

CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 4 DE SEPTIEMBRE DE 2025, ADRAR, EN EL DERECHO ESPAÑOL DE EXTRANJERÍA Y EN LA PRÁCTICA DE LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN EN FUNCIONES DE GUARDIA Y DE LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

CARLOS CARDENAL DEL PERAL¹

Cómo citar/Citation

Cardenal del Peral, C. (2025).

Consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de septiembre de 2025, *Adrar*, en el derecho español de extranjería y en la práctica de los juzgados de instrucción en funciones de guardia y de los juzgados de lo contencioso-administrativo. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 82, 301-317.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.82.09>

Resumen

El derecho de la Unión Europea ha demostrado tener una fuerza arrolladora, susceptible de derribar institutos jurídicos de gran raigambre en los Estados miembros cuando se trata de garantizar el efecto útil de sus disposiciones.

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) *Adrar*² es un ejemplo paradigmático de lo anterior, ya que afecta de lleno a la irrecurribilidad del acto administrativo firme, introduce modulaciones a la cosa juzgada negativa y a la preclusión de alegaciones y afecta a la regulación de las medidas cautelares previas del proceso contencioso-administrativo, todo en aras de una tutela judicial efectiva de derechos fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

El carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE obliga a una interpretación conforme y, allí donde no sea posible, a la inaplicación de los preceptos de la Ley

¹ Magistrado especialista de lo contencioso-administrativo. Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

² Sentencia de 4 de septiembre de 2025, *Adrar*, C-313/15 PPU, EU:C:2025:647.

Orgánica de Extranjería (LOEx) que regulan la prohibición de entrada, la devolución, la expulsión y el internamiento, así como de los preceptos de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) que dan cauce procesal a las peticiones de suspensión de la expulsión como medida cautelar e incluso a reconsiderar algunos aspectos de la jurisprudencia del TS.

El cumplimiento del derecho de la Unión en este ámbito afectará a la práctica diaria de los juzgados de instrucción en funciones de guardia y de los juzgados de lo contencioso-administrativo. La efectiva implementación de la sentencia comentada pasa necesariamente por la interoperabilidad entre diferentes juzgados y administraciones, así como por una especial y mayor formación de los jueces de instrucción en esta materia.

Palabras clave

Principio de efectividad; acto firme y consentido; expulsión; internamiento con fines de expulsión; principio de no devolución; vida familiar; interés del menor; Directiva de Retorno; cosa juzgada.

CONSEQUENCES OF CJUE JUDGEMENT OF 4 SEPTEMBER 2025, *ADRAR*, ON SPANISH IMMIGRATION LAW AND ON THE PRACTICE OF CRIMINAL INVESTIGATION JUDGES ON DUTY FUNCTIONS AND OF ADMINISTRATIVE JUDGES

Abstract

European Union law has proven to have overwhelming force, capable of dismantling deeply rooted legal institutions in the Member States whenever it is necessary to guarantee the effective application of its provisions.

The judgment *Adrar* is a paradigmatic example of this, as it directly affects the non-appealability of final administrative acts, introduces modifications to the principle of *res iudicata* in its negative dimension and to the preclusion of claims, and impacts the regulation of interim measures in administrative litigation—all in the name of ensuring effective judicial protection of fundamental rights recognized in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFR).

The binding nature of CJEU case law requires interpretation in conformity with EU law and, where this is not possible, the disapplication of provisions of the Spanish Aliens Act (LOEx) regulating entry bans, return, expulsion, and detention, as well as the provisions of the Spanish Administrative Jurisdiction Act (LJCA) governing applications for the suspension of expulsions as a precautionary measure, and even the reconsideration of certain aspects of the Spanish Supreme Court's case law.

Compliance with EU law in this field will affect the daily practice of both criminal investigation judges on duty and administrative courts. Effective implementation of the judgment necessarily depends on interoperability between different courts

and administrations, as well as on more specialized and extensive training of criminal investigation judges in this area.

Keywords

Principle of effectiveness; definitive decision; removal; detention for the purpose of removal; non-refoulement; family life; best interests of the child; Return Directive; *res iudicata*.

CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT DE LA CJUE DU 4 SEPTEMBRE 2025, ADRAR, SUR LE DROIT ESPAGNOL DES ÉTRANGERS ET SUR LA PRATIQUE DES JUGES D'INSTRUCTION EN SERVICE DE GARDE ET DES JUGES ADMINISTRATIFS

Résumé

Le droit de l'Union européenne a démontré une force irrésistible, capable d'écarter des institutions juridiques profondément enracinées dans les États membres lorsqu'il s'agit de garantir l'effet utile de ses dispositions.

