



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

ANÁLISIS SOBRE LA SANCIÓN DE ORDEN DE EXPULSIÓN EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Realizado por: Marta Martínez Martínez

Convocatoria: Enero 2019

RESUMEN

El presente trabajo pretende realizar un análisis de la situación de las personas extranjeras en España, centrándose en la medida de expulsión así como en los procedimientos que se llevan a cabo para acordarla. Para ello se tienen en cuenta los distintos regímenes de ciudadanos, es decir, ciudadanos de países miembros de la Unión Europea y ciudadanos nacionales de terceros Estados así como las causas que en cada categoría permiten al Estado acordar la expulsión del territorio nacional. Debido al carácter internacional de las personas inmersas en este procedimiento así como la actuación de la Unión Europea y la presencia de distintos Tratados Internacionales, es necesario acudir al Derecho Internacional Privado. No obstante, es fundamental ahondar en la legislación interna, recayendo la mayor parte del estudio en la Ley Orgánica de Extranjería y en el Reglamento que la desarrolla, del mismo modo que en determinadas leyes aplicables a concretos supuestos y consultando la jurisprudencia y doctrina sobre la materia.

ABSTRACT

This study aims to analyse the situation of foreign people in Spain, focusing on the expulsion order as well as the procedures carried out it. To do this, is taken into account in the different regimes of citizens, i. e. citizens of european Union member States and nationals of third countries, as well as the causes in each category allow to the State to expel from the national territory. Due to the international nature of the people involved in this procedure as well as the actions of the European Union and the presence of different International Treaties, it is necessary to consider Private Internaional Law. However, it is essential to delve into national legislation, with most of study falling on the Organic Law on foreigners and the Regulation that develop it, as well as on certain laws applicable to specific cases and looking for jurisprudence and legal doctrine on this topic.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CE	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal
DA	Disposición Adicional
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal,
LO	Ley Orgánica
LOEx	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
Núm.	Número
RD	Real Decreto
RELOEx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS..... Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ..... Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC..... Tribunal Constitucional

UE.....Unión Europea

ÍNDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	2
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	3
1. INTRODUCCIÓN: MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.....	6
2. EXPULSIÓN DE CIUDADANOS DE PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y EXPULSIÓN DE CIUDADANOS DE TERCEROS ESTADOS	11
2.1. RÉGIMEN EUROPEO	11
2.2. RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA.....	13
3. LA MEDIDA DE EXPULSIÓN.....	16
3.1. EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA.....	16
3.2. EXPULSIÓN PENAL.....	21
4. POTESTAD SANCIONADORA	25
4.1. TIPOS DE INFRACCIONES	26
4.2. TIPOS DE PROCEDIMIENTO	28
4.3. SUSPENSIÓN EN SUPUESTOS DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS. EL ARRAIGO.....	33
4.4. LA RESOLUCIÓN DE LA EXPULSIÓN	37
4.5. EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN.....	40
4.6. EFECTOS DE LA EXPULSIÓN.....	43
5. CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA EXPULSIÓN EN LA PRÁCTICA	45
5.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.....	45
5.2. LA DIRECTIVA 2008/115/CE	46
CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA.....	50
FUENTES NORMATIVAS.....	52
JURISPRUDENCIA	54
FUENTES ELECTRÓNICAS	57

1. INTRODUCCIÓN: MARCO JURÍDICO EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

El régimen de extranjería está incluido en la rama del Derecho Internacional Privado, conteniendo un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones jurídicas surgidas entre particulares a nivel internacional. El término “globalización”, a priori inspirador, tiene, no obstante, un componente de seguridad jurídica innegable y ello entrama la necesidad de regirse por normas jurídicas internacionales.

En el ámbito internacional, los Tratados internacionales son los instrumentos más importantes como fuente del Derecho, sirviendo como medios de orientación y cooperación para los Estados que los adhieren. Por otro lado, es importante destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos¹ como ideal de protección entre naciones. En lo que interesa a la extranjería, su artículo 13, apartados 1 y 2, establece una amplia formulación de la libre circulación y residencia: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”. Así lo promulga también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² en su artículo 12. No obstante el Pacto ofrece este derecho sólo a las personas que legalmente se hallen en el territorio de un Estado. En su párrafo 3 a su vez establece que los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. El Comité de Derechos Humanos realiza unas Observaciones Generales³ al meritado Pacto no reconociendo a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él, correspondiendo al Estado decidir a quién ha de admitir en su territorio. Asimismo, el Comité reafirma, en la Observación General número 27⁴, la competencia que tienen los Estados en la materia.

¹ Cf. Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, de 10 de diciembre de 1948.

² Cf. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 1977.

³ Vid. Observación General núm. 15: La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto.

⁴ Vid. Párrafo 11: “ La disposición autoriza al Estado a restringir esos derechos sólo para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas y los derechos y libertades de terceros. Para ser permisibles, las restricciones deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger los fines mencionados y deben ser compatibles con todos los demás derechos reconocidos en el Pacto”.

El principio de primacía constata la superioridad del Derecho de la Unión Europea sobre el Derecho estatal, por lo que antes de ahondar en el Derecho nacional es preciso analizar el nivel europeo. Se destaca la supresión de fronteras interiores gracias al Acuerdo Schengen⁵, el cual establece un espacio común que comprende buena parte de Europa. Su funcionamiento ha permitido una garantía de libre circulación de los ciudadanos de los Estados firmantes. Sin embargo, no se han eliminado las fronteras exteriores, estas son las limítrofes con terceros Estados. Es decir, se distinguen dos tipos de fronteras, interiores y exteriores, y dos regímenes, el europeo y el de extranjería. Entre estos regímenes hay una poderosa diferencia. Cuando se produce el cruce de fronteras exteriores los beneficiarios del régimen europeo (ciudadanos europeos, asimilados y los miembros de sus familias) estarán sometidos a una inspección mínima⁶ mientras que el cruce de fronteras exteriores por los nacionales sujetos al régimen de extranjería (nacionales de terceros países que no sean familiares de ciudadanos UE o asimilados) quedarán sometidos a un control minucioso⁷.

En el ámbito europeo, se distingue entre Derecho originario y Derecho derivado, haciéndose mención al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁸ (en adelante TFUE) como norma de Derecho originario. Este Tratado contiene regulación sobre políticas de controles en fronteras, asilo e inmigración y en su artículo 77.1 hace mención sobre dichas políticas que desarrollará la Unión europea. Entre ellas está “garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores”; “garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores” e “instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores”. Al igual que Schengen marca la diferencia entre fronteras interiores y exteriores, habiendo un mayor control en las últimas. El Derecho derivado nace, como su propio nombre indica, de los principios establecidos en los Tratados y está compuesto por Reglamentos, Directivas y Decisiones. Ostenta gran relevancia en materia de extranjería la Directiva 2008/115/CE⁹, (*vid. Epígrafe 5.2.*) la cual en sus distintos considerandos se extrae que ha nacido para establecer una “política de retorno como

⁵ Cf. Acuerdo Schengen, 14 de junio de 1985; Schengen (Luxemburgo)

⁶ Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á. *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Thomson Reuters, 2017, p. 155.

⁷ Vid. *Íbidem*, p. 157.

⁸ Cf. Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. “DOUE” núm. C 326 de 26/10/2012.

⁹ Cf. 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.

un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada”. Esta Directiva retorno está pensada para regular el procedimiento sancionador en cuanto a expulsión del territorio de nacionales de terceros países que estén en situación irregular.

En el escalón más bajo de la pirámide está el derecho estatal, pero no por ello menos importante, pues la soberanía de los estados tiene un papel decisivo a la hora de regular en materia de extranjería. Como bien se conoce, la Constitución Española (en adelante CE) es la norma suprema en el Derecho español, por lo que hay que partir de su articulado para desgranar el Derecho de extranjería en nuestro país. El art. 149.1.2º CE, establece que “el Estado tiene competencia exclusiva sobre nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo. El artículo es tajante por lo que no se puede delegar esta competencia a las Comunidades Autónomas. Para desarrollar este artículo, hay que remitirse a otras normas más específicas que son, por un lado, 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) y, por otro lado, el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante RELOEx).

La razón de la necesidad de legislar sobre materia de extranjería no se encuentra en la LOEx, sino sorprendentemente, en el RELOEx. En el mismo cuerpo normativo se distinguen dos causas: la evolución del fenómeno migratorio y la oportunidad de clarificar, simplificar y ordenar procedimientos complejos, cuya tramitación puede ser mejorada desde la perspectiva de la agilidad y seguridad jurídica¹⁰. Para saber quiénes son los sujetos del fenómeno migratorio se debe atender a su vez a qué personas se aplica la LOEx y el RELOEx, es decir, su ámbito de aplicación. Se aplicaría a los extranjeros que carezcan de la nacionalidad española (art. 1.1 LOEx). En cuanto a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, concretamente el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siéndoles de aplicación la LOEx en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables¹¹.

¹⁰ Cf. Exposición de motivos del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹¹ Cf. Art. 1.3 LOEx.

El objeto del presente trabajo es analizar la figura de la expulsión del territorio español y para ello es ineludible diferenciarla de otras figuras afines. La "expulsión" es la salida obligada de un extranjero que se encuentra dentro del territorio español mediante un procedimiento sancionador. Se encuentra regulada en el artículo 57 LOEx y siempre se llevará a cabo por el correspondiente procedimiento y mediante resolución motivada. Para llevar a cabo la expulsión de un ciudadano extranjero es menester que haya incurrido en la comisión de alguna de las infracciones tipificadas como graves o muy graves por la LOEx.

Ejemplo de supuesto de expulsión: nacional nigeriano que se encuentra en Madrid (dentro de España) pero está trabajando sin la correspondiente autorización de trabajo no contando con autorización de residencia válida.

