

Extranjeros y jurisprudencia constitucional. Posibles aplicaciones penitenciarias(1)

PUERTO SOLAR CALVO

Doctora en Derecho. Jurista de Instituciones Penitenciarias

RESUMEN

El año 2023 ha sido muy fructífero en resoluciones de nuestro TC tendentes a la aplicación de las garantías jurídicas necesarias en el proceso sancionador contra ciudadanos extranjeros. Las siguientes páginas se dedican al análisis de los principales avances que han tenido lugar en la materia para, a continuación, preguntarnos por su aplicación al ámbito del derecho penal y penitenciario. Ello especialmente, en relación a aquellos casos en que concurre expulsión administrativa y cumplimiento de la privación de libertad.

Palabras clave: *Multa, expulsión, principio de proporcionalidad, reinserción, individualización.*

ABSTRACT

The year 2023 has been very fruitful in resolutions of our TC aimed at the application of the necessary legal guarantees in the sanctioning process against foreign citizens. The following pages are dedicated to the analysis of the main advances that have taken place in the matter, asking ourselves about their application to the field of criminal and penitentiary law. Specially, in relation to those cases in which administrative expulsion and deprivation of liberty come together.

Key words: *Fine, expulsión, proportionality, reintegration, individualization.*

(1) Este trabajo se encuadra en el Proyecto de investigación «Identidades colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar» (referencia: PID2022-138077OB-I00), UNED, 2024-2025.

SUMARIO: I. Breve viaje por la normativa básica. Primera escala.–II. Evolución de la jurisprudencia constitucional.–III. Breve viaje por la normativa básica. Segunda escala.–IV. ¿Se aplica el principio de proporcionalidad a los extranjeros en el circuito penitenciario?–V. Propuesta normativa.–VI. Bibliografía.

I. BREVE VIAJE POR LA NORMATIVA BÁSICA. PRIMERA ESCALA

Como se observará a lo largo del trabajo, una de las características de la normativa sobre extranjería es su complejidad. Tanto por la extensión de muchos de los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx), como por lo cambiante del contenido de los mismos(2). Por ello, comenzamos el análisis por un artículo central, o mejor, por una parte concreta del mismo, sobre el que se ha producido una evolución interpretativa muy destacada. Posteriormente, sumaremos otros preceptos y apartados que nos permitan armar la visión del conjunto. Se trata del apartado primero del artículo 57 LOEx, que aborda la expulsión del territorio nacional. De acuerdo con el mismo: «1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expe-

(2) Como refiere LEGANÉS GÓME, S., «La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015», *Diario La Ley*, n. 8579, Sección Doctrina, 2015, p. 13, tanto en relación a la normativa administrativa, como en cuanto a la normativa penal que afecta a los ciudadanos extranjeros: «Resulta obvio que los continuos cambios legales demuestran las contradicciones en esta materia, en la que no es fácil conjugar expulsión, respeto a ley y no discriminación. Es necesaria una estabilidad de la ley penal y la advertencia de los riesgos inherentes a un proceso continuado de revisión normativa contrario a la seguridad jurídica. Cualquier iniciativa legislativa en esta materia debería ir encaminada a garantizar una situación jurídica y social estable al inmigrante que permita su plena integración en la sociedad española». En la actualidad y a pesar de que los cinco nuevos reglamentos UE parecen focalizados en el asilo, lo cierto es que se espera que traigan cambios en materia de extranjería desde una perspectiva más amplia. Al respecto: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/eu-migration-asylum-reform-pact/>

diente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción».

Para conocer los supuestos de infracciones graves en los que se permite optar entre multa y expulsión, acudimos ahora al artículo 53 LOEx que enumera las mismas: «a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente. b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida. c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito. Cuando cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador. d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley. [...] f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana».

De este modo, la norma abre la posibilidad de optar entre la sanción de expulsión y multa para determinadas infracciones graves; en cuyo caso es fundamental aplicar el principio de proporcionalidad que, como hemos visto, el propio artículo 57.1 LOEx recoge. Al respecto, el ATC 603/2023, de 21 de noviembre, que versa sobre la propia constitucionalidad del artículo 57.1 LOEx, da idea de la importancia de este principio y su necesaria aplicación práctica. En concreto, el referido ATC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 5 de Barcelona, que denunciaba la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), al no incorporar el artículo 57.1 LOEx las circunstancias personales negativas o agravantes que permiten la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la de multa, en los supuestos de estancia irregular del artículo 53.1 a) LOEx. En la reso-

lución, el TC se remite a doctrina ya fijada(3) y afirma que no puede exigirse a la Ley «la inclusión de un agotador listado de criterios o circunstancias agravantes, que nunca podría abarcar todas las situaciones posibles, en cuya apreciación es esencial la labor de los órganos jurisdiccionales al examinar las circunstancias de cada caso, en ejercicio de su función revisora de la actuación administrativa». En este sentido, «la norma sancionadora puede dejar un cierto margen a la discrecionalidad judicial o administrativa, sin llegar nunca a quedar “encomendada por entero a ella”, destaca que el artículo 57.1 LOEx no contiene una habilitación en blanco a la administración pues la decisión acerca de la imposición de la sanción de expulsión está sujeta a los criterios que establece la propia LOEx, a saber: por un lado, el artículo 57, apartados 5 y 6, de la LOEx que “acota negativamente el ámbito de aplicación de la sanción de expulsión”, y por otro lado, los criterios de graduación de las sanciones previstos en el artículo 55 LOEx y, muy singularmente, el principio de proporcionalidad»(4).

De hecho, el ATC encuentra en este principio un argumento más a favor de la constitucionalidad del artículo 57.1 LOEx, teniendo en cuenta cómo aparece expresamente recogido en la redacción vigente: «los pronunciamientos de este tribunal sobre el respeto del principio de legalidad del artículo 25.1 CE por parte del artículo 57.1 LOEx, a los que nos hemos referido, se produjeron en relación con la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, mientras que aquí se cuestiona la constitucionalidad de la redacción incluida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Y, en esta última, se incluye expresamente una previsión que sujeta a la administración al deber de actuar de conformidad con unas pautas que ya habían quedado asentadas en la doctrina constitucional, al disponer que “podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa

(3) El auto se remite a la doctrina fijada en el ATC 409/2007, de 6 de noviembre; y los AATC 454/2007, 455/2007 y 457/2007, todos ellos de 12 de diciembre, que inadmitieron diferentes cuestiones de inconstitucionalidad en relación al artículo 25.1 CE y el artículo 57.1 LOEx, por no contener éste criterios ni pautas para imponer la sanción administrativa de multa o la de expulsión. Destaca también la STC 260/2007, de 20 de diciembre, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LOEx, incluido el que comentamos.

(4) DE LA PEÑA PITA, F., «El Tribunal Constitucional y la tutela de los derechos de los extranjeros en los expedientes de expulsión por estancia irregular», *Actuación Administrativa*, n. 2, Febrero de 2024, p. 3.

la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”. Esto es, la imposición de la sanción de expulsión requiere respetar en todo caso el principio de proporcionalidad, lo que implica una labor de ponderación en la decisión administrativa, y, además, se exige a la administración la tramitación de un expediente, con las debidas garantías, que concluya con una resolución en la que se motive cumplidamente que, en atención a las circunstancias fácticas del caso, procede imponer al extranjero sujeto al expediente la sanción de expulsión y no la de multa prevista inicialmente en el artículo 55 LOEx. Se añade así en la propia Ley un régimen más garantista aún, que refleja la doctrina constitucional derivada de los pronunciamientos de este Tribunal Constitucional en la materia».