L'arrêt Adrar en constitue un exemple paradigmatique, car il touche directement à l'irrévocabilité de l'acte administratif définitif, introduit des aménagements au principe de l'autorité de la chose jugée négative et à la préclusion des moyens, et affecte la réglementation des mesures provisoires dans le contentieux administratif — tout cela afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des droits fondamentaux reconnus dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE).

Le caractère contraignant de la jurisprudence de la CJUE impose une interprétation conforme et, lorsqu'une telle interprétation n'est pas possible, une mise à l'écart des dispositions de la loi organique sur les étrangers (LOEx) qui régissent l'interdiction d'entrée, le retour, l'expulsion et la rétention, ainsi que des dispositions de la loi sur la juridiction administrative contentieuse (LJCA) qui organisent les demandes de suspension de l'expulsion à titre de mesure provisoire, voire une remise en cause de certains aspects de la jurisprudence du Tribunal suprême espagnol.

Le respect du droit de l'Union dans ce domaine aura un impact sur la pratique quotidienne des juges d'instruction de permanence et des juridictions administratives. La mise en œuvre effective de l'arrêt suppose nécessairement l'interopérabilité entre les différentes juridictions et administrations, ainsi qu'une formation plus spécialisée et approfondie des juges d'instruction en la matière.

Mots clés

Principe d'effectivité; décision définitive; expulsion; rétention à des fins d'éloignement; non-refoulement; vie familiale; intérêt supérieur de l'enfant; Directive de Retour; chose jugée.

SUMARIO

I. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES. II. RESPUESTA DEL TJUE. III. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TJUE SOBRE EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL. IV CONSECUENCIAS PRÁCTICAS PARA LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN EN FUNCIONES DE GUARDIA. V. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS PARA LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. BIBLIOGRAFÍA.

I. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIONES PREJUDICIALES

El supuesto de hecho de la sentencia *Adrar* es el siguiente: el 11 de septiembre de 2024, un nacional argelino (identificado como GB) presentó solicitud de protección internacional en los Países Bajos y no compareció en la audiencia establecida para examinar los motivos de su solicitud. En consecuencia, el 7 de octubre de 2024 la Administración neerlandesa denegó la solicitud sin examinar el fondo del asunto. Esta resolución constituyó una «decisión de retorno» en los términos de la Directiva 2008/115^{3,4} (sobre terminología, véase Fajardo del Castillo, 2009: 464, y Quintana Carretero, 2024). GB no recurrió este acto, por lo que adquirió firmeza.

El 26 de marzo de 2025, día en que GB fue trasladado a los Países Bajos por las autoridades francesas, GB presentó una nueva solicitud de protección internacional, lo cual llevó a la Administración neerlandesa a suspender la ejecución de la decisión de retorno (lo que en términos de la Directiva 2008/115 se conoce como «expulsión»⁵). Tras oír al extranjero, el 7 de abril de 2025 la Administración informó a GB de su intención de desestimar la solicitud por manifiestamente infundada. GB retiró la solicitud, por lo que la suspensión de la decisión de retorno quedó sin efecto.

³ 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 (DO L 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 1).

⁴ El art. 3, apdo. 4), de la Directiva 2008/115 la define como «una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno».

⁵ El art. 3, apdo. 5), de la Directiva 2008/115 la define como «la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro».

Para proceder a la expulsión, el 10 de abril de 2025 la Administración internó a GB. Antes de ser internado, GB declaró que: i) temía ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes en caso de regresar a Argelia; y ii) era padre de un menor nacido en Francia del que deseaba poder ocuparse, aunque ya no tenía relación con la madre del menor, nacional argelina con permiso de residencia en Francia.

GB recurrió su internamiento. El órgano judicial (Tribunal de Primera Instancia de La Haya, sede de Roermond, Países Bajos) constató que el derecho interno no le permitía, al controlar los requisitos de legalidad del internamiento, apreciar el principio de no devolución y los demás intereses enumerados en el art. 5 de la Directiva 2008/115. «Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: a) el interés superior del niño, b) la vida familiar, c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución».

Por otro lado, el art. 9 de la Directiva 2008/115 obliga a aplazar la expulsión si se vulnera el principio de no devolución.

Por último, el art. 15.4 de la Directiva, clave para determinar el alcance del análisis de legalidad del internamiento, establece:

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 descritas en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente [...].

