procedimiento de expulsión. En este proceso intervienen básicamente tres elementos. En primer lugar, la legislación de extranjería que regula las sanciones y los procedimientos para aplicarlas. Las normas jurídicas ponen las bases y definen el terreno sobre el que se construye la *legalarbitrabilidad*. En segundo lugar, están los distintos actores que intervienen en la aplicación o, a veces, en la no aplicación de las normas. Policía, jueces, fiscales y abogados tienen un papel relevante en la construcción de la *legalarbitrabilidad*. Las interpretaciones y aplicaciones que realicen de las disposiciones normativa redefinen constantemente las líneas del campo de actuación de la *legalarbitrabilidad*. Y por último el inmigrante, quien en función del papel que tenga o pueda seguir frente a la maquinaria de expulsión que se instala ante él, podrá con la ayuda de su abogado, conseguir que el proceso de *legalarbitrabilidad* no se consolide, no alcance su objetivo anulando o dejando sin efecto al decreto de expulsión.

La arquitectura de la ley es fundamental para el nacimiento de la *legalarbitrabilidad* como mecanismo jurídico. Es la que determina, en primer lugar, los hechos y las acciones que habilitan a la policía a iniciar procedimientos de deportación y, en segundo, quiénes intervienen en ellos, cuándo y cómo se deben realizar. Por ejemplo, que es posible expulsar a personas inmigrantes por el hecho de no tener la documentación exigida, o por tener antecedentes penales o haber cometido una infracción administrativa o un ilícito penal. Y define cuáles son los procedimientos que se deben seguir para realizar las expulsiones: de retorno, de devolución o de expulsión voluntaria o forzosa, con o sin internamiento, mediante expulsión administrativa o expulsión judicial. Algunas de estas normas y que tienen un papel relevante en la formación del mecanismo de la *legalarbitrabilidad* son, por ejemplo, las siguientes:

- a) es una infracción grave “encontrarse *irregularmente* en territorio español” (art. 53.1a LOEx),
- b) en caso de conductas graves, como la anterior, *podrá aplicarse la expulsión* del territorio (art. 57.1 LOEx);
- c) *constituye* causa de expulsión que el extranjero *haya sido condenado* por una conducta dolosa que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2 LOEx),

d) *constituye* causa de expulsión cuando el extranjero *se encuentre procesado o imputado* en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza (art. 57.7a LOEx),

e) una *medida cautelar es el “internamiento preventivo*, previa autorización judicial en los centros de internamiento “ (art. 61.1f LOEx),

f) el *procedimiento preferente será aplicable* en las infracciones previstas en el 53.1.a (*estar irregular*) si se da alguna circunstancia como: riesgo de incomparecencia o que el extranjero evitara o dificultase la expulsión o que represente un riesgo para el orden público o la seguridad pública (art. 63.1 LOEx),

g) durante la tramitación del procedimiento preferente, así como en la fase de ejecución de la expulsión que hubiese recaído, *podrán adoptarse medidas cautelares y el internamiento* (art. 63.2 LOEx),

h) la ejecución de la orden de expulsión en los supuestos previstos en el art. 63 *se efectuará de forma inmediata* (art. 63.7 LOEx), la ejecución de la orden de expulsión recaída en estos procedimientos, una vez notificada al interesado, se efectuará de forma inmediata (ar. 2362 RLOEx),

i) la excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente, establecida en el art. 21.1 LOEx, *no excluirá el derecho al recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez y de la improcedencia de declarar* administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de ella (art. 236.3 RLOEx),

j) expirado el plazo de cumplimiento voluntario sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, *se procederá a su detención y conducción* hasta el puesto de salida por el que se deba hacer efectiva la expulsión (art. 64.1 LOEx),

k) la incoación del expediente, las medidas cautelares de detención y de internamiento y la resolución de expulsión *serán comunicadas a la embajada o consulado* del país extranjero (art. 237 RLOEx).