Por otra parte, existen las figuras denominadas "devolución" y el "retorno" y se diferencian de la expulsión en que no es necesario realizarlas a través de un procedimiento de expulsión. No solo se diferencian en la carencia de procedimiento sino también en el lugar físico, esto es, no dentro del territorio español sino en su frontera. Por lo que corresponde a la figura del retorno, a tenor del artículo 60 LOEx, los extranjeros a los que se les deniegue la entrada en la frontera deberán regresar a su punto de origen, es decir, retornarán a su país de origen.

Ejemplo de supuesto de retorno: nacional argelino que desea entrar en España por la frontera de Marruecos pero no tiene el correspondiente visado.

La devolución opera cuando un extranjero pretende entrar en España de manera ilegal o contravenga la prohibición de entrada. El artículo que la regula, es el 58.3 LOEx, el cual señala que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros cuando los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España o los que pretendan entrar ilegalmente en el país¹². Con todo ello la diferencia entre el retorno y la devolución es la forma de proceder a entrar en España; legalmente por los puestos fronterizos habilitados al efecto pero incumpliendo requisitos de entrada o queriendo entrar de forma ilegal por dichas fronteras, respectivamente.

¹² Vid. Art. 23.1 RELOEX. En este sentido, el RELOEX también señala el concepto de devolución, indicando que " se considerará contravenida la prohibición de entrada en España cuando así conste, independientemente de si fue adoptada por las autoridades españolas o por las de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio" y en las devoluciones además "se considerarán incluidos a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones".

Ejemplo de supuesto de devolución: nacionales somalíes que llegan en patera a la costa de Almería.

2. EXPULSIÓN DE CIUDADANOS DE PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y EXPULSIÓN DE CIUDADANOS DE TERCEROS ESTADOS

En el ordenamiento jurídico español una persona que no posea la nacionalidad española puede ser expulsada en virtud de distintos cuerpos normativos según el régimen al que pertenezca. Dada la existencia de un régimen europeo o comunitario y un régimen de extranjería, implica que va a existir un tratamiento distinto según las personas se integren en uno u otro a efectos de expulsión. Para establecer la diferencia entre los dos regímenes, prima el vínculo jurídico de la nacionalidad.

2.1. RÉGIMEN EUROPEO

El denominado régimen europeo está impulsado por el artículo 21 TFUE según el cual “todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”; y regulado en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004. En dicho texto se regula el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. La propia Directiva en su artículo 2 incluye el significado de ciudadanos de la Unión y estos son las personas que tengan la nacionalidad de un Estado miembro, observándose con claridad que el requisito de la nacionalidad es indispensable para pertenecer a este régimen. Dentro de este régimen, como se ha señalado anteriormente, también se encuentran los miembros de las familias de los ciudadanos de la Unión¹³. Asimismo, se incluyen en el régimen europeo los asimilados a los ciudadanos de la UE, estos son, los nacionales adscritos al Espacio Económico

¹³ *Vid.* Artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 y artículo 2 del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Definición de “miembro de la familia de un ciudadano UE”: se incluye el cónyuge, la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, tanto los descendientes directos menores de 21 años o a cargo, como los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja con la que haya celebrado una unión registrada, parejas que no estén registradas siempre y cuando prueben debidamente la unión estable. También se beneficiará cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad que, en el país de procedencia, esté a cargo o viva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

Europeo (Islandia, Liechtenstein y Noruega) así como los nacionales suizos puesto que tienen reconocido el derecho a la libre circulación.¹⁴

Diferenciando el tratamiento que reciben los ciudadanos de la UE respecto a una posible expulsión de España, la norma aplicable es el Real Decreto 240/2007, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Que el RD 240/2007 intente potenciar al máximo la libertad de circulación y la libertad de residencia de los nacionales de Estados miembro dentro de cualquier territorio de la Unión Europea no quiere decir que no existan supuestos dentro de los que cabe, legítimamente expulsar a un ciudadano comunitario y/o a sus familiares directos, del territorio español¹⁵. En este sentido sí que se puede llegar a realizar una expulsión del territorio español a ciudadanos de la UE o a sus familiares pero en circunstancias muy tasadas y en reducidos supuestos que a un ciudadano de un tercer Estado.

A mayor abundamiento, el artículo 15.1 del RD 240/2007 prevé la posibilidad de que cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá ordenar la expulsión o devolución en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia. Ahora bien, esta norma es laxa en cuanto a qué se entiende por orden público. Dicho artículo trae a colación determinadas circunstancias a tener en cuenta como la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

Se entiende que hay una protección reforzada a los ciudadanos de la Unión Europea, siendo estas tres causas, orden público, de seguridad pública o de salud pública, las previstas para una expulsión. Un ejemplo de ello es el *Caso Señor E contra la Subdelegación del Gobierno en Álava*¹⁶. En esta sentencia el TJUE avala la

¹⁴ Cf. Artículo 28 de la Decisión del Consejo y de la Comisión, de 13 de diciembre de 1993, relativa a la celebración del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza, por otra parte. «DOCE» núm. 1, de 3 de enero de 1994.

¹⁵ Vid. SELMA PENALVA, A.: *La expulsión de extranjeros del territorio español. Aspectos controvertidos de su régimen jurídico*, Ediciones Laborum, 2015, p. 97.

¹⁶ Cf. STJUE de 13 de julio de 2017, asunto C-193/16. Visto en: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>

decisión de España de expulsar a un ciudadano europeo, de nacionalidad italiana, por razones de seguridad pública, con prohibición de entrada durante diez años, debido a que el señor E había sido condenado mediante tres sentencias firmes a doce años de prisión por reiterados delitos de abusos sexuales sobre menores. El Tribunal se pronuncia en los párrafos 25 y 27 de la mencionada sentencia diciendo que “el legislador de la Unión ha previsto expresamente que los Estados miembros puedan adoptar una orden de expulsión contra una persona condenada a una pena privativa de libertad si se acredita que la conducta de ésta constituye una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad de dichos Estados miembros” y que “una persona se halle encarcelada en el momento de la adopción de una resolución de expulsión, sin perspectiva de liberación en un futuro próximo, no excluye que su conducta constituya, en su caso, una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de acogida”. Dicho pronunciamiento recuerda que cualquier extranjero puede ser expulsado, sólo que las causas varían dependiendo de si es ciudadano de la UE o de tercer país.

Es numerosa la jurisprudencia europea en la cual se describe el concepto de orden público. Las medidas de orden público se deben basar exclusivamente en el comportamiento personal del individuo a que se le apliquen y se especifica que la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas¹⁷. El concepto de orden público supone, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad¹⁸.

No obstante lo anterior, el mismo artículo 15 en su apartado 6, recoge la posibilidad de ordenar la expulsión o repatriación, siempre por causas de orden público o seguridad pública, incluso a un ciudadano de la UE residente en España durante 10 años anteriores o en el caso de si fuera menor de edad, no se impondrá la repatriación salvo si la misma es conforme al interés superior del menor.

2.2. RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA

¹⁷ Vid. STJUE de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, *Orfanopoulos y Olivieri*, párrafo 66. Visto en: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>

¹⁸ Vid. STJCE de 27 de octubre de 1977, asunto 30/77, *Bouchereau*, párrafo 35. Visto en: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>

Por otro lado, a *sensu contrario* se puede extraer quiénes no se incluyen dentro del régimen de la Unión Europea y, por ello, estarán dentro del régimen de extranjería; son considerados extranjeros las personas que carezcan de la nacionalidad de un país miembro de la Unión Europea. La ley aplicable al caso de extranjería no es el RD 240/2007 sino 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. En su artículo 1 hace una delimitación similar y considera extranjeros a los que carezcan de nacionalidad española. Además, hace especial mención a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables, es decir, solamente en el caso de que la LOEx presente una regulación más benévola para estos sujetos, será de aplicación preferente.

Es clara la diferencia entre un ciudadano de la UE o un nacional de tercer Estado. Esta bifurcación alcanza incluso hasta las causas de una posible expulsión, si bien se aprecia que las personas del denominado régimen europeo tienen ciertas ventajas, es cierto que pueden verse obligadas a abandonar el territorio español pero no por las mismas causas que una persona que se incluya dentro del régimen de extranjería.

En el régimen de extranjería se encuentran las personas que carecen de nacionalidad de un país miembro de la Unión Europea, es decir, nacionales de terceros países. Es clave la Directiva 2008/115/CE que establece una serie de normas comunes para el retorno de los nacionales de terceros países que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en el territorio de un país de la UE, y las garantías procedimentales relacionadas¹⁹ pero a diferencia de la legislación española, la Directiva retorno no prevé la multa como sanción en lugar de la expulsión.

En este régimen las causas de expulsión son más numerosas que en el régimen europeo. A estas personas les será de aplicación lo dispuesto en la LOEx y en el RELOEx. La LOEx identifica tres tipos de infracciones dividiéndolas en leves, graves y muy graves²⁰. La expulsión del territorio español se contempla para las infracciones muy graves y para algunas calificadas como graves (*Vid. Epígrafe 4.1*).

¹⁹ *Vid. Normas y procedimientos comunes para el retorno de inmigrantes ilegales*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:jl0014&from=ES>

²⁰ *Cf. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, arts. 51 a 54.*

Situaciones como no tener documentación, permanecer en España sin visado, no haber obtenido la prórroga de estancia o no tener el permiso de residencia, son consideradas faltas graves por la legislación y pueden conllevar a la imposición de una multa o incluso llegar hasta la expulsión de la persona que está en situación irregular.