Pudiendo estar más o menos de acuerdo con esta visión un tanto reduccionista de la garantía de legalidad sancionadora(5), lo cierto es

(5) Uno de los casos más llamativos de asunción descafeinada del principio de legalidad en la potestad sancionadora es el del régimen disciplinario en centros penitenciarios, que deja la determinación de las infracciones, enteramente, en manos del RP de 1981. La STC 2/1987, de 21 de enero, dio el visto bueno a esta curiosa regulación, basándose en la naturaleza especial de la relación Administración-interno y «el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la autodeterminación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución». Sin embargo, otras resoluciones comprometen esta situación que, además, ha sido bastante criticada por la doctrina. Así, la STS 61/1990, que en su FJ 8 señala: «Una cosa es, en efecto que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo a suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación –nunca supresión– a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrado y en concordancia con la intensidad de la sujeción». Al respecto, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 27-28 y 163, respectivamente, advierte que «el principio de legalidad sólo es respetado cuando los reglamentos cumplen con el cometido que tienen asignados en la pirámide normativa y que no es otro que el desarrollo de la ley». De acuerdo con el mismo autor, «la LOGP abusa de la técnica de remisiones, tanto en la cantidad, como en la importancia de los temas remitidos, lo que, en la práctica, ha originado que sea éste y no la ley el que determina y orienta el régimen penitenciario». Como señala CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 5.ª ed., Tirant lo Blanc, 2022, pp. 36-37: «Las remisiones son en ocasiones excesivas y vulneran la reserva de ley, especialmente en una serie de materias en las que, pese a afectar a derechos fundamentales, son reguladas en el RP o incluso en Circulares e Instrucciones como la sanción de aislamiento en celda, las infracciones disciplinarias o el régimen cerrado».

que, en relación con el artículo 57 LOEx, el principio de proporcionalidad se torna en eje fundamental. Ello, como hemos visto, tanto desde el punto de vista normativo del principio de legalidad, como, en el sentido que veremos a continuación, desde el punto de vista aplicativo o el momento de valorar la imposición de la sanción de expulsión. Las resoluciones que destacamos en el siguiente apartado profundizan en esta idea, aportando pautas y criterios sobre este aspecto que han revolucionado lo que se venía haciendo hasta el momento, en el contexto de los procedimientos sancionadores de extranjería. Y es que, como apunta Palomar Olmeda, «[...] la conexión con la seguridad pública de las políticas públicas sobre los mismos, han llevado, históricamente, a la configuración de un marco en el que lo relevante no era tanto el adecuado ejercicio de la potestad sancionadora sino la enervación del riesgo que producía, en términos de seguridad pública, la presencia en España de quien carece de los documentos y las autorizaciones precisas para ello. Se atendía poco al procedimiento y sus garantías» (6).

II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Por su relevancia, nos centramos primero en la STC 47/2023, de 10 de mayo, del Pleno del Tribunal, que declara expresamente que «la imposición de la sanción de expulsión sin la concurrencia de circunstancias de agravación infringe el derecho fundamental a la legalidad sancionadora» (7), al no haberse aplicado el principio de proporcionalidad. Para entender el alcance de esta resolución, veamos sus aspectos más relevantes. Desde un punto de vista general, el TC comienza recordando que el derecho fundamental a la legalidad sancionadora se reconoce en el artículo 25.1 CE, en cuya virtud «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Este precepto incorpora «la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la extiende al ordenamiento administrativo sancionador y comprende una doble garantía material, de alcance absoluto, y formal, de carácter relativo y expresiva de la necesidad de reserva de ley en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, sin perjuicio del carácter, en

(6) PALOMAR OLMEDA, A., «Las precisiones de la extranjería y la expulsión en la STS de 13 de diciembre de 2023», *Diario la Ley*, n. 10430, Enero de 2024, p. 2.

(7) PALOMAR OLMEDA, A., *Diario la Ley*, 2024, p. 12.

cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en ciertas materias»(8). A su vez, como desarrolla el TC y hemos adelantado en el anterior epígrafe, esta garantía material despliega su eficacia tanto en el plano o ámbito normativo como en el aplicativo. En el plano normativo, el TC recuerda que «comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones»(9). De este modo, la garantía de certeza opera así, en el momento de elaboración de la norma y tiene al legislador como destinatario principal. El ATC 603/2023, de 21 de noviembre, antes comentado, ejemplifica el análisis de la constitucionalidad del artículo 57.1 LOEx en su vertiente normativa. Pero de modo adicional, esta garantía de certeza despliega asimismo su eficacia en el momento de aplicación de la norma por parte de los órganos sancionadores. En este plano, la vulneración se produce «si la aplicación de la norma sancionadora ha sido irrazonable, bien porque [...] se haya desbordado el límite del sentido literal posible del precepto, bien porque, con ocasión del juicio de subsunción, no se hayan respetado los criterios metodológicos comúnmente reconocidos o los parámetros axiológicos que derivan de nuestro ordenamiento constitucional»(10).

La vulneración en el supuesto de hecho que aborda la STC deriva justamente de esta vertiente aplicativa del principio de legalidad sancionadora. Y de nuevo, en la valoración concreta del caso, el principio de proporcionalidad juega un papel fundamental. Ta y como recoge la STC, «el análisis de la vulneración denunciada debe partir del hecho de que no ha sido objeto de controversia el presupuesto que sirve de base para la sanción administrativa impuesta: la estancia irregular de doña Sofía, respecto de la que no constaba, según la resolución que ordena su expulsión del territorio nacional, que haya solicitado y se halle pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo, no acreditándose por otra parte que tenga un especial arraigo familiar o social en nuestro país». Sin embargo, lo que sí se discute es que «la resolución que acuerda la expulsión no alude en su motivación

(8) STC 47/2023, de 10 de mayo, en relación con las SSTC 42/1987, de 7 de abril; 133/1999, de 15 de julio.

(9) STC 47/2023, de 10 de mayo, en relación con la STC 146/2015, de 25 de junio.

(10) STC 47/2023, de 10 de mayo, en relación con las SSTC 219/2016, de 19 de diciembre; 42/2022, de 21 de marzo; 14/2021, de 28 de enero.

a ninguna circunstancia agravante o negativa que pudiera concurrir en la recurrente». Igualmente, «las resoluciones judiciales tampoco reflejaron ningún elemento negativo y confirmaron la resolución de expulsión basándose en la ausencia de arraigo de la ahora demandante de amparo. En efecto, las resoluciones judiciales declararon procedente la expulsión con fundamento en la aplicación directa de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Directiva 2008/115/CE(11) y en que la recurrente carecía de arraigo en España. Pero con tal argumentación, los órganos judiciales dejaron de aplicar las consecuencias previstas en la normativa española para las situaciones de estancia irregular, puesto que en nuestro derecho no está prevista la sanción de expulsión para los supuestos de mera estancia irregular de las personas extranjeras en quienes no se aprecie ninguna circunstancia agravante o negativa».

(11) En el mismo se aborda la decisión de retorno con el siguiente contenido: «1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5». Estas excepciones son, de acuerdo al mismo artículo: «2. A los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1. 3. Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1. 4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia. 5. Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6». Finalmente, conforme a dicho apartado: «La presente Directiva no impedirá a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial, si así lo dispone su legislación nacional, sin perjuicio de las garantías procedimentales previstas en el Capítulo III y otras disposiciones pertinentes del Derecho comunitario y nacional».