En cursiva las partes de las normas que son relevantes para la construcción del mecanismo jurídico de la *legalarbitrariedad*. Al respecto, no es baladí, por ejemplo, que el reglamento regule las comunicaciones que debe hacer la policía a la embajada o consulado del extranjero. Esta comunicación se debe hacer ya que no es posible realizar la expulsión sin la aceptación del país de origen. Pero lo que queremos poner de relieve es que así como el legislador y el ejecutivo regulan en concreto la comunicación entre la policía y la embajada también lo podrían hacer respecto a las comunicaciones que, desde el punto de vista de los derechos y garantías del extranjero, la policía debería tener con el abogado defensor. El inmigrante estaría así mucho mejor protegido si no existiera esta laguna. Mas, al no existir esta obligación la policía puede actuar con una amplia libertad de acción a la hora de realizar las denominadas expulsiones exprés (art. 64 LOEx). Una norma que regulara expresamente las comunicaciones que debería recibir el abogado impediría también que algunos jueces pudieran interpretar, como lo hacen ahora, que la detención que regula el artículo 64 de la LOEx no requiere que la policía informe al abogado de que el inmigrante

va a ser expulsado inmediatamente. Estos jueces interpretan que la “detención y conducción hasta el puesto de salida” es una detención distinta a las habituales y que no requiere de la asistencia letrada. Este es un buen ejemplo de cómo la letra de la ley puede sufrir alteraciones de significado en función de las interpretaciones que se hagan de ella. Por ello, es muy importante que en todo lo que afecta a estos procedimientos el poder normativo deje el menor margen posible de interpretación y defina lo más precisamente que pueda el significado de las disposiciones normativas. En muchos casos la *legalarbitrabilidad* no se llegaría a producir o tendría más dificultades para consolidarse si la legislación de extranjería dibujara otra arquitectura sobre el funcionamiento de los procedimientos de expulsión y estableciera más garantías para las personas inmigrantes. Pero esto no deja de ser más que un desiderátum ingenuo porque lo importante para los Estados es que las expulsiones se puedan realizar.

La arquitectura legal es importante también porque determina el papel que ocupa el inmigrante en todo el procedimiento. Sin embargo, el papel que este pueda tener depende sobre todo de la situación personal en la que se encuentre y, sobre todo, si cuenta con la ayuda de familiares y amigos y está bien informado y asistido por su abogado o está en una situación de desamparo como sucede, por ejemplo, en los procedimientos de devolución. La situación personal del inmigrante determina, muchas veces, que haga un uso más o menos activo de sus derechos y garantías. Algo que se convierte en fundamental para evitar que la *legalarbitrabilidad* alcance su máxima forma. De todos modos, en innumerables ocasiones la oposición del inmigrante es infructuosa porque, como decíamos, la misma ley le cierra el paso. Los derechos y garantías de los inmigrantes están regulados de tal modo en los procedimientos administrativos que después, en el momento de su ejecución, difícilmente se van a convertir en obstáculos a los decretos de expulsión. Por ejemplo, cuando el legislador determina que la ejecutividad de la expulsión se realizará de manera inmediata. Esto tiene una repercusión enorme en todo el proceso ya que deja al inmigrante y a su abogado prácticamente sin tiempo y recursos para ejercitar su derecho a la tutela judicial (art. 24 CE). El mismo resultado producen también las lagunas jurídicas del propio subsistema. Como decíamos, tiene consecuencias determinantes para el inmigrante el hecho de que la ley no regule expresamente las notificaciones que la policía debería comunicar, además de al inmigrante, también a su abogado defensor. Otros factores que pueden influir en la conducta del inmigrante son, por ejemplo, si está o no suficientemente informado de sus derechos, si está o no bien asistido por el abogado defensor, si tiene contactos personales a los que pedir ayuda, si conoce el idioma o lo asiste un traductor que le ayude a comprender lo que la policía le está comunicando¹⁸ o que le explique el funcionamiento y el verdadero significado de los actos administrativos que realiza la policía y las personas que entran en contacto con él, como el abogado de oficio, al cual, muchas veces, no identifica como su defensor. Todo esto es fundamental para conseguir que el inmigrante, sobre todo, cuando vuelve a ser puesto en libertad después de que la policía lo haya detenido para abrirle un procedimiento de expulsión, intente paralizar la futura expulsión,

¹⁸ Por ejemplo, en el CIE de Barcelona no hay un servicio de traducción permanente; para que lo haya el inmigrante o su abogado lo debe pedir expresa y puntualmente.

que se ejecutará de forma inmediata tras una segunda detención, interponiendo un recurso contra esa orden.