Siguiendo el texto de la LOEx, el artículo 57 es el fundamental en la regulación de la expulsión del territorio español de personas incluidas en el régimen de extranjería. Pero este artículo sólo opera en supuestos de expulsión administrativa y no en la vía penal, cuyo artículo base es el 89 CP. Por tanto, cabe distinguir dos vías de expulsión: la administrativa y la expulsión penal. Ambas se impondrán con fines sancionadores pero por jurisdicciones diferentes y atendiendo a motivos diversos²¹.

²¹ *Vid.* SELMA PENALVA, A. *op. cit.* p. 156.

3. LA MEDIDA DE EXPULSIÓN

En lo que respecta a la expulsión de nacionales no comunitarios, se distinguen dos formas de expulsión: la administrativa y la penal. Ello implica que se rigen por motivos o conductas distintas y jurisdicciones, a su vez, también distintas.

3.1. EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA

Merece una mención especial el artículo 57 LOEx que regula dos tipos de expulsión administrativa: la realizada por la autoridad administrativa del artículo 57.1 y la expulsión por tenencia de antecedentes penales regulada en el artículo 57.2.

El artículo 57.1 regula la expulsión del territorio cuando los extranjeros cometan infracciones administrativas tipificadas como infracciones graves previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de la misma Ley, pudiendo llegar a imponerse la sanción de expulsión mediante el correspondiente procedimiento de expulsión o las previstas en el artículo 54 tipificadas como muy graves. Hay que puntualizar que nunca se impondrá la expulsión cuando se cometa una infracción leve y que habiéndose cometido una grave o muy grave se debe atender al principio de proporcionalidad, es decir, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción, se podrá aplicar la sanción de expulsión siempre y cuando se respete dicho principio.

De este precepto se extrae que la multa es la sanción principal pues dispone expresamente que “*en lugar de la sanción de multa*”, se podrá aplicar la expulsión del territorio español. Visto lo cual se prohíbe imponer conjuntamente la sanción de multa y la sanción de expulsión pues son excluyentes entre sí²². En caso de que se esté ante el supuesto de un extranjero en situación irregular, la Directiva 2008/115/CE²³ no prevé la sanción de multa sino la expulsión, aunque la legislación española sea más favorable. En este sentido, la STJUE de 23 de abril de 2015²⁴, conocida como *caso Zaizoune*, señala en sus párrafos 39 y 40 que “los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil. De lo anterior se desprende que una normativa nacional como la controvertida en el

²² Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNEDEZ, Á. *op. cit.* p. 594.

²³ Vid. Art. 8 de la Directiva 2008/115/CE.

²⁴ Cf. STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, *Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa — Extranjería c. Samir Zaizoune*.

procedimiento principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva”. En la pregunta de si la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, que sanciona la situación irregular de nacionales de terceros países con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión se formula como cuestión prejudicial en la STJUE de 6 de diciembre de 2012²⁵, caso *Sagor*. La sentencia establece que la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión²⁶. La Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía en su Circular 1/2015²⁷ remarca que en el sistema sancionador español la resolución gubernativa que sanciona la “mera estancia irregular” no solo contiene una multa económica sino que conlleva asimismo e imperativamente “la obligación legal de abandono del territorio español en el plazo de 15 días naturales, con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación, por lo que no habría contradicción²⁸”

La sanción de expulsión es considerada como la sanción más grave que se puede imponer al extranjero y siempre deberá estar motivada, estando estrechamente unida con la permanencia ilegal en el territorio del extranjero y la Administración está obligada a explicar cuáles son las razones para imponer la expulsión.

Ello no obsta a que existan excepciones a la sanción de expulsión. Las mismas se recogen en el artículo 57.5 LOEx y son de carácter subjetivo. Por tanto, no podrá aplicarse la expulsión a:

- Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.
- Los residentes de larga duración.
- Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.

²⁵ Vid. STJUE (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11: caso *Sagor*. Visto en: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>

²⁶ Vid. *Ibidem*, párrafo 47.

²⁷ Cf. RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNEDEZ, Á., p. 594.

²⁸ Vid. Circular 1/2015 de la Subcomisión de Extranjería del CGAE “Argumentario a la Sentencia de 23 abril 2015 del TJUE”, párrafo III.

- 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.

A priori puede parecer que si concurre alguna de estas circunstancias no puede aplicarse dicha sanción pero la excepción contiene a su vez una excepción y es que aunque el extranjero esté dentro de uno de estos supuestos, se le podrá imponer la expulsión del territorio si salvo que comete la infracción prevista en el artículo 54.1 a), (esto es, participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana) o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión.

El mencionado artículo 57.5 LOEx es una matización respecto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración²⁹. Tienen una protección frente a la expulsión reforzada en comparación con el resto de nacionales de terceros países. Si el extranjero goza en España de la condición de residente de larga duración y tal condición le hace merecedor de un régimen jurídico especial que limita sus posibilidades de expulsión, queda la duda de si se puede aplicarse contra él solo las causas de expulsión del artículo 57.5 LOEx o si también queda sujeto a la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEx³⁰. La jurisprudencia contesta a la incógnita diciendo que dichos preceptos no son excluyentes entre sí, son complementarios y no impide la causa de expulsión del artículo 57.2 LOEx pues "el supuesto contemplado en el artículo 57.2 de la LOEx puede erigirse en causa de expulsión de los extranjeros que tengan reconocida la residencia permanente, hoy residentes de larga duración, siempre que su conducta personal constituya además una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, y así se fundamente en la resolución, sin que pueda justificarse por razones de orden

²⁹ Vid. Art. 32 LOEx, párrafos 1 y 2: "La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles. Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente".

³⁰ Vid. SELMA PENALVA, A. *op. cit.* p.192 y 193.

económico³¹”. En el caso de que el expediente de expulsión se inicie debido a la constatación de los antecedentes penales (art. 57.2 LOEx) de un residente de larga duración, la resolución administrativa que finalmente se dicte, deberá ajustarse estrictamente a los supuestos contemplados en el artículo 57.5 LOEx³², es decir, 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.

El problema detectado en la medida de expulsión administrativa es que si un extranjero que esté en situación irregularidad en aplicación de la Directiva Retorno no permite la aplicación de la multa sino que es perceptiva la sanción de expulsión.

Respecto de la expulsión por antecedentes penales recogida en el artículo 57.2 LOEx, esto es, haber 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 sus antecedentes penales hubieran sido cancelados. Hay que partir de la base, no explícita en el precepto transcrito, de que la responsabilidad penal ha quedado extinguida, pues en otro caso entraríamos en el campo judicial y no contemplaríamos un supuesto gubernativo como es este, según se deduce tanto por las autoridades que decretan la expulsión como por la finalidad a que responde, que es en definitiva la de restringir la presencia en nuestro país de delincuentes de cierta entidad, hayan sido condenados en España o fuera de ella. Cabe reputar de anticonstitucional este supuesto por cuanto atenta contra la función de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad, consagrada por el artículo 25.2 de nuestro texto fundamental, aparte de que puede suponer una negación del principio *non bis in ídem*³³ ya que la propia condena penal es causa de expulsión administrativa³⁴. El Tribunal Constitucional³⁵ se ha pronunciado sobre este aspecto en

³¹ Vid. STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Castilla y León, Burgos, de 15 de octubre de 2012, núm. 462/2012. Visto en: http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STSJCYL_15_10_2012;jsessionid=03AD2A48C92239D41FC69BE05F222198

³² Vid. SELMA PENALVA, ALEJANDRA, *op. cit.* p. 195.

³³ Vid. MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS, FERNÁNDEZ AVILÉS, JOSE ANTONIO Y TRIGUERO MARTÍNEZ, LUIS ÁNGEL, *Comentario a la Ley y Reglamento de Extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, 2012, p.914.

³⁴ Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á. *op. cit.* p. 593.

³⁵ Vid. STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. La sentencia es derivada del Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 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. Textualmente, el párrafo 14 de la meritada sentencia admite la constitucionalidad del artículo conflictivo. Sentencia publicada en el «BOE» núm. 295, de 10 de

su Sentencia 236/2007, intentando salvar la constitucionalidad del precepto de manera confusa, estableciendo en la misma que no se produce vulneración del principio *non bis in idem*, pues las dos medidas, privación de libertad y expulsión, no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes argumentando el TC textualmente en la meritada sentencia que “están orientadas a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes”(…). Así pues, “el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, 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”.

La pervivencia de este artículo solo tiene sentido en relación con las personas extranjeras condenadas fuera de España, por lo demás su eliminación del ordenamiento parece la consecuencia lógica de la ampliación del ámbito subjetivo del artículo 89.1 CP³⁶. Lo contrario solo determinará la concurrencia de procedimientos y la pérdida de valor de la decisión del juez penal cuando decrete la no sustitución de la pena por expulsión, puesto que, con posterioridad, la autoridad gubernativa podrá imponer dicha expulsión con base en el artículo 57.2 LOEx³⁷. En conclusión, la expulsión por vía administrativa que prevé el artículo 57.2 LOEx no es la misma que la expulsión penal del artículo 89 CP y quedará prevista para:

- Casos de extranjeros no comunitarios, con residencia legal o no, condenados fuera de España, puesto que el artículo 89 CP no está previsto para penas impuestas fuera de España sino dentro³⁸, siempre que el delito cometido esté sancionado en España con penas privativas de libertad superiores al año y sus antecedentes penales no hayan sido cancelados.
- Delitos dolosos; ya que el contenido del artículo 89 CP es más amplio que el artículo 57.2 LOEx en lo referente al tipo subjetivo del delito

diciembre de 2007. Fuente: RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á. Vista en «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007.

³⁶ Vid. BOZA MARTÍNEZ, D.: *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016. p.354.