Como refiere el TC, «esta interpretación de los tribunales españoles que margina la normativa nacional más favorable y que otorgaba un efecto directo inverso a la Directiva de retorno es errónea y contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eficacia de esta clase de normas en los ordenamientos internos. Como señala la STJUE de 8 de octubre de 2020, «es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas» (apartado 35). Nuestro régimen de extranjería solo justificaba y justifica la sanción de expulsión para los casos de estancia irregular, en lugar de la sanción de multa (art. 55.1 b) LOEx), «en atención al principio de proporcionalidad [...], previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción» (art. 57.1 LOEx). La compatibilidad de este régimen con la normativa comunitaria fue aclarada por la citada STJUE de 8 de octubre de 2020, cuyo fallo dispuso que «cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes». Aplicado al supuesto concreto y por el anterior motivo, «con independencia de la interpretación que la jurisdicción ordinaria efectúe sobre la aplicabilidad de la sanción de multa para los supuestos de mera estancia irregular, debe concluirse que, al imponer la administración la sanción de expulsión, se infringió la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora de la recurrente a causa de una aplicación irrazonable de la norma sancionadora. La administración impuso la sanción de expulsión del artículo 57.1 LOEx, luego confirmada judicialmente con una interpretación errónea sobre la eficacia de la Directiva de retorno, a una situación de estancia irregular en la que no consta que concurriera ninguna circunstancia agravante o elemento negativo que la hubiese justificado, “en atención al principio de proporcionalidad”, tal y como dicho precepto exige para su aplicación».

Como vemos, el Tribunal Constitucional tiene en cuenta la doctrina del TJUE sobre el efecto directo vertical descendente de las

Directivas comunitarias no transpuestas en plazo, recogida por la STJUE de 8 de octubre de 2020 para un caso como el de autos. Doctrina que impide que una jurisdicción nacional aplique directamente a los particulares una Directiva no transpuesta al ordenamiento interno, cuando la normativa nacional es más favorable. Tal es así que, en el caso de ser aplicada, se vulneraría el derecho fundamental a la legalidad sancionadora(12), en su vertiente aplicativa, al infringir el principio de proporcionalidad que específicamente recoge la normativa interna.

La doctrina constitucional expuesta ha sido reiterada y ampliada en posteriores resoluciones del mismo TC implicando importantes cambios en muchos de los parámetros que se venían aplicando hasta el momento(13). Por su importancia, destacamos dos sentencias. En primer lugar, la STC 87/2023, de 17 de julio, que determina que la resolución sancionadora debe recoger las circunstancias negativas que justifican la expulsión. Este criterio es muy relevante porque se opone a la jurisprudencia del TS que sostenía: «aun cuando en la resolución en que se imponga la expulsión no se hagan constar de manera expresa [las circunstancias personales negativas], en la medida que aparezcan claramente constatadas en el expediente, nada impide que los Tribunales de lo Contencioso, al revisar esas resoluciones, puedan tenerlas en cuenta al examinar su legalidad. Otra cosa sería incurrir en un exceso de formalismo [...]»(14). Criterio que ya ha variado en las SSTS 1312/2023, de 24 de octubre; 1478/2023, de 20 de noviembre; 1537/2023, de 22 de noviembre. A su vez, en esta misma sentencia, el TC también apunta que la simple noticia de detenciones policiales no puede considerarse como circunstancia agravante negativa que justifique la expulsión, pues «se ignora cuál ha podido ser el recorrido judicial de los hechos por los que la recurrente habría sido detenida dos veces, ni desde luego consta que haya sido condenada penalmente por los mismos». Aspecto que ya estaba presente en la jurisprudencia del TS(15) y al que, recordándolo, se otorga una relevancia específica.

(12) PALOMAR OLMEDA, A., *Diario la Ley*, 2024, p. 14.

(13) Resume las diferentes resoluciones, DE LA PEÑA PITA, F., *Actualidad Administrativa*, 2024.

(14) STS 366/2021, de 17 de marzo.

(15) La STS 1247/2022, de 5 de octubre, concluyó que: «para la consideración de tales actuaciones judiciales o policiales a los efectos de que aquí se trata, es preciso que se acredite el resultado de las mismas y que ello se lleve a cabo por la Administración que adopta la decisión de expulsión, pues solo en estas circunstancias podrá valorarse su alcance y, en consecuencia, si constituyen causa que justifique la propor-

En segundo lugar, destacamos también la STC 150/2023, de 20 de noviembre, que considera que la Administración lesionó el derecho de defensa del recurrente. Explica la sentencia que, una vez incoado el expediente sancionador por estancia irregular, fue la propuesta de resolución la que incorporó las circunstancias agravantes o negativas que justificaban la expulsión, sin que tales circunstancias fácticas constasen en el acuerdo de incoación, a pesar de lo cual no se dio trámite de audiencia al interesado. Como señala la sentencia: «Esos hechos nuevos incorporados a la propuesta de resolución no implicaban una nueva calificación jurídica ni tampoco la imposición de una sanción distinta de la anunciada, pero sí eran relevantes desde el punto de vista de la licitud de la opción de la administración en favor de la sanción de expulsión frente a la de multa, pese a lo cual no le fue posible al demandante de amparo cuestionar la relevancia de esa detención mediante los documentos acreditativos del archivo en el procedimiento correspondiente, así como tampoco alegar la falta de notificación de la resolución sancionadora de 2011 y su prescripción, algo que solo pudo hacer en la vía judicial»(16). Además, recoge la resolución que «producida la vulneración del derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador, el hecho de que el demandante de amparo dispusiera posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses no subsana la vulneración del derecho a la defensa ocasionada en el previo procedimiento administrativo sancionador, pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que debe respetarse su ejercicio»(17).

cionalidad en la adopción de la decisión de expulsión». Igualmente, la STS 1334/2022, de 20 de octubre.

(16) La sentencia recuerda y actualiza la STC 145/2011, de 26 de septiembre, que consideró que la omisión del trámite de audiencia en relación con la propuesta de resolución lesiona el derecho de defensa en el procedimiento sancionador, cuando dicha propuesta de resolución incorpora datos fácticos que no figuraban en el acuerdo de incoación y que resultaron relevantes para sustentar la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa.

(17) STC 150/2023, de 20 de noviembre, en relación con la STC 35/2006, de 13 de febrero. Sin duda, se trata de una evolución necesaria y todavía pendiente en el ámbito penitenciario. No sólo en relación al régimen disciplinario de las personas privadas de libertad, en el que resulta enormemente difícil contradecir a la Administración, sino también en cuanto al inexistente procedimiento de control judicial de la actividad administrativa. Profundiza, BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de*

Finalmente, analizamos brevemente, la STS de 13 de diciembre de 2023, producto de la evolución jurisprudencial que hemos descrito(18), que no sólo tiene en cuenta lo recogido en la STJUE de 8 de octubre de 2020 –como ya habían hecho resoluciones anteriores–(19), sino también la más reciente STJUE de 2 de marzo de 2022. Lo interesante del caso es que se trata de establecer una relación compatible entre la aplicación de la Directiva 2008/115/CE para el retorno de ciudadanos de terceros países en situación irregular, con el proceso sancionador que emana de la LOEx y que, como venimos exponiendo, permite optar entre multa y expulsión. Y es que, del mismo modo que el TC ha aclarado que la mera existencia de la Directiva de retorno no puede suponer la aplicación automática de la expulsión, lo cierto es que se hace necesario aclarar qué sucede con aquellos ciudadanos que siendo sancionados con una multa permanecen en situación irregular.