El órgano judicial remitente planteó dos cuestiones prejudiciales al TJUE:

- 1) ¿Deben interpretarse los artículos 5, 13, apartados 1 y 2, y 15 de la Directiva 2008/115, en relación con los artículos 6, 19, apartado 2, y 47 de la [Carta], en el sentido de que una autoridad judicial, al examinar si se cumplen los requisitos de legalidad del internamiento de un nacional de un tercer país derivados del Derecho de la Unión, está obligada a cerciorarse, en su caso de oficio, de que el principio de no devolución no se opone a la ejecución de la decisión de retorno adoptada con anterioridad y a efectos de cuya ejecución fue internado el nacional de un tercer país?
- 2) ¿Deben interpretarse los artículos 5, 13, apartados 1 y 2, y 15 de la Directiva 2008/115, en relación con los artículos 6, 7, 24, apartado 2, y 47 de la [Carta], en el sentido de que una autoridad judicial, al examinar si se cumplen los requisitos de legalidad del internamiento de un nacional de un tercer país derivados del Derecho de la Unión, está obligada a cerciorarse, en su caso de oficio, de que los intereses que se mencionan en el artículo 5 de la Directiva 2008/115 no se oponen a la ejecución de la decisión de retorno adoptada con anterioridad y a efectos de cuya ejecución fue internado el nacional de un tercer país?

II. RESPUESTA DEL TJUE

En lo que concierne a la primera cuestión prejudicial (alcance del control judicial de la legalidad del internamiento a la luz de los arts. 5, 9.1 a) y 15 de la Directiva 2008/115, interpretados de conformidad con los arts. 19.2 y 47 CDFUE), los apdos. 57 a 72 de la sentencia comentada argumentan, en resumen:

- i) el art. 15.4 de la Directiva 2008/115 obliga al juez competente para controlar la legalidad del internamiento del extranjero a valorar, como uno de los requisitos para la legalidad del internamiento inicial o de sus prórrogas, si «ha desaparecido la perspectiva razonable de expulsión», y ello «por motivos jurídicos o por otras consideraciones»;
- ii) en esos «motivos jurídicos» debe subsumirse el principio de no devolución;
- iii) dicho principio debe examinarse incluso de oficio al controlar la legalidad del internamiento del extranjero para materializar su expulsión;
- iv) el juez debe poder valorar los elementos fácticos y jurídicos invocados por la Administración, por el interesado y los que recabe de oficio, sin perjuicio del principio de contradicción;
- v) el examen es obligatorio, aunque la decisión de retorno sea firme;
- vi) el principio de no devolución es absoluto (Bollo Arocena, 2016): en ningún caso procederá el internamiento si existen razones serias y fundadas para creer que el extranjero correrá en el país de destino un riesgo real de sufrir pena de muerte, tortura o penas o tratos inhumanos o degradantes, y ello con independencia del comportamiento personal del extranjero.

En relación con la segunda cuestión prejudicial (examen del interés superior del niño y la vida familiar mencionados en el art. 5 a) y b) de la Directiva 2008/115), los apdos. 77 a 84 de la sentencia consideran igualmente aplicable la anterior argumentación (que extiende también al apdo. c) relativo al estado de salud del extranjero, relacionado con el art. 35 CDFUE).

Ahora bien, el TJUE matiza que el interés superior del menor y la vida familiar (arts. 7 y 24.2 CDFUE) no tienen carácter absoluto, por lo que pueden ser sometidos a restricciones en las condiciones del art. 52.1 CDFUE.

También apunta a un deber de cooperación leal por parte del extranjero, en virtud del cual debe informar de inmediato a la autoridad nacional competente de cualquier acontecimiento pertinente en relación con su vida familiar (y, por extensión, lo mismo cabría decir en relación con su estado de salud o con el interés superior de un menor).

Por todo ello, concluye que el juez debe comprobar de oficio si dichos intereses se oponen, por una parte, al internamiento en sí mismo considerado y, por otra, si se oponen a la expulsión en ejecución de una decisión de retorno firme.

III. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TJUE SOBRE EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

La sentencia comentada supone exceptuar o, cuando menos, modular las consecuencias jurídicas ordinarias del acto administrativo firme cuando afecta a los derechos fundamentales contenidos en los arts. 7, 19, 24.2 y 47 CDFUE.

La sentencia es categórica a la hora de afirmar que el juez debe aplicar el principio de no devolución y los demás principios del art. 5 de la Directiva 2008/115, incluso de oficio, con independencia de la firmeza del acto administrativo y en todas las fases del procedimiento de retorno, «en particular, en el momento de la adopción de una decisión de retorno, de una decisión de prohibición de entrada o de una medida de expulsión [...] o también en el internamiento a efectos de expulsión»⁶.

Veamos a continuación el grado de conformidad del derecho interno español con la doctrina del TJUE (Ripoll Carulla, 2010). Para ello recorreremos someramente los arts. de la LOEx⁷ aplicables al retorno de nacionales de terceros países (centrándonos en los aplicables a nacionales de terceros países en situación irregular).

Como hemos visto, el carácter «absoluto» del principio de no devolución (art. 19.2 CDFUE en relación con el art. 4 CDFUE) hace que resulte indiferente el comportamiento del extranjero; en particular, que no haya recurrido la decisión de retorno.