³⁷ Vid. *Íbidem*, p. 354.

³⁸ Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNDEZ, Á, *op, cit*, p. 593.

correspondiente puesto que mientras que la norma administrativa exige condena por delito doloso, la norma penal no establece ese condicionante³⁹.

Ejemplo: Ciudadano extranjero condenado en Brasil a un año y seis meses de prisión por un delito doloso de lesiones. Se podría aplicar la expulsión del artículo 57.2 LOEx, en primer lugar, porque es un delito doloso; en segundo lugar, porque ha sido condenado fuera de España (en Brasil); y porque la pena en abstracto para el delito de lesiones en España es de 3 meses a 3 años de prisión y, por tanto, superior a la de 1 año de prisión que prevé el artículo 57.2 LOEx.

Ejemplo: Ciudadano extranjero condenado en España a dos años de prisión por un delito de lesiones por imprudencia grave del art. 152.1.2º CP. En este caso se aplicaría la expulsión por vía penal al haber sido condenado en España por un delito con pena superior a un año y por ser un delito imprudente (tipo de culpabilidad que no prevé el art. 57.2 LOEx).

3.2. EXPULSIÓN PENAL

En estos supuestos se parte de la existencia de condenas penales sancionadas con penas privativas de libertad. Juega un papel muy importante el artículo 89 del Código Penal. El artículo recoge dos supuestos en relación con la duración de la pena privativa de libertad:

Si es una pena de prisión de más de un año impuesta a un extranjero, será sustituida por la expulsión aunque se permite 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, siempre se sustituirá la pena de prisión por la expulsión cuando el penado esté en el tercer grado o le sea concedida la libertad condicional⁴⁰.

Si es una pena de prisión de más de cinco años se podrá ejecutar 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

³⁹ Vid. BOZA MARTÍNEZ, D., *op. cit.* p.350.

⁴⁰ Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNEDEZ, Á. *op. cit.* p. 596.

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 condicional⁴¹.

El párrafo cuarto del artículo 89 CP hace especial hincapié en el criterio de la proporcionalidad señalando 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. Por lo que, atendiendo a los vínculos familiares, laborales, permanencia en España puede no ejecutarse la expulsión. Se trata de reconocer una situación de hecho del extranjero condenado en España, de forma que cuanto más se ha consolidado a lo largo del tiempo una situación de arraigo, mayores han de ser las razones que han de concurrir para entender proporcionada la medida de expulsión⁴². Es decir, se debe atender a las circunstancias personales del penado, algo que en la práctica se aplica, sirviendo de ejemplo la sentencia STS de 8 de julio de 2004⁴³ en el que penado reside en España desde hace 17 años, tiene constituida familia desde hace años, existiendo dos hijos menores nacidos en España que tiene bajo su patria potestad.

Si se lleva a cabo la ejecución de la expulsión existe un periodo de prohibición de entrada en el que el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. Asimismo, la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

Ahora bien, nuevamente existe un tratamiento diferenciado entre los ciudadanos de la UE y los extranjeros. Expresamente el artículo 89 CP hace alusión a ello y solo cabrá la expulsión de ciudadanos de la UE si representa una amenaza 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. Existe jurisprudencia al respecto sobre qué significa esa amenaza grave

⁴¹ Vid. *íbidem*. p. 596.

⁴² Vid. RECIO JUÁREZ, M.: *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Dykinson, 2016, p. 130 a 137.

⁴³ Cf. STS (Sala Segunda), de 8 de julio de 2004, núm. 901/2004: "Para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión". Visto en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

para el orden público, concretamente, la pertenencia a grupos terroristas⁴⁴. Además del orden público, un motivo de expulsión es poseer antecedentes por tráfico de estupefacientes atentando contra la seguridad pública. Ejemplo de ello es el *Caso Tsakouridis*⁴⁵, nacional griego con permiso de residencia en Alemania con antecedentes penales, entre ellos, por actos de tráfico ilegal de estupefacientes en cantidad elevada con pertenencia a banda organizada.

Las cuestiones procesales sobre la expulsión penal se encuentran en el apartado 3 del artículo 89.3 CP, estableciendo que, a diferencia de la expulsión administrativa donde es la Administración quien lleva a cabo el procedimiento, “el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible”, siendo competentes los juzgados del orden penal. “En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena”. Se desprende, que el órgano sentenciador tiene la obligación legal de pronunciarse sobre esta sustitución por expulsión en la sentencia condenatoria siempre que ello resulte posible; lo que exige que de alguna forma, que incomprensiblemente no se detalla, se introduzca en el juicio oral la pretensión de aplicar el artículo 89 para que se pueda abrir un debate contradictorio sobre ese extremo que garantice el derecho de defensa. Así las cosas, podría considerarse que tanto el propio tribunal por sí mismo como las propias partes podrían provocar el debate sobre esta cuestión⁴⁶. Por lo que se refiere a los casos en los que no es posible pronunciarse sobre este particular en la sentencia, cabría referirlos a situaciones en las que no habría sido posible acreditar las circunstancias

⁴⁴ Cf. STJUE de 4 de junio de 2013, (Asunto C-300/11), *caso ZZ c. Secretary of State for the Home Department*. Resolución por la que se prohíbe a un ciudadano de la Unión Europea (doble nacionalidad francesa y argelina) la entrada en el territorio de un Estado miembro por razones de seguridad pública puesto que estuvo implicado en actividades de la red del Grupo islámico armado y en actividades terroristas en 1995 y en 1996. Visto en: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>

⁴⁵ Cf. STJUE de 23 de noviembre de 2010, (Asunto C-145/09), *caso Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*. Párrafo 14: “Según el “Regierungspräsidium Stuttgart”, la conducta personal del Sr. Tsakouridis representa una amenaza real para el orden público. Los delitos de tráfico de estupefacientes que ha cometido son muy graves y existe un riesgo concreto de reincidencia. El Sr. Tsakouridis ha estado claramente dispuesto a participar por motivos económicos en el tráfico ilegal de estupefacientes. Se ha mostrado indiferente a los problemas causados por este tráfico a los drogodependientes y a la sociedad en general. El Regierungspräsidium Stuttgart considera que existe un interés fundamental de la sociedad por combatir eficazmente por todos los medios disponibles la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes, particularmente dañina desde el punto de vista social”. Visto en: <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>

⁴⁶ Cf. GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., “La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión”, *Estudios penales y criminológicos*, ISSN 1137-7550, Nº. 36, 2016, p. 66.

personales y de arraigo de la persona (así en los juicios rápidos y de enjuiciamiento inmediato) o casos en los que la persona tiene juicios pendientes o en tramitación o está condenado por otras causas. Ante esta situación, simplemente menciona el precepto que el juez o tribunal se pronunciará sobre el particular con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes. Este pronunciamiento, si atendemos a la naturaleza de la decisión, necesariamente tendría que plasmarse en un auto⁴⁷. El momento procesal oportuno para la solicitud de la expulsión sustitutiva será cuando se presenten los escritos de calificación provisional⁴⁸ y en este sentido lo usual será que tal petición se efectúe en las conclusiones provisionales, lo que permite conocer ex ante y temporáneamente tal petición para efectuar las alegaciones y probanzas que se estimen procedentes por la parte afectada⁴⁹.

⁴⁷ Vid. *íbidem*, p. 67.

⁴⁸ Cf. MUÑOZ GAYAN, M. E., *La expulsión judicial de los extranjeros como medida sustitutiva a la pena de prisión en la reforma de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo*, Tesis doctoral dirigida por María Luisa Cuerda Arnau Universitat Jaume I, 2016, p. 307. Visto en: <https://dialnet.unirioja.es>

⁴⁹ Vid. STS (Sala Segunda), de 8 de julio de 2004, nº 901/2004, Fundamento de Derecho núm. 2. La sentencia estima la impugnación de la expulsión del territorio español como sustitución de la pena de prisión por el caso de un extranjero autor de un delito contra la salud pública, en la modalidad de drogas que causan grave daño a la salud a la pena de tres años de prisión y multa, acordando la sustitución de la pena por expulsión del territorio nacional. Visto en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)

4. POTESTAD SANCIONADORA

El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la LOEx, se ajustará a la dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁵⁰. Esta referencia a la Ley 30/1992 ha de entenderse desactualizada pues corresponde a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, . Dentro de esta última, en su Capítulo III, se recogen los distintos principios que rigen la potestad sancionadora: el principio de legalidad, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, la prescripción de infracciones y sanciones y, por último, la concurrencia de sanciones. Se puede observar que estos principios coinciden con los que se contienen en la Constitución Española como por ejemplo el artículo 9.3 CE en el que se recogen los principios de legalidad, irretroactividad y responsabilidad.

Es imprescindible la existencia de una ley para el ejercicio de la potestad sancionadora tanto en materia de extranjería como en otras. La Ley 40/2015 desgrana este principio en su artículo 25, conocido como principio de legalidad. Según el mencionado artículo, la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Siguiendo el índice de esta Ley, el siguiente principio que procede a explicar es el de irretroactividad, contenido asimismo en la CE. Ello significa que serán de aplicación las normas vigentes en el momento de comisión de la infracción pero con la salvedad de que las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor.

Por otra parte, el principio de responsabilidad, recogido en el artículo 28 de la Ley 40/2015, viene a decir que las personas, ya sean físicas o jurídicas, pueden ser sancionadas cuando resulten responsables a título de dolo o culpa. No obstante, también incluye a entes cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos. Muy ligado a este principio está el principio de proporcionalidad, mencionado en el artículo siguiente, en el que establecido el grado

⁵⁰ Cf. Art. 50 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

de culpabilidad del autor de la infracción se deberá de ponderar el tipo de sanción pero que nunca implicará privación de libertad.