Al respecto, el artículo 28 LOEx, establece que: «1. Las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la presente Ley. La salida de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. 2. Excepcionalmente, el Ministro del Interior podrá prohibir la salida del territorio español por razones de seguridad nacional o de salud pública. La instrucción y resolución de los expedientes de prohibición tendrá siempre carácter individual. 3. La salida será obligatoria en los siguientes supuestos: a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal. b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley. c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España. d) Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario». Para los casos que abordamos, supuestos de ciudadanos de otros países en situación de irregularidad que puedan verse afectados por el artículo 57.1 LOEx, nos interesa especialmente el supuesto recogido en la letra c) del apartado 3.

actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria. (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario), Dykinson, Madrid, 2017.

(18) Profundiza en su contenido, PALOMAR OLMEDA, A., *Diario la Ley*, 2024.

(19) Sentencias de 8 de septiembre de 2023, recursos 2251/2021 y 1537/2022.

Sobre esto mismo, la STJUE de 2 de marzo de 2022, a la que la STS de 13 de diciembre se remite, aclara que: «la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, leídos en relación con los artículos 6, apartado 4, y 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión, siempre que dicho plazo se fije de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartados 1 y 2, de esta Directiva».

Por ello, la STS de 13 de diciembre, recoge las siguientes conclusiones: «Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la imposición de la sanción de multa o la sanción de expulsión, siendo preferente la primera cuando no concurren circunstancias que, con arreglo al principio de proporcionalidad, justifiquen la expulsión. Segundo, que cuando la decisión consista en la imposición de una multa, la resolución administrativa que la imponga debe contener una orden de salida de cumplimiento voluntario que concrete el mandato contenido en el artículo 28.3.c) de la LOEx, y en la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Tercero, que en ejecución de lo acordado los plazos que se establezcan para la salida efectiva del territorio nacional, sin perjuicio de las excepciones que se establecen en nuestro ordenamiento y en la Directiva, deben ser prudentemente limitados en el tiempo, dentro de los márgenes de los que dispone la Administración, a los efectos de no privar a la Directiva de su efecto útil. Cuarto, que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los

afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria. Quinto, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación».

En conclusión, de la misma manera que la Directiva de retorno no puede servir para evitar la imposición de la multa en lugar de la expulsión, si esta opción está prevista en la normativa nacional, la imposición de una multa no puede por sí misma evitar la aplicación de la referida Directiva. Ello a través de una primera oportunidad para la salida voluntaria y con independencia de que durante el plazo otorgado se pueda llegar a regularizar la situación de la persona interesada. Sea como sea, esta conclusión da idea de lo complejo de la normativa descrita y lo rocambolesco de los procedimientos de extranjería. A pesar de paulatinamente se vayan empapando de principios garantistas, lo cierto es que, en uno u otro momento, el interés prioritario por la expulsión acaba resurgiendo.

III. BREVE VIAJE POR LA NORMATIVA BÁSICA. SEGUNDA ESCALA

Continuamos el viaje por la normativa de extranjería, completando el contenido del artículo 57 de la LOEx en lo que afecta al proceso penal y las personas privadas de libertad. Recordando lo que establecía su apartado 1 y el papel destacado que otorga al principio de proporcionalidad, el apartado 2 determina que: «2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Por su parte, el apartado 7 se ocupa de los casos en los que el procedimiento sancionar concurre en el tiempo con un proceso penal. En este sentido: «7. a) 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, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie

la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior. b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal. c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal». Finalmente, el apartado 8 establece que: «8. Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad».

Se imponen varias precisiones en relación con estos preceptos. En primer lugar, sobre la propia naturaleza jurídica del artículo 57.2 LOEx que, incardinado como está en el régimen administrativo sancionador, parece sin embargo tener una naturaleza distinta de la propia de las sanciones. La STS 30/2022, de 18 de enero, aclara algunos aspectos de interés al respecto. Tal y como incluye en sus fundamentos jurídicos, «en una primera aproximación a la regulación contenida en la LOEx, observamos que, aunque el precepto que analizamos está contenido dentro del Título III “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, ello no obstante, el legislador, al enumerar el catálogo de infracciones en materia de extranjería –leves, artículo 52, graves, artículo 53 y muy graves, artículo 54–, no incluye en ninguno de sus apartados como infracción administrativa la que aquí se analiza. Asimismo, la ley, tras efectuar en tales preceptos la descripción tipificadora de las infracciones, así como de las sanciones que les corresponden en función de su gravedad (art. 55), dedica su artículo 56 a la prescripción de las mismas referida a dicho catálogo al fijar los plazos de prescripción en función de la respectiva gravedad de las infracciones y sanciones expresada en los artículos anteriores. Por tanto, debe constatarse que el legislador no ha incluido la conducta descrita en el artículo 57.2, en el catálogo que ha realizado de infracciones administrativas en materia de extranjería que es al que van expresamente referidos los plazos de prescripción que se contemplan en el artículo 56». A su vez, «la voluntad del legislador de excluir la conducta prevista en el artículo 57.2 del catálogo de infracciones parece deducirse también de la regulación en párrafos distintos del

artículo 57 de la medida de expulsión que cabe imponer en ambos casos, como sanción respecto de algunas de las infracciones contenidas en el catálogo de infracciones de los artículos precedentes (apartado 1 del artículo 57), y como “causa de expulsión” en el apartado 2 del precepto». Por tanto, puede concluirse que la conducta descrita en el artículo 57.2 LOEx no supone una infracción administrativa al uso.

Igualmente, en un segundo nivel de análisis de carácter material, el TS entiende que: «la expulsión que en este caso se prevé anudada a la condena por la comisión de un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, no persigue el castigo de una conducta ilícita, la sentencia condenatoria es la respuesta punitiva del Estado a la conducta ilícita en que consiste el delito cometido, y la expulsión —con la prohibición de entrada que conlleva— no pretende castigar desde una perspectiva distinta tal conducta ilícita en que el delito consiste. La expulsión de la que aquí tratamos es una medida restrictiva de derechos que se impone en el marco de la política de extranjería para proteger el orden público y la seguridad ciudadana (así se deduce de la Directiva 2001/40, sobre reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países) y garantizar que la permanencia de los extranjeros en España se efectúe en términos de convivencia que permitan la integración con respeto al sistema de derechos y libertades. Tiene, pues, una finalidad distinta de la puramente represiva, retributiva o de castigo⁽²⁰⁾. Se trata de una decisión del legislador, adoptada en la ley que regula las condiciones de entrada y permanencia en España, de subordinar el derecho a entrar y a residir en nuestro país al cumplimiento de determinadas condiciones como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad, como deriva de las Directivas antes mencionadas. [...] No es, por tanto, la finalidad retributiva o de castigo la que subyace a tal medida, y ello excluye que podamos considerarla como una manifestación del ejercicio por la Administración de su potestad sancionadora».

No obstante lo anterior, que el TS haya «excluido la naturaleza sancionadora de la expulsión prevista en el artículo 57.2, no supone en este caso una merma de las garantías procedimentales —que para la potestad sancionadora derivan del artículo 24.2 CE—, pues el pro-

(20) La STS se remite a la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que abunda en esta línea. Aunque la resolución constitucional se centra en el análisis de la medida de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEx para descartar el reproche de duplicidad con la sanción penal, sí que determina con claridad su finalidad: «la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado».

cedimiento para acordar la expulsión prevista en este precepto es el mismo que se sigue para imponerla como sanción para determinadas infracciones (art. 63 LOEx), ni tampoco del deber de motivación, ponderación y respeto al principio de proporcionalidad propios del ejercicio de la potestad sancionadora ya que tales exigencias han de regir, asimismo, en todo caso, aun derivadas de un origen distinto, en la aplicación de la medida de expulsión que ha de estar siempre alejada de cualquier automatismo, como recuerda reiterada y constante jurisprudencia del TEDH, del TJUE y del TC»(21). Ello en la medida en que la necesaria motivación, individualización y respeto al principio de proporcionalidad no aplica tan sólo en el ámbito sancionador, sino que deriva la intensa afección que la expulsión proyecta sobre derechos fundamentales tan relevantes como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE) y otros principios constitucionales (art. 39 CE). Por lo tanto, volviendo a la argumentación del TS «aunque la medida de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEx no revista naturaleza sancionadora, su imposición no deriva “*ope legis*” de forma automática de la condena por delito doloso prevista en el precepto ya que el grado de gravamen que tal medida representa en intereses constitucionalmente salvaguardados impone la necesidad, en todo caso, de motivación, individualización, ponderación de todas las circunstancias personales y familiares concurrentes, y la aplicación del principio de proporcionalidad entre la finalidad perseguida por la medida y los principios constitucionales y derechos fundamentales a los que afecta».