En este sentido, con carácter general, el art. 57.6 de la LOEx dispone: «La expulsión no podrá ser ejecutada cuando esta conculcase el principio de no devolución [...]». Más adelante, el art. 64.5 de la LOEx dispone: «Se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de protección internacional, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de protección internacional».

⁶ Sentencia *Adrar*, apdo. 79.

⁷ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 10, de 12 de enero de 2000, p. 1139).

En términos similares se pronuncia el art. 58.4 de la LOEx para el caso de devolución consecuencia de una prohibición de entrada.

El art. 57.6 de la LOEx parece expresarse en términos más amplios que el 64.5 o el 58.4, cuya dicción se refiere a los casos en los que una solicitud de protección internacional esté en trámite.

Sin embargo, el TJUE impone ir más allá de todos ellos: el principio de no devolución debe aplicarse no solo en sede ejecutiva, sino también al adoptar la decisión de retorno (Scuto, 2021), y debe aplicarse aunque no se haya presentado solicitud de protección internacional y aunque no se haya recurrido su inadmisión o desestimación⁸. La doctrina del TJUE impone, pues, una interpretación integrativa de estos preceptos o una aplicación directa del art. 5 de la Directiva 2008/115.

En relación con el resto de principios e intereses del art. 5 de la Directiva 2008/115, tan solo encontramos una mención en el art. 64.2 de la LOEx, que llama a tener en cuenta algunas circunstancias muy concretas en los supuestos de prórroga del plazo de cumplimiento voluntario, aplazamiento o suspensión de la ejecución de la expulsión. Es fácil advertir que estos limitados supuestos y consideraciones no se ajustan al ámbito de aplicación y al alcance de los principios del art. 5 de la Directiva tal como han sido interpretados por el TJUE.

En la aplicación de estos principios, no obstante, el comportamiento del extranjero no es del todo indiferente, si bien la sentencia no precisa en qué medida deba valorarse dicho comportamiento.

No parece que el solo hecho de no haber recurrido la decisión de retorno tenga relevancia: en tal caso, carecería de sentido imponer al órgano judicial la valoración de tales principios en sede de ejecución del acto.

La sentencia sí impone al extranjero, como hemos visto anteriormente, un deber de cooperación leal. Sin embargo, el TJUE no termina de establecer consecuencias jurídicas concretas al incumplimiento de ese deber: si el extranjero no ha informado de hechos relevantes concernientes a su vida familiar en el seno del procedimiento administrativo que dio lugar a la decisión de retorno, habiendo tenido ocasión para ello, ¿tiene este hecho consecuencias negativas a la hora de ponderar tales principios en sede de ejecución de la decisión de retorno firme? Si la respuesta fuera afirmativa, igualmente carecería de sentido imponer al órgano judicial ese examen de oficio (que comprende incluso practicar diligencias de comprobación).

⁸ Sobre la ampliación del alcance del principio de *non-refoulement*, véase Fajardo del Castillo (2009: 477).

La sentencia *K. A. y otros*⁹ (citada a su vez en la sentencia comentada) parece asimilar o reconducir esta cuestión al abuso de derecho¹⁰. Este supuesto exige valorar el comportamiento del interesado caso por caso. Algunos casos imaginables serían, quizás, haber ocultado deliberadamente información o haber suministrado información inexacta a la Administración. Cabe recordar que, conforme al art. 11.2 de la LOPJ¹¹, los jueces rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. Probablemente podría subsumirse una conducta manifiestamente contraria a dicho deber de cooperación leal del extranjero en este precepto.

Un último interrogante que se suscita, tanto en relación con el principio de no devolución como con el resto de principios e intereses de art. 5 de la Directiva 2008/115, es qué ocurre si la decisión de retorno ha sido objeto de un procedimiento judicial. Caben aquí dos escenarios:

- i) Si en el proceso judicial previo no se han ponderado estos principios, el principio de efectividad del derecho de la Unión Europea se opondría a una interpretación de los institutos procesales de cosa juzgada negativa y de preclusión de alegaciones (arts. 222 y 400 LEC^{12,13}) que impidiese dicho examen. La jurisprudencia del TJUE en materia de control judicial de cláusulas abusivas en el ámbito de la contratación con consumidores ya impuso al juez civil, en virtud del principio de efectividad, examinar la existencia de dichas cláusulas si no había habido un control judicial efectivo previo¹⁴. Lo mismo podría predicarse en la materia que ahora tratamos, salvo que pudiera justificarse una situación de abuso de

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2018, *K. A. y otros*, C-82/16, EU:C:2018:308, apdo. 105.

¹⁰ En efecto, argumenta: «El derecho de un nacional de un tercer país a que se tenga en cuenta la evolución de su situación familiar antes de adoptar una decisión de retorno no puede instrumentalizarse con la finalidad de que se reabra o prolongue de manera indefinida el procedimiento administrativo».