En el RELOEx también existe regulación sobre el ejercicio de la potestad sancionadora, desarrollándose el mismo en el Título XIV denominado "*Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*". La competencia para ordenar la incoación del procedimiento sancionador se encuentra regulada en el artículo 219.2 RELOEx y la misma corresponde a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, los Subdelegados del Gobierno, los Jefes de Oficinas de Extranjería, el Comisario General de Extranjería y Fronteras, el Jefe Superior de Policía, los Comisarios Provinciales y los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos; sin olvidar que en el acuerdo de incoación del procedimiento se nombrarán instructor y secretario, que deberán ser funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, como bien apunta el artículo 220 del mismo texto.

Siguiendo el texto del RELOEx, el mismo establece que caben actuaciones previas al inicio del procedimiento para determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación, concretando que dichas actuaciones se orientarán especialmente a determinar con la mayor precisión posible los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros⁵¹.

4.1. TIPOS DE INFRACCIONES

Acorde con el principio de tipicidad, en el Título III de la LOEx se encuentran los distintos tipos de infracciones y las sanciones correspondientes. Respecto a las infracciones, son clasificadas en tres grupos: leves (art. 52 LOEx), graves (art. 53 LOEX) o muy graves (art. 54 LOEX).

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 52 LOEx, las infracciones leves se corresponden con acciones u omisiones de carácter documental o comunicativo, es decir, no comunicación de aspectos básicos para seguir permaneciendo en el país, como por ejemplo, un cambio de domicilio o estado civil. Las sanciones que se

⁵¹ Cf. Art. 218 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (RELOEx).

impondrán a las infracciones leves se hallan en el art. 55.1 a) LOEx y siempre será una multa de hasta 500 euros.

Siguiendo el texto de la LOEx, en el art. 53, se tipifican las infracciones graves que podrán ser sancionadas con multa de desde 501 euros hasta 10.000 euros. Están referidas a que el extranjero esté en situación irregular en España, determinadas conductas del empleador o fraude. Entre ellas están una serie de acciones bastante comunes como los denominados “matrimonios de conveniencia”, trabajar en España sin la correspondiente autorización de trabajo o el supuesto de reincidencia, entendiéndose la misma como la comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.

Por último, el artículo 54 LOEx se refiere a las infracciones muy graves. Aquí se regulan tanto determinadas conductas del extranjero, como pueden ser las contrarias a la seguridad nacional, como conductas de empleadores o de terceras personas, que serán expulsadas si son extranjeros. En estos casos la Ley sanciona con multas desde los 10.001 euros hasta los 100.000 euros o incluso la expulsión.

En cuanto a la sanción de expulsión prevista en el art. 57 LOEx, nunca se impondrá por la comisión de infracciones leves. Sí para el caso de las infracciones muy graves así como para algunas infracciones tipificadas como graves, alternativamente a la multa, como son las contenidas en el artículo 53.1 a), b), c) d) y f), en concreto:

- 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.
- Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.
- 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 la LOEx, siempre que tales hechos no constituyan delito.

- 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.
- 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.

4.2. TIPOS DE PROCEDIMIENTO

En materia de extranjería existen tres procedimientos distintos: simplificado preferente y ordinario. La principal diferencia entre ellos es que se iniciará uno u otro en atención al tipo de infracción cometida.

El denominado procedimiento simplificado es el aplicable a las infracciones tipificadas como leves previstas en el artículo 52 LOEx. Se inicia de oficio y debe finalizar como máximo en dos meses desde el inicio. Puesto que la comisión de una infracción de carácter leve no se puede sancionar con la expulsión, tampoco se podrá acordar la misma por este procedimiento.

De la lectura del artículo 226 RELOEx se extrae, y además como su nombre indica, que el procedimiento general será el ordinario. Sólo en determinados casos será iniciado el procedimiento preferente que corresponde con los supuestos señalados en el artículo 234 del Reglamento.

4.2.1. Procedimiento preferente

Este procedimiento está previsto en los artículos 234 a 237 RELOEx y sólo se utiliza en los supuestos de infracciones tipificadas en los apartados a) y b) del artículo 54.1, así como en las letras d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero:

- Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. (Infracción muy grave)
- Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas

en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito. (Infracción muy grave)

- 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. (Infracción grave)
- La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. (infracción grave)
- 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.

Y, por último, se tramitarán por el procedimiento preferente aquellas infracciones previstas en la letra a) del artículo 53.1 LOEx, es decir, si el extranjero se encuentra 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 siempre y cuando concurra riesgo de incomparecencia; el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos; o el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional (art. 63.1 LOEx). En la práctica se observa que la Administración tiene cierta predilección por este procedimiento. En el caso de la comisión de la infracción contenida en el artículo 53.1 a) LOEx, se ven varios casos de personas que han estado inmersas en este procedimiento cuando no había suficientes motivos para ello. Para que se pueda acudir al procedimiento preferente es necesario que se cumpla algunos de los mencionados requisitos del artículo 63.1 LOEx y siempre motivando su existencia. Tal es así que han llegado casos de esta índole a los Juzgados. La Sentencia TSJ Sala de lo Contencioso de Castilla y León (Valladolid) de 24 de febrero de 2012⁵² pronuncia que "no es suficiente invocar en abstracto que concurre cualquiera de los supuestos del artículo 63.1 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, sino que es preciso concretar en cada caso porqué se estima por la administración que se debe adoptar la decisión, pues, en otro caso, se estaría ante un supuesto incontrolable, desde el momento en que el administrado

⁵² Cf. STSJ Sala de lo Contencioso de Castilla y León (Valladolid) de 24 de febrero de 2012. Visto en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ).

extranjero nunca podría llegar a combatir eficazmente esa decisión y tendría que pechar, quisiera o no, con ella". Posteriores sentencias siguen esta misma línea considerando que, por ejemplo, mencionar riesgo de comparecencia de manera genérica sin responder a ningún tipo de razón que lo sostenga no es causa para aplicar el procedimiento preferente⁵³.

En este sentido, es adecuado traer a colación la sentencia TSJ Castilla-La Mancha nº 10241/2014, de fecha 1 de septiembre de 2014⁵⁴ en la cual se sintetizan las peculiaridades del procedimiento preferente frente al ordinario que dispone la LOEx. La sentencia, a modo de resumen, extrae las características del procedimiento preferente:

1) No se prevé, al menos de forma expresa, un contenido mínimo del acuerdo de incoación según reclama el art. 227 del Reglamento para el procedimiento ordinario.

2) Las alegaciones deben formularse en 48 horas frente a los 15 días del procedimiento ordinario.

3) La prueba se ha de practicar en 3 días frente al plazo de entre 10 y 30 días propio del procedimiento ordinario.

4) Las alegaciones a la propuesta de resolución deben verificarse en 48 horas en lugar de en 15 días.

5) Cabe la adopción de la medida de internamiento, proscrita en el procedimiento ordinario.

6) La resolución se adoptará "de forma inmediata", en lugar de en 10 días, en atención al carácter preferente y urgente del procedimiento.

7) La ejecución de la expulsión, de acordarse ésta, será inmediata, frente al plazo de cumplimiento voluntario de entre 7 y 30 días del procedimiento ordinario.

⁵³ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Salamanca nº139/13, de 14 de mayo de 2013 y Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Sevilla nº287/14, de 25 de septiembre de 2014. Vistas en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)

⁵⁴ Cf. STSJ Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso, de 01 de septiembre de 2014, núm. 10241/2014: "El recurso de apelación tiene como alegato fundamental la nulidad de la resolución sancionadora por haberse dictado haciendo aplicación no motivada e indebida del denominado "procedimiento preferente". Visto en: <https://www.iberley.es/> y <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)

A continuación, la meritada resolución realiza una crítica sobre la notable celeridad que caracteriza a este procedimiento: “esto dota a este procedimiento de una extraordinaria reducción de los márgenes de alegación (que se miden en horas), de prueba (tres días frente a la posibilidad de 30, lo que puede impedir por ejemplo la práctica de cualquier prueba que pueda requerir la remisión de un oficio a otra localidad, la localización por el interesado de un testigo o cualquier diligencia semejante) e incluso de recurso, pues la ejecución "inmediata" de la expulsión puede colocar al extranjero ante una situación de extrema dificultad para ejercitar las acciones legales con efectividad y margen para que en su caso puedan adoptarse medidas cautelares a tiempo”.

En todas estas infracciones descritas se podrá acordar la expulsión (alternativamente a la multa) atendiendo al principio de proporcionalidad por el procedimiento preferente.

Si se deduce oportunidad para acordar la expulsión se dará traslado del acuerdo de iniciación motivado por escrito al interesado para que alegue o proponga prueba en el plazo de cuarenta y ocho horas lo que considere adecuado. De estimarse por el instructor la pertinencia de la realización de prueba propuesta, ésta se realizará en el plazo máximo de tres días. El instructor formulará propuesta de resolución que se notificará al interesado y le dará trámite de audiencia en el que se le concederá un plazo de cuarenta y ocho horas para formular alegaciones y presentar los documentos que estime pertinentes.

4.2.2. Procedimiento ordinario

Este procedimiento sanciona las infracciones calificadas como graves y muy graves y para supuestos que no se sancionen mediante el procedimiento preferente⁵⁵.

Se inicia a través de acuerdo que deberá tener un contenido mínimo. Debe identificar a la persona o personas presuntamente responsables; exponer los hechos que motivan la incoación del procedimiento de modo sucinto, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder; el instructor y, en su caso, secretario del procedimiento; indicar el órgano competente para la resolución del expediente y la norma que le atribuye tal competencia así como la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad; las medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el

⁵⁵ Cf. Arts. 226 al 233 RELOEx.

procedimiento sancionador; y, por último, señalar el derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio.