De poco o nada sirven los derechos y garantías si las personas que los deben utilizar los desconocen, o no disponen de los instrumentos o no están lo suficientemente empoderados para hacer uso de ellos. Cuando esto sucede, las leyes, con sus derechos y garantías, se convierten en meros instrumentos de enmascaramiento de unos hechos y de unos procedimientos jurídicos -*la legalarbitrariedad*- que la propia legislación debería impedir o corregir. Esto es algo que constatan día tras día las entidades sociales defensoras de los derechos humanos y que intentan asistir a los inmigrantes en los procedimientos de expulsión. Es más, nos atrevemos a predecir que esta situación de indefensión y desamparo en la que se encuentran las personas inmigradas se hará aún más grande ante los nefastos vientos de xenofobia y de rechazo al *otro* que imperan hoy bajo el cielo europeo.

3.- La legalarbitrariedad: entre la discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad

Desde el punto de vista del ejercicio de los poderes públicos, la *legalarbitrariedad* está situada a medio camino entre la discrecionalidad administrativa y la arbitrariedad. La doctrina jurisprudencial ha concretado el contenido de la conducta arbitraria o injusta de la administración “cuando de forma patente y clamorosa se desborda la legalidad o si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales”. Y todo esto, además, con la necesaria concurrencia del elemento subjetivo del dolo: se actúa “a sabiendas”, “con el conocimiento del contenido injusto o arbitrario de la resolución administrativa, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto administrativo (Auto 132/2006 Audiencia Provincial Gipuzkoa, RJ.5)¹⁹. En la *legalarbitrariedad* no hay una actuación arbitraria en este sentido, no hay una intención deliberada de un funcionario o de un órgano administrativo de producir un acto injusto contradiciendo la legalidad o los intereses generales. Al contrario, la actuación administrativa se mueve dentro de los márgenes establecidos por la ley y sigue el principio definido por el legislador de que no es posible admitir o aceptar que haya personas dentro del Estado sin los documentos exigidos para vivir y trabajar en él. Y es algo también distinto a la potestad discrecional que tiene todo órgano administrativo cuando la propia ley aplicable le permite “un margen más o menos amplio de libre decisión en el que puede adoptar una pluralidad de opciones o decisiones, cualquiera de ellas válidas si no rebasa ese margen” (Esteve Pardo 2011, 103).

La *legalarbitrariedad* es un mecanismo jurídico sutil y que escapa a la “comprensión” si no se hace una lectura completa del procedimiento de expulsión, desde su inicio hasta su

¹⁹ En este mismo auto se recoge que el contenido de un acto injusto o arbitrario ha sido concretado por la doctrina jurisprudencial en “una absoluta falta de competencia legalmente exigida del funcionario o autoridad”, en la “inobservancia de una norma esencial del procedimiento”, en “la ausencia de razonamiento o fundamento”, o “cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor”.