¹¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE* 157, de 2 de julio de 1985, p. 20632).

¹² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* 7, de 8 de enero de 2000, p. 575).

¹³ El art. 400 LEC es aplicable a la jurisdicción contencioso-administrativa en virtud de la DF 1.ª LJCA. Así lo afirma la reciente STS 279/2025, de 18 de marzo, ES:TS:2025:1187.

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 17 de mayo de 2022, *Ibercaja Banco*, C-600/19, ECLI:EU:C:2022:394, apdos. 49-51.

derecho por incumplimiento del deber de cooperación leal en los términos sugeridos anteriormente.

Podría argüirse que no estamos en el ámbito de aplicación de estos institutos procesales: el objeto de este nuevo recurso no es la decisión de retorno en sí, sino su ejecución (y las decisiones instrumentales a tal efecto, como el internamiento). Por tanto, no se daría una de las identidades necesarias para la aplicación de la cosa juzgada: la identidad de objeto. No obstante, en la medida en que la ejecución del acto administrativo se sitúa «en línea de continuación» del acto (García de Enterría y Ramón Fernández, 2020: 834) y que la ejecución del retorno («expulsión») en la mayoría de las ocasiones no da lugar a nuevos actos administrativos, resulta artificioso negar que materialmente se está recurriendo la propia decisión de retorno invocando un motivo de ilegalidad en su propia génesis que a su vez vicia la ejecución (puesto que tales principios, como se ha visto, deben observarse también en el momento de dictarse la propia decisión de retorno). De hecho, como se verá, en muchas ocasiones los letrados invocan la decisión de retorno como acto administrativo impugnado cuando solicitan cautelarmente suspender la expulsión. En cualquier caso, no está de más recordar el efecto que el principio de efectividad ha tenido y tiene sobre institutos procesales básicos de nuestro derecho interno.

- ii) Si en el proceso judicial previo sí se ponderaron tales principios, la cosa juzgada y la seguridad jurídica —que también son principios generales del derecho de la Unión Europea— llevarían a negar un nuevo examen en sede de ejecución, salvo que excepcionalmente se aporten elementos de hecho nuevos que no pudieron tenerse en cuenta en el previo procedimiento judicial.

Un apunte necesario a este respecto es que la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁵ es en parte contraria a la sentencia del TJUE, pues en ella se indica que «nuestra jurisprudencia ha señalado que las circunstancias previstas en los arts. 5 y 6.2 a 5 de la Directiva 2008/115/CE no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad [...], pues operan como excepciones a la ejecutividad de la medida de expulsión del extranjero en situación irregular, excepciones que han de apreciarse a través del procedimiento correspondiente».

¹⁵ STS 1140/2023, de 18 de septiembre, ES:TS:2023:3700, y STS 1141/2023, de 18 de septiembre, ES:TS:2023:3701.

En primer lugar, el Tribunal Supremo no aclara cuál sería ese «procedimiento correspondiente». Normalmente, la ejecución material de la resolución de expulsión («expulsión», en términos de la Directiva 2008/115) no supone el inicio de un procedimiento específico (Quintana Carretero, 2024). La Administración sencillamente lleva a efecto el acto de expulsión firme conforme dispone el art. 64.1 de la LOEx¹⁶ (Alonso-Olea García *et al.*, 2023). De hecho, la policía suele elaborar un documento en el que se limita a constatar la existencia de una resolución de expulsión, a informar de que se detiene al extranjero por ello y a informarle de la fecha de salida del vuelo (acaso pudiera ser considerado este documento como el acto administrativo de ejecución susceptible de recurso).

En segundo lugar, la jurisprudencia del TS parece negar que los principios del art. 5 de la Directiva 2008/115 sean ponderables en el momento de adoptar la decisión de retorno (y en consecuencia no analizables cuando el juez fiscaliza tal decisión) y los circunscribe a la fase de ejecución, cuando, como se ha visto, la sentencia del TJUE aquí analizada es meridianamente clara al afirmar que los principios del art. 5 de la Directiva deben ser tenidos en cuenta en todas las fases del procedimiento «desde el momento de la adopción de una decisión de retorno hasta el momento del control judicial de la ejecución de esa decisión»¹⁷.

Por último, cabe reseñar que tales principios también deben tenerse en cuenta cuando se recurre una prohibición de entrada, como afirmó la STJUE de 27 de abril de 2023¹⁸ y recuerda la sentencia objeto de estudio¹⁹.

IV. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS PARA LOS JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN EN FUNCIONES DE GUARDIA

La sentencia comentada tiene una especial incidencia en el modo de proceder del juzgado de instrucción en funciones de guardia, que habitual-

¹⁶ «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». El art. 58.3 LOEx, por otro lado, regula expresamente: «No será necesario expediente de expulsión para la devolución del extranjero en los supuestos de prohibición de entrada».