La especialidad de la sanción de expulsión implica a su vez que dicho acuerdo deba reseñar expresamente los derechos que tienen los extranjeros en este procedimiento. Tendrán asistencia letrada que será proporcionada de oficio y a ser asistido por intérprete si no comprende o no habla castellano, en caso de no contar con suficientes recursos económicos.

En este procedimiento los interesados dispondrán de un plazo de quince días para aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, proponer las pruebas y concretar los medios de que pretendan valerse. En lo referente a la prueba, el órgano instructor podrá acordar la apertura de un periodo de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a 10 días. La práctica de las pruebas que el órgano instructor estime pertinentes, entendiéndose por tales aquellas distintas de los documentos que los interesados puedan aportar en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. Cuando la valoración de las pruebas practicadas pueda constituir el fundamento básico de la decisión que se adopte en el procedimiento por ser pieza imprescindible para la evaluación de los hechos, deberá incluirse en la propuesta de resolución.

Antes del trámite de audiencia y de dictar la resolución y una vez concluida en su caso la prueba, el órgano instructor del procedimiento formulará la propuesta de resolución en la que se fijarán de forma motivada los hechos y se especificarán los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables y se fijará la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso, por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por su instructor, o bien se propondrá la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad, siempre en base a criterios de proporcionalidad teniendo en consideración el grado de culpabilidad del infractor. La propuesta de resolución se notificará a los interesados acompañándose una relación de los documentos que obren en el procedimiento para que los interesados puedan obtener las copias de los que estimen convenientes y se les concederá un plazo de quince días para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que estimen pertinentes ante el instructor del procedimiento.

El último paso del procedimiento ordinario es la resolución y antes de dictarla, el órgano instructor puede realizar actuaciones complementarias si es necesario y

deberán practicarse en un plazo no superior a 15 días. La resolución se adoptará en el plazo de 10 días desde la recepción de la propuesta de resolución y los documentos, alegaciones e informaciones que obren en el procedimiento.

Las diferencias entre el procedimiento ordinario y el preferente, son eminentemente, en cuestión de celeridad. Los plazos en el procedimiento preferente son bastantes reducidos para cada trámite del procedimiento. Con carácter general la Ley prevé el procedimiento ordinario, que otorga un plazo de 15 días al abogado para presentar las alegaciones oportunas y cuya sanción final habitualmente será una multa. Si se decide la expulsión, deben justificar por qué adoptan esta medida más grave en vez de una multa y deben conceder un plazo para salir del país voluntariamente. El procedimiento preferente tiene consecuencias más gravosas. En este caso, el plazo para que se hagan las alegaciones es de tan sólo 48 horas, la sanción es casi siempre expulsión y no hay plazo de salida voluntaria sino que la obligación de salir es inmediata y forzosa. Además, la utilización del procedimiento preferente permite ingresar al detenido en el Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE)⁵⁶.

Procedimiento	Alegaciones	Práctica de prueba	Alegaciones contra la resolución	Salida voluntaria
Ordinario	15 días	Máximo 30 días	15 días	7-30 días
Preferente	3 días	Máximo 3 días	48 horas	Inmediata

Tabla 1. Diferencias entre el procedimiento ordinario y el procedimiento preferente.

4.3. SUSPENSIÓN EN SUPUESTOS DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS. EL ARRAIGO

Existe la posibilidad de que extranjeros que se encuentren en España de forma irregular puedan obtener una autorización de residencia temporal por causas

⁵⁶ Vid. Guía elaborada por Pueblos Unidos y el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid: *Estancia irregular: ¿Multa o expulsión?* p. 6. Visto en: http://crsa.icam.es/docs/Proy_GuiaPueblosUnidosEspanol.pdf

excepcionales⁵⁷. El artículo 123 RELOEx y siguientes recogen estas causas en atención a las circunstancias excepcionales que concurren, y dispone que se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en:

- Supuestos de arraigo.
- Protección internacional.
- Razones humanitarias.
- Colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público.

El extranjero que esté siendo sometido a un procedimiento de expulsión puede suspender el mismo alegando el arraigo que ya tiene en nuestro país. Ello quiere decir que el extranjero puede regularizar su situación en España si cumple una serie de requisitos. Expresamente, el artículo 124 RELOEx dispone que se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo laboral, social o familiar. Tres tipos de arraigo con sus condiciones particulares que, en teoría, permitirían al extranjero acceder a una autorización de residencia temporal.

En primer lugar, este artículo habla del arraigo laboral cuyas dos condiciones podrán ayudar al extranjero a regularizar su situación. Estas dos condiciones son inseparables y son acreditar la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años (careciendo de antecedentes penales en España y país de origen) y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. Para alegar estas dos circunstancias el interesado deberá presentar una resolución judicial que reconozca dicha relación laboral o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite.

Seguidamente, el RELOEx regula el arraigo social que requiere acreditar la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y, acumulativamente, carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año y tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social. La relación laboral ha de basarse solo en un contrato excepto en el

⁵⁷ Vid. GIMÉNEZ BACHMAN, M.: *La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 309-332.

sector agrario o en el caso de desarrollo de actividades en una misma ocupación. En cuanto a los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa, siempre que cuenten con autorización de residencia. Es importante en este asunto y, sobre todo en el matiz de la autorización de residencia para alegar el arraigo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1136/2018 de 3 de Julio de 2018⁵⁸ en el que el arraigo social o familiar de un extranjero que llegó a España siendo menor de edad, ha desaparecido por cumplir la mayoría de edad y a su vez por incumplimiento de la obligación de abandonar el país como consecuencia de la denegación de solicitudes de autorización de residencia en resoluciones administrativas firmes. Si bien es cierto que el interesado ha llegado a España hace muchos años, a juicio de la Sala, no puede sostener una situación de arraigo, basada en la estancia prolongada en territorio español, el extranjero que se mantiene en España vulnerando decisiones firmes que conllevan la obligación de abandonarla. En conclusión, ese periodo de tiempo, en el que se han incumplido resoluciones firmes, no puede servir para justificar un arraigo.

El arraigo social, según el mismo artículo 124.2 c) RELOEx, puede ser acreditado mediante informe, en el cual deberá constar, el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales.

El último supuesto de arraigo es el familiar, regulado en el párrafo 3 del artículo 124 RELOEx. En este caso se deberá de acreditar alguna de las siguientes circunstancias: si se trata de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo; o alternativamente, si se trata de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles. Prima en este supuesto el vínculo jurídico de la nacionalidad.

⁵⁸ Cf. STS (Sala Tercera) de lo Contencioso-administrativo, nº 1136/2018 de 3 Julio de 2018. Visto en: <http://conflictuslegum.blogspot.com> y <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Arraigo laboral	Arraigo social	Arraigo familiar
Permanencia continuada en España mínimo 2 años	Permanencia continuada en España mínimo 3 años	Padre o madre de un menor de nacionalidad española.
Relaciones laborales de más de 6 meses	No antecedentes penales. Contrato de trabajo más de 1 año. Vínculos familiares/ integración social	Hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles

Tabla 2. Diferencias entre los tipos de arraigo.

Otra de las causas de suspensión de la expulsión es la protección internacional. El artículo 125 RELOEx mantiene que se podrá conceder una autorización por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en los artículos 37.b) y 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección internacional, así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado en la normativa sobre protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas.

También se observa esta posibilidad por razones humanitarias, por ejemplo, a los extranjeros víctimas de los delitos contra los derechos de los trabajadores o víctimas de delitos que cometa el encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad. Además, entran dentro de esta categoría, víctimas de delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación tipificada en el artículo 22.4 del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, siempre que haya recaído resolución judicial finalizadora del procedimiento judicial en la que se establezca la condición de víctima de tales delitos. Hay que traer a colación la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 8ª) de 13 de mayo de 2013, en la cual una mujer víctima de trata pidió la autorización de residencia por protección internacional. La audiencia estimó en parte el recurso

pero no por protección internacional sino por razones humanitarias pues “no procede otorgar a la recurrente la condición de refugiada y el asilo que solicita, tal y como hace la resolución impugnada pues la solicitante no ha tenido problema alguno con las autoridades de su país, sino con los integrantes de la red que la trajo a España, con el fin de dedicarla a la prostitución”.

El extranjero también obtendrá la autorización de residencia temporal por razones humanitarias si acredita sufrir una enfermedad sobrevenida⁵⁹ de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, no accesible en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida.

Si un extranjero que se encuentra irregular colabora con la autoridad administrativa, policial, fiscal o judicial en cuestiones ajenas a la lucha contra redes organizadas, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España, el artículo 127 RELOEx permite a dichas autoridades instar a los órganos competentes la concesión de la autorización de residencia a la persona que se encuentre en alguno de estos supuestos.

4.4. LA RESOLUCIÓN DE LA EXPULSIÓN

Existen aspectos concretos en los procedimientos sancionadores para acordar la sanción de la expulsión. Se regulan en los artículos 241 a 248 RELOEx.

El acuerdo de iniciación del procedimiento de expulsión debe contener, como mínimo, el derecho del interesado a la asistencia jurídica gratuita en el caso de que carezca de recursos económicos suficientes, a la asistencia de intérprete si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen y la prohibición de entrada así como su duración.