De esta manera y en base a los argumentos expuestos, se crea una nueva categoría jurídica –medida de restricción de derechos– que, al carecer de naturaleza sancionadora alguna, sirve para salvar de raíz su compatibilidad con la pena privativa de libertad impuesta(22). Además, y por esa misma categorización, se evita la prescripción de dicha medida mediante la aplicación del artículo 56 LOEx(23) y, entende-

(21) STS 30/2022 en relación con la STDH de 26 de junio de 2012, caso Kuric y otros contra Eslovenia; SSTJUE de 8 de diciembre de 2011 (asunto C-371/08, apartados 79 a 85) y 7 de diciembre de 2017 (asunto 636/16, apartados 22 a 29); o SSTC 94/1993, 236/2007, 186/2013, 131/2016, 201/2016, 14/2017, entre otras.

(22) STC 236/2007, de 7 de noviembre, antes referida. En contra de esta interpretación, MARTÍNEZ MÚÑOZ, C. J., *Aproximación crítica a la expulsión de extranjeros. El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Aranzadi, 2023, p. 241.

(23) Conforme al mismo: «1. Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses. 2. Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año. 3. Si la sanción impuesta fuera

mos, su posible graduación conforme a los criterios de proporcionalidad que el propio artículo 57 LOEx contempla. Esto especialmente, en lo relativo a su apartado 5 que específicamente se refiere a la «sanción de expulsión» que «no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años. b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado. c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo»(24).

la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años».

(24) Los restantes apartados del artículo 57 LOEx, que no parecen referirse a la sanción de expulsión en sentido estricto, incluyen criterios a considerar en la imposición y ejecución de la expulsión cuya aplicación al supuesto del artículo 57.2 LOEx, entendemos, sí estaría más respaldada. En este sentido: «3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa. 4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante, la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente. En el caso de las infracciones previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 de esta Ley, salvo que concurren razones de orden público o de seguridad nacional, si el extranjero fuese titular de una autorización de residencia válida expedida por otro Estado miembro, se le advertirá, mediante diligencia en el pasaporte, de la obligación

En segundo lugar, más allá del concreto apartado 2 del artículo 57 LOEx y la interpretación que se ha impuesto en relación al mismo, lo cierto es que el resto de apartados destacados merecen una valoración concreta, dado lo curioso de su contenido en relación a la normativa penal y por ende, penitenciaria. Así, el apartado 7 del mismo precepto supedita la actuación penal al interés prioritario de la ejecución de una posible 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». De modo que, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, habrá de autorizar la expulsión «salvo que, de

de dirigirse de inmediato al territorio de dicho Estado. Si no cumplierse esa advertencia se tramitará el expediente de expulsión, [...] 6. La expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución, o afecte a las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre. [...] 9. La resolución de expulsión deberá ser notificada al interesado, con indicación de los recursos que contra la misma se puedan interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos. 10. En el supuesto de expulsión de un residente de larga duración de otro Estado miembro de la Unión Europea que se encuentre en España, dicha expulsión sólo podrá efectuarse fuera del territorio de la Unión cuando la infracción cometida sea una de las previstas en los artículos 53.1.d) y f) y 54.1.a) y b) de esta Ley Orgánica, y deberá consultarse al respecto a las Autoridades competentes de dicho Estado miembro de forma previa a la adopción de esa decisión de expulsión. En caso de no reunirse estos requisitos para que la expulsión se realice fuera del territorio de la Unión, la misma se efectuará al Estado miembro en el que se reconoció la residencia de larga duración. 11. Cuando, de acuerdo con la normativa vigente, España decida expulsar a un residente de larga duración que sea beneficiario de protección internacional reconocida por otro Estado miembro de la Unión Europea, las autoridades españolas competentes en materia de extranjería solicitarán a las autoridades competentes de dicho Estado miembro información sobre si dicha condición de beneficiario de protección internacional continúa vigente. Dicha solicitud deberá ser respondida en el plazo de un mes, entendiéndose, en caso contrario, que la protección internacional sigue vigente. Si el residente de larga duración continúa siendo beneficiario de protección internacional, será expulsado a dicho Estado miembro. Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será de aplicación para las solicitudes cursadas por autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea respecto a los extranjeros a los que España hubiera concedido la condición de beneficiario de protección internacional. De conformidad con sus obligaciones internacionales, y de acuerdo con las normas de la Unión Europea, España podrá expulsar al residente de larga duración a un país distinto al Estado miembro de la Unión Europea que concedió la protección internacional si existen motivos razonables para considerar que constituye un peligro para la seguridad de España o si, habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para España. En todo caso, cuando la protección internacional hubiera sido reconocida por las autoridades españolas, la expulsión sólo podrá efectuarse previa tramitación del procedimiento de revocación previsto en la normativa vigente en España en materia de protección internacional».

forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación». Esto es, enfrentados ambos intereses –el de expulsión de acuerdo a la normativa de extranjería, y el de condenar y ejecutar la privación de libertad conforme a la normativa penal–, ha de motivarse este último, dándose el primero por supuesto(25).

Por último, y si bien la categorización del artículo 57.2 LOEx como mera medida restrictiva de derechos producto de la política de extranjería, contribuye a su no colisión con el «principio de *non bin in idem*», hay determinados aspectos normativos de la LOEx que ponen en entredicho la auténtica aplicación de este principio, en relación con el «principio de proporcionalidad» en la intervención de los poderes públicos. Es lo que sucede con el apartado 8 del mismo artículo 57 LOEx antes transcrito, que se relaciona con la letra c) del artículo 57.7 LOEx ya comentado. De acuerdo con esta letra c) «no serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal». Dicho de otro modo, para estos delitos, y ante la disyuntiva que antes planteábamos, prevalece el interés penal. Sin embargo, el apartado 8 que ahora referimos, establece que «cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad». Con ello, se consigue una doble respuesta de los poderes públicos que, a pesar de tener fundamentos diferentes –comisión de un delito y concurrir motivo de expulsión– genera dudas sobre la proporcionalidad de la intervención(26). Especialmente, si

(25) Se produce lo que la doctrina ha señalado como una supeditación del derecho penal a la política de extranjería. En general, como apunta, GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 140, «la regulación persigue exclusivamente objetivos de política de extranjería, entre los que se cuentan el de control de la inmigración ilegal, así como el de reducir el número de extranjeros en los centros penitenciarios españoles». De la misma opinión, ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016, p. 404; MARTÍNEZ MÚÑOZ, C. J., 2023, pp. 231-236, donde señala cómo el uso simbólico del derecho penal al servicio de la política de extranjería contradice también su carácter de última ratio.

(26) MARTÍNEZ MÚÑOZ, C. J., 2023, p. 91, señala esta desproporción como ejemplo de las nefastas consecuencias de prever consecuencias penales fuera de la normativa específicamente penal.

ese motivo para la expulsión deriva de la propia comisión del delito como sucede en el caso del artículo 57.2 LOEx(27).