¹⁷ Sentencia *Adrar*, apdo. 68.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 2023, M. D. (Prohibición de entrada en Hungría), C-528/21, EU:C:2023:341, apdos. 89 a 91.

¹⁹ Sentencia *Adrar*, apdo. 61.

mente conoce de las solicitudes de internamiento de extranjeros en los supuestos de ejecución de órdenes de expulsión o de prohibición de entrada.

La competencia objetiva del juez de instrucción para conocer del internamiento se establece en la LOEx en los arts. 60.1 párrafo 2.º (prohibición de entrada) y 62.1, 62.6 y 64 (para el ingreso en centro de internamiento durante el procedimiento administrativo y en ejecución de la decisión de retorno). Territorialmente, será competente el juez de instrucción del lugar donde se practique la detención (art. 62.6 LOEx). Entre los juzgados de instrucción de un determinado partido judicial, las normas de reparto de asuntos atribuyen la regularización de la situación personal de todos los detenidos²⁰ al juez de instrucción en funciones de guardia, por lo tanto, también de los extranjeros objeto de una medida de internamiento.

No debe olvidarse que, además, el art. 42.5 c) del Reglamento de Aspectos Accesorios²¹ atribuye a los jueces de instrucción en funciones de guardia la función de resolver medidas cautelares del art. 135 de la LJCA²² relacionadas con actuaciones de la Administración en materia de extranjería, asilo político y condición de refugiado que impliquen expulsión, devolución o retorno, si bien únicamente cuando se justifique la necesidad inaplazable y no haya sido posible cursar la solicitud al órgano «naturalmente competente» (se entiende el juzgado de lo contencioso-administrativo) en días y horas hábiles. Por lo tanto, el juez de instrucción en funciones de guardia también se verá concernido por lo que se dirá más adelante en relación con los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Entrando en el fondo del examen de la legalidad del internamiento por parte del juez de instrucción, el art. 62.1, párrafo 2.º, de la LOEx dispone:

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

²⁰ A excepción de requisitoriados por un juez de instrucción puestos a disposición del instructor competente en horario de audiencia.

²¹ Acuerdo de 15 de septiembre de 2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (BOE 231, de 27 de septiembre de 2005, p. 31859).

²² Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE 167, de 14 de julio de 1998, p. 23516).

Pues bien, la jurisprudencia del TJUE que interpreta los arts. 5, 9.2 y 15.4 de la Directiva 2008/115 obliga a analizar de oficio, dentro de las «circunstancias concurrentes» a que se refiere este art. 62.1, párrafo 2, de la LOEx, el principio de no devolución, el interés superior del menor, la vida familiar y la salud del extranjero. Cabe, en este sentido, una interpretación conforme del derecho interno.

Así, en caso de alegarse y probarse (para lo cual el juez de instrucción puede y debe practicar, en su caso, diligencias de comprobación de oficio) que existe un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes, el juez de instrucción deberá en todo caso denegar el internamiento, dado que el derecho fundamental recogido en el art. 19.2, en relación con los arts. 2 y 4 CDFUE, tiene carácter absoluto y esa circunstancia es uno de los «motivos jurídicos» del art. 15.4 de la Directiva 2008/115 que el juez está obligado a valorar como elemento determinante de su legalidad.

El juez de instrucción en funciones de guardia también deberá tener en cuenta, con idénticas facultades inquisitivas, la afectación del internamiento en sí mismo a la vida familiar (Bollo Arocena, 2016: 114), estado de salud del extranjero e interés superior del menor, además de si tales principios impiden la ejecución de la resolución administrativa. No obstante, en estos casos, aun constatando una posible afectación a tales derechos e intereses, deberá ponderar las restantes circunstancias concurrentes (Donaire Villa, 2011), como son las mencionadas en el art. 62.1, párrafo 2.º, de la LOEx (que no constituyen un *numerus clausus*).

El examen de todos estos principios resulta preceptivo no solo cuando se pretenda internar al extranjero mientras se está tramitando el expediente sancionador que pueda concluir con una resolución de expulsión (o «decisión de retorno», en terminología de la Directiva 2008/115), es decir, el supuesto del art. 62.1 de la LOEx. De acuerdo con la sentencia comentada, también será obligatorio dicho análisis cuando se solicite el internamiento como medida cautelar en fase de ejecución de la decisión de retorno (supuesto del art. 64.1 LOEx), haya sido o no objeto de recurso administrativo o contencioso-administrativo, e incluyendo la decisión de retorno derivada de la inadmisión o denegación de una solicitud de protección internacional.