⁵⁹ Cf. STS (Sala Tercera), de 10 de Enero de 2007, núm. de recurso 39/2005: “De lo que se trata es de proteger al extranjero que descubra una enfermedad de carácter grave, pero no promover que entren y permanezcan en España ilegalmente aquellos extranjeros que padezcan enfermedades que en su país no son tratables, con la finalidad, precisamente, de tratarse esas enfermedades. No persigue sino, precisamente, hacer que quien venga no prevea su enfermedad y el correspondiente tratamiento, sino que, siendo otra la motivación, le aparezca la enfermedad que, por razones humanitarias, se entiende procedente que se trate en España y, consecuentemente, se conceda la autorización por razones humanitarias”. Visto en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)

El instructor podrá adoptar en cualquier momento mediante acuerdo motivado las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución, recordando que, solo se podrá acordar la medida de internamiento en un CIE si se ha seguido el procedimiento preferente y si, por el contrario, ha sido tramitado un procedimiento ordinario no puede acordar esta medida concreta.

La resolución siempre deberá estar motivada además de indicar los recursos que se pudieran interponer.

Es importante resaltar que esta resolución lleva consigo la prohibición de entrada en el territorio español e incluso se hará extensiva a los territorios de los Estados con los que España haya suscrito acuerdo en ese sentido. La prohibición de entrada no durará más de cinco años pero excepcionalmente se podrá imponer una duración de hasta diez años en el caso cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública.

En caso de que el extranjero abandone el territorio nacional durante la tramitación del expediente, no se impondrá prohibición de entrada o se revocará la prohibición de entrada impuesta si el extranjero lo abandona en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión. Para que ello resulte, la salida del territorio deberá ser oportunamente comunicada al órgano competente, siempre que el expediente sancionador haya sido tramitado por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 53.1 LOEx⁶⁰.

Una de las cuestiones es la de aclarar si durante el tiempo que dura el procedimiento hasta su resolución queda en suspenso la orden de expulsión⁶¹. Así se puso de manifiesto en los casos en los que la ejecución de la resolución pudiera producir efectos irreversibles, como ocurre en casos en que la persona expulsada pudiera ver peligrar su derecho a la vida o el derecho a no ser sometido a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La noción de recurso efectivo en el sentido del artículo 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las

⁶⁰ Tipificadas como infracciones graves: 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; y 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.

⁶¹ Vid. BOLLO AROCENA, M. D.: *Expulsión de extranjeros, Derecho Internacional y Derecho Europeo*, Aranzadi, 2016, p. 151. En este sentido, *vid.* p. 152, 153 y 154.

Libertades Fundamentales⁶² requiere la posibilidad de hacer suspender la ejecución de una medida de expulsión. El TEDH ha estimado que solo puede hablarse de recurso efectivo en la medida en que este permita que se aplaze la ejecución de la expulsión y que en materia de expulsión del territorio, un recurso desprovisto de efecto suspensivo automático no cumple las condiciones de efectividad requeridas por el artículo 13 del Convenio⁶³.

En la Directiva 2008/115/CE en su artículo 13.1 prevé que se concederá al nacional de un tercer país de que se trate el derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno o pidiendo que se revisen éstas, ante un órgano jurisdiccional, una autoridad administrativa u otro órgano competente compuesto por miembros imparciales y con garantías de independencia. Asimismo, en el párrafo siguiente se establece la posibilidad de que los Estados suspendan temporalmente la ejecución de la decisión, salvo cuando la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la legislación nacional⁶⁴.

Sin embargo, en el ordenamiento español la suspensión puede prosperar (*vid.* epígrafe 4.3) si el órgano a quien compete resolver el recurso⁶⁵, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado si la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación⁶⁶. El TS mantiene una actitud favorable a la suspensión de las resoluciones administrativas que la ordenan, principalmente cuando la persona afectada tiene arraigo en España, pues la ejecución de la orden de expulsión puede

⁶² *Vid.* Art. 13 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950: "Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales". «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

⁶³ *Vid.* STEDH (Sección tercera) de 22 de abril de 2014, Demanda núm. 6528/11, caso A.C. y otros *c. España*, párrafos 84 a 88: Asunto en el cual España no garantiza el derecho de 30 solicitantes de asilo. España vulneró el artículo 13 de la Convención comunitaria (el derecho a un recurso efectivo), en combinación con los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes. Visto en: <http://www.migrarconderechos.es>

⁶⁴ *Vid.* Cuadro 9 de la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de retorno de la UE, COM/2014/0199: Los países que tienen recursos con efecto suspensivo automático son Austria, República Checa, Dinamarca, Francia, Lituania, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovenia y Reino Unido. En cuanto a España el cuadro establece que podría tenerlo mediante decisión de una autoridad judicial o administrativa competente

⁶⁵ *Vid.* BOLLO AROCENA, M. D. *Op. cit.* p. 154.

⁶⁶ *Vid.* Art. 117.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

causar a los interesados daños de difícil reparación que en parte afectarían a su situación personal; por ello, en estos casos debe ponderarse la medida en que el interés público exija su ejecución, obligando a la Administración a probar con alegaciones concretas y no meras generalizaciones que la suspensión de la orden de expulsión perjudica gravemente a los intereses generales⁶⁷.

4.5. EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN

Las resoluciones de expulsión se ejecutan de distinta forma según provengan de un procedimiento preferente u ordinario (art. 63 LOEx y 63 bis LOEx), que son los procedimientos en los que puede haber una resolución de expulsión.

Si la resolución ha sido dictada a través de un procedimiento preferente, se ejecutará de forma inmediata (art. 63.7 LOEx y 246.1 RELOEX). En cambio, las resoluciones de expulsión del territorio nacional que se dicten en procedimientos de tramitación ordinaria contendrán el plazo de cumplimiento voluntario para que el extranjero abandone el territorio nacional, plazo que oscilará entre siete y treinta días (arts. 63 bis LOEx y 246.2 RELOEX).

Cabe prórroga del plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión en atención a las circunstancias que concurran en cada caso concreto. Si el extranjero no ha abandonado el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario, se procede a su detención y conducción hasta el puesto de salida donde se hará efectiva la expulsión.

En cuanto a los gastos de ejecución de la resolución de expulsión serán a costa del extranjero si dispone de medios económicos; en caso contrario, se comunicará dicha circunstancia al representante diplomático o consular de su país.

Es perfectamente posible⁶⁸ que la expulsión sea sustituida por la salida obligatoria si el extranjero cumple con una serie de requisitos (art. 246.5 RELOEX):

⁶⁷ Cf. STS (Sala Tercera), de 23 de Enero de 2001, núm. de recurso 11697/1998: El caso versa sobre una mujer nacional colombiana que acordada su expulsión del territorio nacional, por acreditarse en el expediente administrativo tramitado que se encontraba trabajando sin tener el permiso correspondiente y carecer de medios lícitos de vida. La recurrente a la fecha de interposición del recurso contencioso-administrativo, convivía con su novio, ciudadano español, y se encontraba embarazada de éste, según se acredita de la certificación expedida por el centro obstétrico-ginecológico; además poseían en arrendamiento un piso. Visto en: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)

⁶⁸ Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNEDEZ, A. *op. cit.*, p.598.

- Si se hubiera atendido el periodo de cumplimiento voluntario de la sanción.
- Si dispusiera de medios económicos y asumiera el coste de la repatriación de manera voluntaria.
- Que la infracción que haya motivado la resolución de expulsión sea la permanencia irregular (art. 53.1 a) LOEx) o encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida (art. 53.1 b) LOEx).
- Que existan garantías suficientes o pueda comprobarse la realización de la oportuna salida obligatoria.
- Que el extranjero esté por su nacionalidad sometido a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores en aplicación de un acuerdo de régimen común de visados, de carácter internacional, en el que España sea parte, es decir un visado del Acuerdo Schengen.

Ahora bien, existen supuestos tasados en los que la expulsión se puede suspender en virtud de un procedimiento ordinario (art. 246.7 RELOEx):

- Si el extranjero formulase petición de protección internacional, se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, de conformidad con lo establecido en la normativa de protección internacional⁶⁹.
- Casos de mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre.
- Personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud.
- Tener a cargo menores escolarizados. La expulsión en este caso se suspenderá hasta que el curso académico finalice.

Los actos y resoluciones administrativas adoptados en relación con los extranjeros son recurribles como establece el artículo 21 LOEx y el régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente. De su lectura se extrae que se han

⁶⁹ *Vid.* Art. 19 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria: "Solicitada la protección, la persona extranjera no podrá ser objeto de retorno, devolución o expulsión hasta que se resuelva sobre su solicitud o ésta no sea admitida".

de tener en cuenta las disposiciones que establezca la Ley 39/2015 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que hace una regulación por remisión. Concretamente, el artículo 117 Ley 39/2015 establece, atendiendo a la ejecutividad inmediata de las resoluciones administrativas que “la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho”.

Específicamente, en la regulación del procedimiento preferente, esto es, en el artículo 236.3 RELOEx se remarca que los extranjeros tienen derecho a recurso pero sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de ella. Por tanto, los recursos no tienen efecto suspensivo.

Por otra parte, en el ámbito de la expulsión penal, la ejecución de la expulsión corresponde al Juez o Tribunal sentenciador según el sistema general de ejecución⁷⁰ previsto en los artículos 984 a 986 LECrim, para ello, conforme a la DA 17ª párrafo 2º de la LO 19/2003 de modificación de la LOPJ, los órganos judiciales comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.

⁷⁰ Cf. RECIO JUÁREZ, M. *op. cit.* p. 235.

Ello no obsta a que, como prevé el artículo 89.8 CP, en caso de que al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 89 CP, (*vid. epígrafe 3.2*) el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros.

4.6. EFECTOS DE LA EXPULSIÓN

La expulsión posee varios efectos⁷¹: por un lado, el primer efecto que produce es la salida obligada del extranjero del territorio español; el segundo efecto es la prohibición de entrada; y por último, 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 (art. 57.4 LOEx).