conclusión. Comienza con el proceso de *legalarbitrabilidad* “*primaria*”, que como hemos visto, consiste en la creación de las disposiciones normativas que van a regular el ejercicio del poder coactivo ante los extranjeros. En estas se ponen de manifiesto las intenciones y los objetivos principales de las políticas públicas ante el fenómeno de la inmigración irregular y que, actualmente en la Unión Europea, no son otros que los de controlar y reducir al máximo las situaciones de irregularidad administrativa. En un segundo momento está la *legalarbitrabilidad secundaria*, consistente en el conjunto de decisiones y actos administrativos y judiciales que se van adoptando a lo largo de la aplicación del procedimiento y que concluyen con la expulsión del inmigrante. En este punto es importante, como decíamos, el papel que pueda jugar en su defensa el propio inmigrante junto con su abogado. La *legalarbitrabilidad* nace de la interacción entre estos dos procesos. Su resultado es un acto de expulsión ante el cual el inmigrante se ha encontrado *de facto* con muy pocas posibilidades de defenderse y de ejercer sus derechos con el fin de evitar precisamente la expulsión. La ejecución de las leyes de extranjería, a pesar de que contienen derechos y de la regulación que hacen de la actuación de los poderes públicos, produce unos resultados similares a los de un acto arbitrario: esto es, la inobservancia o el incumplimiento de los derechos y garantías de las personas inmigradas que van a ser expulsadas. En el subsistema jurídico de extranjería del Estado de derecho español los derechos y garantías existentes no protegen eficazmente al inmigrante. De ahí que calificamos a la suma de estas normas y de los actos administrativos y judiciales que se adoptan de *legalarbitrarios*, tanto por el resultado que producen como por la forma cómo se producen.

En suma, la *legalarbitrabilidad* viene a poner de manifiesto que desde un punto de vista legal, los Estados expulsores cumplirían, en un primer momento, con las exigencias del Estado de derecho para ejecutar medidas de expulsión. Sin embargo, esto no es más que una apariencia, ya que *de facto* estos derechos tienen una incidencia muy pequeña y, en la mayoría de los casos de expulsión, son ineficaces para los inmigrantes. Poniendo en práctica la *legalarbitrabilidad* los Estados expulsores pueden cumplir con el objetivo de realizar el mayor número posible de expulsiones.

BIBLIOGRAFÍA

- Esteve Pardo, José (2011), *Lecciones de Derecho administrativo*, Marcial Pons, Barcelona.
- Fernández Bessa, C. y Brandariz García, J.A. (2016), “Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica. El giro gerencial del dispositivo de deportación”, en *InDret*, n. 4.
- García Añón J. y otros (2013), *Identificación por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- Martínez Escamilla, M. (coord.) (2015), *Detención, Internamiento y Expulsión Administrativa de personas extranjeras*, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, Madrid.
- Martínez Escamilla, M. (2016), “Centros de Internamiento para extranjeros. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, en *RECPC* 18-23.
- Navarro Manich, J.A. (2015), “La ejecución forzosa de las órdenes de expulsión mediante detención, privación de libertad e inmediata expulsión: la necesaria habilitación previa mediante acto administrativo dictado de conformidad con el principio de proporcionalidad”, en M.M. Escamilla (coord.), *Detención, Internamiento y Expulsión Administrativa de personas extranjeras*, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, Madrid.
- Sánchez Tomás, J.M., (2015): “Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular: marco comunitario e internacional”, en M.M.Escamilla (coord.), *Detención, Internamiento y Expulsión Administrativa de personas extranjeras*, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ, Madrid.
- Servicio Jesuita a Migrantes-España (2015), *CIE y Expulsión exprés, Informe CIE 2014*. Madrid.
- Servicio Jesuita a Migrantes-España (2016), *Vulnerables, vulnerabilizados. Informe CIE 2015*. Madrid.
- Silveira, Héctor (2003), “Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en AA.VV., *Sistema penal y problemas sociales*, R. Bergalli (coord.), Tirant lo Blanc, Valencia.
- Silveira, Héctor (2009), “Estados expulsores y *semipersonas* en la UE”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 43, 2009.
- Silveira, Héctor (2011), “Análisis de los datos de las personas extranjeras detenidas, internadas y expulsadas en España, Grecia, Italia y Portugal (2000-2009)”, en *Crítica penal y Poder*, n.1.
- Silveira, Héctor (2012), “Biopolítica de Estados expulsores”, en *Política y sociedad*, v l. 49, n. 3.

Invierno 2017