Para llevar a cabo ese control, de acuerdo con la STJUE de Gran Sala *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Examen de oficio del internamiento)*²³, el juez

²³ Sentencia de 8 de noviembre de 2022, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Examen de oficio del internamiento)*, C-704/20 y C-39/21, EU:C:2022:858, apdo. 87.

debe poder tomar en consideración los hechos y las pruebas invocados por la autoridad administrativa que ordenó el internamiento inicial. Asimismo, debe poder tomar en consideración los hechos, las pruebas y las observaciones que haya podido invocar o formular ante ella la persona afectada. Además, debe poder investigar cualquier otro elemento pertinente para su decisión en el supuesto de que lo considere necesario. Las facultades de las que goza en el marco de un control no pueden circunscribirse únicamente, en ningún caso, a los elementos presentados por la autoridad administrativa.

Surge aquí un auténtico reto para el juzgado de instrucción en funciones de guardia, ya que, para comprobar si los principios del art. 5 de la Directiva 2008/115 ya han sido ponderados por una autoridad judicial y qué documentación se aportó a dicho procedimiento judicial, para verificar las alegaciones del extranjero (Colomer Hernández, 2020), normalmente tendrá interés en analizar: i) el procedimiento administrativo que dio lugar a la orden de expulsión (pues allí el extranjero habrá tenido oportunidad de formular alegaciones y presentar documentación); y ii) en su caso, el contenido del proceso contencioso-administrativo (o incluso de familia, para valorar la existencia de vida familiar y el interés superior de un menor) ya concluido o en curso. El juez de guardia está llamado a recabar de oficio esta documentación para llevar a cabo un control eficaz de la legalidad del internamiento, ya que probablemente el extranjero, que está detenido, y su abogado, normalmente de oficio y que apenas solo habrá podido hablar con su defendido, no estarán en condiciones de aportarla por sí en ese momento.

Durante el horario de audiencia será factible oficiar de urgencia al juzgado de lo contencioso-administrativo o de familia para que remita testimonio de los autos o de los documentos relevantes. Fuera de dicho horario, será mucho más complicado, a menos que los procesos judiciales estén informatizados y el servicio informático de la Administración prestacional habilite al juez para acceder al procedimiento del juzgado de lo contencioso-administrativo o de familia.

Igualmente, durante el horario ordinario de funcionamiento de la Administración será factible recabar el expediente administrativo de expulsión del extranjero, si bien será mucho más complicado fuera de tal horario, salvo que exista un proceso contencioso-administrativo informatizado (en el que constará también el expediente administrativo) y el juez de instrucción pudiera acceder a él.

En definitiva, el exacto cumplimiento de las exigencias impuestas por el derecho de la Unión obliga a establecer medios ágiles de comunicación entre el juez de guardia, por un lado, y los juzgados de lo contencioso-administrativos y de familia y la Administración de extranjería, por otro.

Si no fuera posible recabar inmediatamente los antecedentes administrativos y judiciales necesarios para examinar los principios del art. 5 de la Directiva 2008/115, una solución a la que ordinariamente se llega en procesos penales como último recurso y en caso de verdadera necesidad es prorrogar la detención judicial hasta el día siguiente para poder practicar tales diligencias de comprobación. Esta decisión, no obstante, no parece posible teniendo en cuenta que no estamos ante una detención en el marco de una investigación por delito y, por tanto, no resulta aplicable la LECrim²⁴. La detención cautelar y la acción del juez de instrucción en este ámbito se regula en la LOEx, que no contempla expresamente la prórroga judicial de la detención. Todavía más remota es la posibilidad de que se tome una decisión de ese tipo si no se trata «simplemente» de que el extranjero permanezca detenido por decisión judicial esa noche, para recabar la información oportuna a la mañana siguiente, sino que pudiera implicar un fin de semana entero, o incluso más tiempo si enlaza con festivo.

En suma, la jurisprudencia del TJUE añade nuevas exigencias a los jueces de instrucción en funciones de guardia, en muchas ocasiones sumamente difíciles de llevar a cabo. A las dificultades puramente prácticas, se espera del juez de instrucción (y de los fiscales) un conocimiento del derecho administrativo de extranjería, que se extiende necesariamente a la jurisprudencia del TJUE y del TEDH (Scuto, 2021) sobre los principios contenidos en el art. 5 de la Directiva 2008/115, la CDFUE y el CEDH²⁵ (por aplicación del art. 52.3 CDFUE), es decir, una incursión en un ámbito jurídico especializado, ajeno a su quehacer cotidiano, en el que la práctica demuestra que no se desenvuelve con soltura y cuyo desarrollo excede con mucho el objeto de este trabajo.

V. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS PARA LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Los juzgados de lo contencioso-administrativo, en muchas ocasiones organizados también según un sistema de guardias para conocer de actua-

²⁴ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*Gaceta de Madrid* 260, de 17 de septiembre de 1882, p. 803).