IV. ¿SE APLICA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LOS EXTRANJEROS EN EL CIRCUITO PENITENCIARIO?

Como hemos visto, la STS 30/2022, de 18 de enero, que venimos comentando, destaca que la exclusión de «la naturaleza sancionadora de la expulsión prevista en el artículo 57.2, no supone en este caso una merma de las garantías procedimentales [...], ni tampoco del deber de motivación, ponderación y respeto al principio de proporcionalidad propios del ejercicio de la potestad sancionadora ya que tales exigencias han de regir, asimismo, en todo caso, aun derivadas de un origen distinto, en la aplicación de la medida de expulsión que ha de estar siempre alejada de cualquier automatismo, como recuerda reiterada y constante jurisprudencia». Y es que, recordando lo que antes apuntábamos, la medida de expulsión proyecta una afección directa sobre derechos fundamentales tan relevantes como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE) y otros principios constitucionales (art. 39 CE). Por ello, el TS determina que «aunque la medida de expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEx no revista naturaleza sancionadora, su imposición no deriva “*ope legis*” de forma automática de la condena por delito doloso prevista en el precepto ya que el grado de gravamen que tal medida representa en intereses constitucionalmente salvaguardados impone la necesidad, en todo caso, de motivación, individualización, ponderación de todas las circunstancias personales y familiares concurrentes, y la aplicación del principio de proporcionalidad entre la finalidad perseguida por la medida y los principios constitucionales y derechos fundamentales a los que afecta».

Sin embargo, la propia STS 30/2022, de 18 de enero, muestra la pobre aplicación del principio de proporcionalidad en aquellos casos en que concurre la ejecución de la expulsión del artículo 57.2 LOEx con el fin de cumplimiento de una pena privativa de libertad. Si aten-

(27) Ciertamente, la expulsión vía artículo 57.2 LOEx no puede considerarse en estos casos, a no ser que se hubieran cometido delitos previos y se hubiera iniciado un expediente de expulsión. No obstante, la previsión del artículo 57.8 LOEx se reproduce en los casos en los que se cumple la pena privativa de libertad por no aplicarse la expulsión penal del artículo 89 CP y, con posterioridad a dicho cumplimiento, se produce la expulsión administrativa por haberse cometido un delito.

demos a su fundamento séptimo, que aborda la aplicación de los anteriores razonamientos a la resolución que venimos comentando:

«La sentencia recurrida se ajusta al planteamiento que hemos dejado expuesto ya que no aprecia naturaleza sancionadora en la medida de expulsión adoptada en este caso al amparo del artículo 57.2 LOEx y, tras exponer un completo panorama jurisprudencial sobre la necesidad de motivación, ponderación individualizada y aplicación del principio de proporcionalidad en la aplicación de tal medida, lleva a cabo desde esta perspectiva un análisis de las circunstancias personales y familiares concurrentes, llegando a la conclusión de que tales circunstancias, así como el arraigo familiar que denotan «no reviste entidad suficiente para enervar el riesgo para el orden público que la conducta de la ciudadana extranjera ha representado y representa», constituida, recordemos, por la condena a una pena privativa de libertad de 4 años y 6 meses, impuesta por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de julio de 2015, por un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud (art. 368 CP), destacando asimismo el especial reproche que merecen las infracciones penales de tráfico de drogas y el menoscabo de un interés fundamental de la sociedad que tales infracciones penales suponen, de conformidad con el artículo 83.1 TFUE en su interpretación por el TJUE.

Aunque ya reflejamos las circunstancias personales y familiares que la Sala de instancia considera acreditadas, conviene reproducirlas de nuevo con la finalidad, no de revisar los hechos que la sentencia ha tenido por acreditados, sino, exclusivamente, de analizar si el obligado juicio de ponderación se ha realizado en los términos que hemos venido exponiendo.

Pues bien, tales circunstancias tenidas por acreditadas por la sentencia recurrida son las siguientes: no acredita ser residente legal en España, pues la última autorización de residencia de la que fue titular está caducada; está casada con un ciudadano boliviano que dispone de autorización de residencia de larga duración en España y que tiene reconocida una discapacidad (del 65%, según consta en los autos) y percibe por tal motivo una prestación no contributiva de invalidez; tiene volante individual de empadronamiento en Madrid cuyo historial se remonta al año 2002; tiene dos nietos de nacionalidad española, nacidos en 2014 y 2016, y una hermana de nacionalidad española; ha trabajado en España; y al incoarse el expediente administrativo, la recurrente estaba interna en el Centro de Inserción Social CIS de Madrid.

Y haciendo uso de la facultad para integrar tales hechos que nos confiere el artículo 93.3 LJCA, de la propia documentación aportada por la recurrente al Juzgado que obra en autos, y más específicamente,

de los informes aportados sobre la situación médica de su esposo (informe de asistencia en el servicio de cardiología del Hospital de Madrid el 26 de abril de 2019) se desprende que el cónyuge de la recurrente «acude desde prisión» de la que «saldrá... en 6 años» para «seguimiento por insuficiencia cardiaca», se efectúa como diagnóstico principal el de «insuficiencia cardiaca crónica con FEVI deprimida, clase funcional III NYA» y se propone como tratamiento «dieta» y que «evite el alcohol y el tabaco».

Las circunstancias personales y familiares de la recurrente que han quedado descritas, sin residencia legal en España, con su cónyuge asimismo en prisión por tiempo dilatado y de cuya patología médica puede seguir tratamiento en prisión, sin hijos menores ni otros familiares a su cargo o cuidado (nada consta acreditado al respecto sobre los nietos de la recurrente), determinan que la ponderación llevada a cabo por la Sala de instancia sobre la proporcionalidad en este caso de la expulsión, desde la perspectiva de su afectación a los intereses constitucionales en juego, deba considerarse respetuosa con las exigencias del artículo 57.5.b) LOEx cuya aplicación se invoca por la parte, al amparo del último párrafo del apartado 5, por ser cónyuge de residente de larga duración y alegar haber residido legalmente en España durante más de dos años y se ajuste, asimismo, a la interpretación que hemos propuesto y, por esta razón, el recurso de casación debe ser desestimado».

Si bien es cierto que se valoran algunos aspectos personales y sociales de la interesada en el procedimiento de expulsión, también lo es que sólo se tiene en cuenta la condena impuesta para motivar la necesidad de la expulsión(28). Aspecto que va de suyo y se deriva de la aplicación del propio artículo 57.2 LOEx. De esta manera, más allá del hecho de la condena, no se analiza ningún aspecto de la misma ni del cumplimiento en sí que, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, pueda aportar parámetros sobre la necesidad efectiva de la expulsión. Veamos con detenimiento a qué nos referimos. En primer lugar, no se aprecia que la pena impuesta no es grave conforme al artículo 33.2 CP, pues no es superior a cinco años de duración, si no que tiene la consideración de pena menos grave(29). A pesar de ello, la resolución comentada, abstrayéndose de esta circunstancia, entiende que todas las infracciones contra la salud pública merecen del mismo reproche. Recordando el fundamento séptimo antes transcrito, a la par

(28) De hecho, se aporta también como factor negativo que su pareja se encuentre en prisión.