²⁵ 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* 243, de 10 de octubre de 1979, p. 23564).

ciones urgentes, como medidas cautelares y cautelarísimas (arts. 135 y 136 LJCA), también se ven afectados por la sentencia.

El juez de lo contencioso-administrativo deberá tener en cuenta el principio de no devolución y los restantes principios del art. 5 de la Directiva 2008/115 cuando examine los recursos contra las denegaciones de entrada acompañadas de la orden de devolución (arts. 26 y 58 LOEx) o cuando se presenten medidas cautelares contra otras decisiones de retorno o contra las actuaciones dirigidas a ejecutarla, y, además, deberá hacerlo en todo caso, es decir: i) cuando la denegación de entrada no tenga su origen en una decisión de retorno previa; ii) cuando no se haya recurrido la decisión de retorno; iii) cuando se haya recurrido la decisión de retorno y no se hayan examinado de manera efectiva los principios del art. 5 de la Directiva 2008/115; iv) cuando, aun habiéndose examinado tales principios previamente, se aleguen hechos nuevos sobrevenidos; y v) se haya o no solicitado protección internacional.

Lo habitual es que el extranjero solicite la suspensión de la expulsión bajo las siguientes modalidades: i) como medida cautelar al tiempo que interpone demanda contra la resolución de expulsión o la denegación de entrada, es decir, contra la decisión de retorno que no es firme; o ii) como medida cautelar previa, sin acompañar demanda, incluso en los supuestos en los que la decisión de retorno es firme (normalmente por no haberla recurrido en su momento), identificando muchas veces como acto recurrido la propia resolución de expulsión.

El primer supuesto, subsumible en el art. 135 de la LJCA, no plantea problema procesal en particular.

No obstante, el segundo supuesto sí introduce un elemento de conflicto entre el art. 136 de la LJCA y la sentencia del TJUE, ya que el precepto limita la posibilidad de medidas cautelares previas a la demanda a los supuestos de inactividad y vía de hecho (arts. 29 y 30 LJCA). En los casos en los que se pretende suspender la ejecución de la decisión de retorno, es evidente que no hay vía de hecho, pero tampoco hay, en la mayoría de las ocasiones, acto administrativo objeto de recurso distinto de la propia resolución de expulsión. El documento policial elaborado en el momento de la expulsión carece normalmente de pie de recurso y puede resultar complicado defender su naturaleza de acto administrativo con sustantividad propia y efectuar tal análisis en sede cautelar. Ante tales dificultades prácticas, los letrados muchas veces identifican la resolución administrativa de expulsión, o incluso la propia actividad material de expulsión, como objeto de recurso contencioso-administrativo para pedir su suspensión.

Pese que puede resultar dudoso el encaje procesal en estos casos, la sentencia del TJUE impone dar cauce procesal a la petición de control de

la expulsión en los términos del art. 5 de la Directiva 2008/115, lo que obliga a soslayar (realmente, inaplicar) tales limitaciones.

Bibliografía

- Alonso-Olea García, B., Lacruz López, J. M., Martín Dégano, I. y Vargas Gómez-Urrutia, M. (2023). *El extranjero en el Derecho español*. Madrid: Dykinson.
- Bollo Arocena, M. D. (2016). *Expulsión de extranjeros, derecho internacional y derecho europeo*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Colomer Hernández, I. (2020). Los extranjeros y los tribunales españoles. En A. Palomar Olmeda (coord.). *Tratado de extranjería: aspectos civiles, penales, administrativos y sociales* (pp. 697-708). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Donaire Villa, F. J. (2011). Detenciones e internamiento de extranjeros. En D. Boza Martínez, F. J. Donaire Villa y D. Moya Malapeira (coords.). *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)* (pp. 291-292). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fajardo del Castillo, T. (2009). La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 33, 453-499. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-derecho-comunitario-europeo/numero-33-mayoagosto-2009/la-directiva-sobre-el-retorno-de-los-inmigrantes-en-situacion-irregular-1>.
- García de Enterría, E. y Ramón Fernández, T. (2020). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- Quintana Carretero, J. P. (2024). La inmigración en la jurisdicción contencioso-administrativa: la expulsión. En *Jornadas sobre inmigración. Colección Cuadernos Digitales de Formación, vol. 22*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Disponible en: <https://doi.org/10.62659/CF2402201>.
- Ripoll Carulla, S. (2010). La recepción por el derecho español del derecho internacional y europeo sobre extranjería. En R. Gómez Ferrer, C. Ortega Carballo y S. Ripoll Carulla. *Derechos fundamentales de los extranjeros en España* (pp. 69-108). Valladolid: Lex Nova.
- Scuto, F. (2021). Immigrazione irregolare e diritti fondamentali nella lente di Strasburgo. En J. M. Porras Ramírez (dir.) y M. D. Requena de Torre (coord.). *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos* (pp. 443-464). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.