(29) De acuerdo con el artículo 33.3 CP: «Son penas menos graves: a) La prisión de tres meses hasta cinco años».

que refiere «la condena a una pena privativa de libertad de 4 años y 6 meses, impuesta por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de julio de 2015, por un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud (art. 368 CP)», destaca asimismo «el especial reproche que merecen las infracciones penales de tráfico de drogas y el menoscabo de un interés fundamental de la sociedad que tales infracciones penales suponen, de conformidad con el artículo 83.1 TFUE en su interpretación por el TJUE». Precepto que entendemos que sí recoge la especial gravedad de las conductas de tráfico de drogas, pero que no deriva necesariamente en el trato idéntico de todas ellas(30).

En segundo lugar, tampoco se valora la previa no aplicación del artículo 89 CP. Y esto es especialmente relevante, pues del mismo

(30) Conforme a dicho artículo 83: «1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. 2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76. 3. Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en los apartados 1 o 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada».

modo que el artículo 57 LOEx, el artículo 89 CP une condena penal y necesidad de expulsión, en este caso, penal(31). Si tenemos en cuenta su contenido: «1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional. 2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional. [...]». Frente a estas posibilidades, el apartado 4 del mismo precepto determina que: «No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza

(31) Ofrecen una visión crítica y explicativa del artículo 89 CP tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», epígrafe II, en Lascuraín Sánchez, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.^a ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 364-368; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Top manta, ayuda a la inmigración irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311bis, 318bis, 89 y 108 CP», en Álvarez García, F. J. (Dir.), Antón Boix, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 79-97; IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 173-188. Destaca su impacto penitenciario, SOLAR CLAVO, P., «Régimen Penitenciario de Extranjeros: Soluciones que no llegan», *Legal Today*, 27.08.15. De forma extensa, incidiendo en la antinomia normativa que sufren los extranjeros en prisión, *El sistema penitenciario en la encrucijada: Estado actual y propuestas de futuro tras las últimas reformas penales. Por un papel activo de los Juristas de II. PP.*, BOE, 2019, pp. 405 ss.

grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando, además: a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundamentalmente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo». Finalmente, de manera similar al artículo 57 LOEx, el apartado 9 contempla que: «No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis»(32). Por tanto, y a pesar de que se desestimó la expulsión penal, lo cierto es que la normativa permite la expulsión administrativa tras el cumplimiento de la totalidad de la condena. Lo que sin duda hace la medida más desproporcionada. Con lo anterior, no decimos que todos los casos en que no se aplique el artículo 89 CP tengan necesariamente que derivar en la no aplicación del artículo 57.2 LOEx. Gracias también a la configuración del artículo 57.2 LOEx como mera medida restrictiva de derechos, puede entenderse que los mecanismos de aplicación de uno u otro tipo de expulsión, al menos teóricamente, son

(32) El precepto añadido recoge el delito de trata de seres humanos, introducido en el CP por LO 5/2010, de 22 de junio y modificado por última vez por LO 13/2022, de 20 de diciembre. En lo básico: «1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiére, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: a) La imposición de trabajo o de servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, a la servidumbre o a la mendicidad. b) La explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. e) La celebración de matrimonios forzados. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. Cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta [...]».

distintos. Sin embargo, la proximidad de su fundamento –el haber cometido un hecho delictivo– es innegable. Por ello, entendemos que esta contradicción de hecho –acordar una expulsión administrativa derivada de la comisión de un delito, cuando la posible expulsión penal no se tuvo en cuenta–, sí que requiere una argumentación cualificada de la necesidad de esa expulsión penal que no se contempló previamente. Máxime si, como en el supuesto que se analiza, la ejecución de la condena se ha valorado positivamente desde el punto de vista de la reinserción social.

Y es que, en tercer lugar y para estos casos tan paradigmáticos, el mandato constitucional de reinserción del artículo 25.2 CE es del todo obviado. Ni la resolución que se recurre, ni la que se comenta, valoran el factor positivo de haber accedido la interesada a un régimen de semilibertad, con lo que ello significa desde la perspectiva de la evolución tratamental⁽³³⁾. No es de recibo que el devenir de una persona a lo largo del cumplimiento de la condena no se tenga en cuenta a la hora de decidir sobre su estancia en el territorio nacional. Más aún si la decisión sobre la expulsión se basa en la comisión previa de un delito. De este modo, se obvia toda una realidad de evolución penitenciaria valorada positivamente, justamente en relación a ese hecho causante de la expulsión. Igualmente, incidiendo en el argumento antes expuesto, esta falta de motivación resulta todavía más chocante si tenemos en cuenta que para condenas como las del supuesto de hecho que analizamos y conforme al artículo 89.1 CP, «en todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional». Esto es, no habiendo dictado los tribunales penales una expulsión penal a la que normativamente están obligados, ésta se dicte en la vía administrativa sin aportar argumentación cualificada y suficiente al respecto.

V. PROPUESTA NORMATIVA

Como hemos expuesto, el régimen jurídico de los extranjeros en prisión se complica en tanto se trata de un colectivo sobre el que

(33) Para el artículo 65.2 LOGP: «La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad».

recaen dos cuerpos normativos con finalidades diferentes(34). De un lado, la LOEx, que se dedica principalmente a determinar el régimen de su regularización y, de no alcanzarse ésta, su inevitable expulsión. De otro, la LOGP que tiene como finalidad principal la reinserción de todos los condenados en los términos del artículo 25.2 CE, sean estos nacionales o extranjeros. Así, mientras que la LOE, sobre las premisas establecidas por el TC(35), escoge el concepto de regularización como eje básico en la asignación de derechos a los extranjeros, la norma penitenciaria, además de proveerlos de derechos específicos(36), proclama en su artículo 3 el principio de igualdad sin reservas en cuanto a la asignación y disfrute de los derechos que contempla(37). El conflicto normativo se agrava si tenemos en cuenta

(34) Destaca esta contradicción, GARCÍA GARCÍA, J., «Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria», *17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo*, Pamplona 17 a 19 de mayo 2007, pp. 3-4. Por su parte, resume los motivos de lo que denomina «intersección entre el derecho penal y el administrativo» y, por ende, el derecho administrativo y el penitenciario, LARRAURI PIJOAN, E., «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *Indret*, n. 2, 2016, p. 5, incluyendo entre ellos no sólo los diferentes tipos de expulsión penal y administrativa que se abordan en estas páginas, sino también la conversión de sanciones administrativas en condenas y la mayor criminalización de conductas ligadas a la inmigración.

(35) El TC, en interpretación del artículo 13 CE diferencia los derechos que por desprenderse de la dignidad humana siempre pertenecen a los extranjeros como el derecho a la vida, integridad física y moral, libertad de ideología y religión, o derecho a la tutela judicial efectiva; aquellos que nunca les pertenecerán como el derecho a participar en asuntos públicos del artículo 23 CE; y aquellos otros que les pertenecerán o no según lo que establezcan las leyes y tratados, siendo estos últimos los de libertad personal, educación, asistencia sanitaria, trabajo, reunión, asociación, sindicación. La LOE es la que ha venido a establecer la manera en la que los extranjeros pueden acceder a la titularidad de estos últimos derechos, escogiendo como criterio su situación de regulares o no. Destacan entre otras, las SSTC 107/84, 99/85, 130/95, 95/2000, 95/2003. Analizan la cuestión, TAJADURA TEJADA, J., «Los Derechos y Libertades de los Extranjeros en el Ordenamiento Constitucional Español», *Anuario da Facultade de Dereito*, marzo 2014, pp. 876-885; RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, pp. 812-813.

(36) Especialmente, el artículo 15.5 RP sobre el derecho de los extranjeros a comunicar su ingreso en prisión a las autoridades diplomáticas y consulares, el artículo 41.7 RP sobre el derecho a que sus comunicaciones se organicen en igualdad con las de los internos nacionales, el artículo 49.3 RP del derecho a comunicar con las autoridades diplomáticas y consulares en locales adecuados, y los apartados 2 a 5 del artículo 52 RP sobre el especial derecho a información de los internos extranjeros.

(37) FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 929-930; ANDRÉS LASO, A., 2016, p. 401, quienes se remiten al artículo 3 LOGP que proclama que: «La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los

que, como hemos visto, lo que es presupuesto de hecho para la aplicación de la LOGP, la entrada en prisión por comisión de un delito, también lo es para la aplicación del régimen de expulsión de la LOE y el consiguiente decaimiento del título habilitante para ser portador de derechos conforme a la normativa de extranjería. Para el caso de los extranjeros que hayan cometido un delito, la LOE establece en su artículo 57.2 LOEx, y a pesar de lo que interesadamente se pueda transmitir a la opinión pública, un régimen de expulsión administrativa severo y prácticamente inevitable.

Como propuesta de conciliación normativa, se exponen dos ideas. La primera, que la jurisprudencia desarrolle y aplique el principio de proporcionalidad del modo que lo ha hecho con carácter general, también para quienes habiendo cometido un delito y tras el cumplimiento total de la condena se encuentran en situación de irregularidad. La segunda, que en ese viaje interpretativo se tenga en cuenta la evolución de estas personas durante el tiempo pasado en prisión. De modo que la concurrencia de un pronóstico de tratamiento favorable sea motivo, si no cualificado, sí al menos valorado para favorecer su regularización. Nos referimos al pronóstico del artículo 67 LOGP cuando dice que: «Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional», pero también a las decisiones administrativas y judiciales previas que reconocen y consolidan una evolución tratamental (acceso a permisos y régimen abierto). No tiene sentido alguno que una parte de la administración apueste por la reinserción de una persona y, al mismo tiempo, y por el mismo hecho causal por el que interviene la anterior, otra administración trabaje por su expulsión del territorio.

Desde una perspectiva más general, resulta curiosa la relación normativa de los extranjeros con nuestro derecho penal. De un lado, tenemos delitos que específicamente tratan de protegerles(38). De otro, sin embargo, por el mismo hecho de haber sido condenados, les dejamos en un callejón sin salida, en términos de regularización, después

recluidos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza».

(38) Entre otros, los mismos artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis CP que hemos venido destacando.

de haber cumplido la condena. La doctrina viene señalando que «considerando estas diferentes perspectivas es preciso aclarar si el criterio de la vulnerabilidad en el sistema penal funciona siempre adecuadamente como elemento antidiscriminatorio en todos los casos en los que se prevé una ampliación de la respuesta penal con base en el mismo, teniendo en cuenta el dato criminológico objetivo del incremento del riesgo de sufrir un daño mayor en sus bienes jurídicos penales para ciertos sujetos por sus circunstancias o condiciones personales, grupales, sociales o contextuales y/o las menores posibilidades de defender sus derechos en el proceso penal; o si en determinados casos, su uso aunque intencionadamente protector termina siendo un elemento de discriminación y desigualdad para los sujetos individualmente considerados»(39). Esto es, lo que en un principio se regula como elemento normativo protector –en nuestro caso, el hecho de la nacionalidad–, acaba suponiendo un plus de control y, por tanto, discriminación, de quienes se ven incluidos en el grupo seleccionado. Por ello, aplicando el necesario principio de individualización, entendemos que la pertenencia a un colectivo o grupo estructuralmente discriminado no es un motivo suficiente para apreciar de forma general que en todo caso concurre dicha discriminación (ni siquiera para la minoría de edad o la discapacidad lo serían)(40). Pero por ello mismo y de igual modo, sólo una apreciación individualizada de la situación de cada persona deriva en una aplicación de la normativa específica que no resulte perjudicial e indeseablemente discriminatoria.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS LASO, A., *Nos hará reconocernos. La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria: origen, evolución y futuro*, Premio Nacional Victoria Kent 2015, Ministerio del Interior, Madrid, 2016.

BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El procedimiento de actuación ante los órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria. (Hacia un Derecho Procesal Penitenciario)*, Dykinson, Madrid, 2017.

(39) GONZÁLEZ AGUDELO, G., «Debates transversales de la parte especial centrados en los grupos y los sujetos vulnerables», en Ruiz Rodríguez, L. R. (Dir.), Miró Linares, F., Pérez Machío, A. I., González Agudelo, G. (Coords.), *Manual de Política Criminal*, Atelier, 2022, p. , 198. Igualmente, Díez Ripollés, J. L., «Los colectivos identitarios y la tutela penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2024, núm. 26-01.

(40) GONZÁLEZ AGUDELO, G., «Debates transversales de la parte especial centrados en los grupos y los sujetos vulnerables», en RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. et al., 2022, p. , 199.

- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 5.ª ed., Tirant lo Blanc, 2022.
- DE LA PEÑA PITA, F., «El Tribunal Constitucional y la tutela de los derechos de los extranjeros en los expedientes de expulsión por estancia irregular», *Actualidad Administrativa*, n. 2, Febrero de 2024.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Los colectivos identitarios y la tutela penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2024, núm. 26-01.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- GARCÍA GARCÍA, J., «Extranjeros en prisión: aspectos normativos y de intervención penitenciaria», *17 Encuentro Abogacía en Derecho de Extranjería y Asilo*, Pamplona 17 a 19 de mayo 2007.
- GONZÁLEZ AGUDELO, G., «Debates transversales de la parte especial centrados en los grupos y los sujetos vulnerables», en Ruiz Rodríguez, L. R. (Dir.), Miró Linares, F., Pérez Machío, A. I., González Agudelo, G. (Coords.), *Manual de Política Criminal*, Atelier, 2022.
- GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «Suspensión de la ejecución, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional», en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- IGLESIAS RÍO, M. A., «La expulsión de extranjeros», en Quintero Olivares, G. (Dir.), *Comentarios a la reforma de 2015*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- LARRAURI PIJOAN, E., «Antecedentes penales y expulsión de personas inmigrantes», *Indret*, n. 2, 2016.
- LEGANÉS GÓME, S., «La expulsión de los penados en el Código Penal de 2015», *Diario La Ley*, n. 8579, Sección Doctrina, 2015.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2011.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Top manta, ayuda a la inmigración irregular y expulsión de extranjeros: la reforma de los artículos 270 y 274, 311bis, 318bis, 89 y 108 CP», en Álvarez García, F. J. (Dir.), Antón Boix, J. R. (Coord.), *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma del Código Penal, Ley de Seguridad Ciudadana y LO del Poder Judicial (Jurisdicción Universal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- MARTÍNEZ MÚÑOZ, C. J., *Aproximación crítica a la expulsión de extranjeros. El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Aranzadi, 2023.
- MENDOZA BUERGO, B., «La determinación de la pena, las instituciones individualizadoras y los sustitutivos de las penas privativas de libertad», epígrafe II, en
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015.
- PALOMAR OLMEDA, A., «Las precisiones de la extranjería y la expulsión en la STS de 13 de diciembre de 2023», *Diario la Ley*, n. 10430, Enero de 2024.

- RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.
- SOLAR CLAVO, P., *El sistema penitenciario en la encrucijada: Estado actual y propuestas de futuro tras las últimas reformas penales. Por un papel activo de los Juristas de II. PP.*, BOE, 2019.
- «Régimen Penitenciario de Extranjeros: Soluciones que no llegan», *Legal Today*, 27.08.15.
- TAJADURA TEJADA, J., «Los Derechos y Libertades de los Extranjeros en el Ordenamiento Constitucional Español», *Anuario da Facultade de Dereito*, marzo 2014.