En lo que se refiere a la prohibición de entrada, regulada en el artículo 58.1 LOEx, la duración de dicha prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años a no ser que el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, en cuyo caso se podrá alargar hasta 10 años.

No obstante, la autoridad competente no impondrá la prohibición de entrada cuando el extranjero hubiera abandonado el territorio nacional durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 53.1 LOEx (esto es, encontrarse irregularmente en territorio español y encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida), o revocará la prohibición de entrada impuesta por las mismas causas, cuando el extranjero abandonara el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión⁷².

Concretamente, en la expulsión penal, los efectos de una expulsión comprenden según el artículo 89.5 CP, la salida del extranjero de España y la

⁷¹ Vid. RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNEDEZ, Á. *op. cit.*, p.600.

⁷² Vid. ABARCA JUNCO, A. P., ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LACRUZ LÓPEZ, J. M., MARTÍN DÉGANO, I., VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: *El extranjero en el Derecho español*, Dykinson S.L., 2015, p.120.

prohibición de entrada en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

El segundo de los efectos de una expulsión penal es el archivo de los procedimientos administrativos que tuvieran por objeto residir o trabajar en España (art. 89.6 CP).

5. CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA EXPULSIÓN EN LA PRÁCTICA

5.1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad significa que la pena a imponer debe ser adecuada para el delito cometido. Conforme al artículo 6.2 CP “las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”. Se desprende del artículo que se atiende al criterio de la peligrosidad.

En el caso de la expulsión por condenas penales, si en el supuesto de la expulsión como medida sustitutiva de la pena, esta se incorpora para delitos con un mínimo de gravedad, identificando con la condena a más de un año de prisión, la expulsión como medida de seguridad se impone a todas las conductas cometidas por personas extranjeras en situación irregular en España, independientemente de la estimación sobre su peligrosidad y de la valoración sobre el hecho cometido⁷³. La conculcación de este principio se plantea, en primer lugar, precisamente, en relación con su generalización como respuesta penal; es decir, esta generalización de la sanción de expulsión se prevé de igual forma para el supuesto de permanencia irregular en España que para un supuesto tipificado penalmente⁷⁴.

Por ejemplo, si se produce la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión, cuando el extranjero haya estado en prisión provisional durante bastante tiempo, la STC 145/2006, de 8 de mayo de 2006⁷⁵ pronuncia en este aspecto que dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado, realmente se produciría una acumulación sucesiva de dicha pena y de la medida de expulsión, efecto que no se desprende en modo alguno del artículo 89.1 CP pudiéndose, además del principio de proporcionalidad, estar vulnerando el principio *non bis in ídem*.

La regulación de la expulsión, en consecuencia, ocasiona una vulneración del principio de proporcionalidad en sentido estricto, tanto en su ámbito abstracto como en su consideración concreta, esto es, tanto en su generalización como respuesta penal como en su concreta aplicación en cada caso.

⁷³ Vid. BOZA MARTÍNEZ, D. *op. cit.* p.374.

⁷⁴ Vid. *Íbidem*, p. 374.

⁷⁵ Vid. STC 145/2006, de 8 de mayo de 2006: expulsión de un extranjero del territorio nacional en sustitución de una pena privativa de libertad en avanzado grado de ejecución. Visto en: «BOE» núm. 136, de 8 de junio de 2006 y <http://hj.tribunalconstitucional.es/>

5.2. LA DIRECTIVA 2008/115/CE

Es clara la tendencia de Europa de regular las políticas de migración y ello ha desembocado en la creación de la Directiva 2008/115/CE⁷⁶. Para desgranar esta Directiva Retorno es menester un análisis de cumplimiento de los distintos derechos que deben tener los extranjeros ante un procedimiento de expulsión y una comparación entre la misma y la legislación vigente en España en materia de extranjería.

En los Considerandos de la Directiva⁷⁷ se puede observar que impera el respeto por un “procedimiento justo y transparente”, por las “garantías jurídicas”, un “trato digno y humano” y por el “principio de proporcionalidad” entre otros.

Ahora bien, aunque parece que se garantiza diversos derechos fundamentales, quedan un poco en incógnita las obligaciones de los Estados⁷⁸. En su Capítulo III titulado “Garantías procedimentales” deja mucho que desear en cuanto a dichas garantías. Por ejemplo, en el artículo 12.2 se establece que los Estados miembros proporcionarán traducción escrita u oral de los principales elementos de las decisiones relativas al retorno pero inmediatamente después, en el apartado 3 se observa que esta supuesta garantía no está tan blindada como parece ya que los Estados miembros podrán decidir no aplicar el apartado 2 a los nacionales de terceros países que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en él. Asimismo, en el artículo 13.4 de la Directiva se establece que los Estados “velarán por que la asistencia jurídica y/o la representación legal necesaria se conceda”, sin que quede claro si los Estados están obligados a ello.

La Directiva Retorno intenta simular unas garantías para los extranjeros que en realidad no les proporcionan facilidades sino que son supuestos de no acción legalmente permitidos a los Estados.

Por otra parte, el artículo 6.1 prevé que los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio. Como refiere la citada STJUE sobre el caso *Zaizoune*, salvo supuestos de excepción, la expulsión es la medida necesaria para

⁷⁶ Vid. 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, «DOUE» núm. 348, de 24 de diciembre de 2008.

⁷⁷ Cf. Considerandos (6), (11), (13) y (17).

⁷⁸ Vid. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A.: “Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE”. *Persona y derecho* vol. 68 / 2013/1 159-179 159, ISSN 0211-4526

garantizar el retorno. Conforme a la Directiva de Retorno existen supuestos excepcionales en los que habría que someter a reconsideración si procede la sanción de expulsión. El art. Artículo 5 de la Directiva se refiere a la " no devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud" y señala que al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta estas circunstancias. En lo que respecta a la jurisprudencia española, la STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia de 19 de octubre de 2018 (núm. 422/2018), se desestima el recurso planteado por una mujer extranjera a la que se acordó la expulsión debido a su estancia irregular en España. El TSJ de Murcia aduce, tanto a la sentencia del caso *Zaizoune* como a la STS (Sala Tercera) núm. 980/2018, de 12 de junio de 2018 para confirmar la sentencia recurrida y alegar que lo procedente es decretar la expulsión pues se determina que la recurrente se encontraba en situación irregular en España y que, por lo tanto, la Administración debía acordar medidas para garantizar el retorno "al no concurrir en este caso ninguno de los supuestos de excepción previstos en el art. 5 de la Directiva Retorno puesto que la mujer sólo acredita que tiene identidad acreditada, que tiene domicilio conocido y que tiene contratada la asistencia sanitaria. En este caso, la medida de retorno no pone en peligro ni afecta a la vida en familia, ni al superior interés del menor, ni pone en peligro la salud del afectado por la medida de expulsión".

CONCLUSIONES

1. En este trabajo se han analizado los distintos tipos de expulsión que existen en nuestro ordenamiento, que son la administrativa y la penal, diferenciándose, principalmente, en la jurisdicción en la que se encuadran y en los motivos para acordarla. Por una parte, la expulsión administrativa, regulada en la LOEx, se realiza siempre por la autoridad administrativa, es decir al margen de un procedimiento judicial mientras que la expulsión penal, prevista en el Código Penal, se realiza por los juzgados y tribunales del orden penal.

2. En el supuesto de expulsión administrativa es alternativa a la multa como se ha dispuesto en la LOEx pero en caso de que se esté ante el supuesto de un extranjero en situación irregular, la Directiva 2008/115/CE no prevé la sanción de multa sino la expulsión. Sin embargo, se entiende que no habría contradicción entre la norma española y la europea pues la resolución gubernativa que sanciona la estancia irregular no solo contiene una multa económica sino que conlleva asimismo e imperativamente la obligación legal de abandono del territorio español en el plazo de 15 días naturales, con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación.

3. La expulsión penal, regulada en el Código Penal, implica que se podrá sustituir la pena de prisión por la expulsión del territorio español del extranjero. Ello será aplicable en dos supuestos que atienden a la duración de la pena. Si la pena de prisión es superior a un año se podrá sustituir por la expulsión pero el artículo 89 CP permite acordar la ejecución de hasta dos tercios de la pena de prisión y aplicar a continuación la expulsión de España del extranjero. El segundo supuesto comprende criterios para mantener el orden jurídico en el caso de que sea una pena de prisión de más de cinco años en la cual se podrá ejecutar de todo o parte de la pena. Asimismo, siempre se sustituirá la pena por la expulsión cuando el extranjero penado esté en tercer grado o tenga concedida la libertad condicional.

4. En lo referente a la ejecutividad de la resolución de expulsión se destacan diferencias entre el procedimiento preferente y el procedimiento ordinario. Destaca la inmediatez de la ejecución de la resolución dictada en el procedimiento preferente mientras que la derivada de un procedimiento ordinario contiene un plazo de cumplimiento voluntario de entre 7 y 10 días para que el extranjero abandone el territorio español. Nuevamente, es diferente la ejecución derivada de un procedimiento penal. En este supuesto será el juez o tribunal ejecutará la expulsión por el sistema general de ejecución contenido en la LECrim. A tales efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso,

dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial.

5. Se debe destacar la rapidez con la que se puede resolver un procedimiento preferente. Apenas se deja un margen de actuación para el sujeto afectado, teniendo un plazo de alegaciones de tan solo 3 días. Aparte de este reducido plazo, está la generalidad con la que la Administración valora si puede existir riesgo de incomparecencia. Mencionar el riesgo de comparecencia de manera genérica sin responder a ningún tipo de motivación razonada que lo sostenga no es causa para la aplicación del procedimiento preferente, sino que la Administración debe motivar en cada caso qué razones de peso existen ya no solo en esta circunstancia del riesgo de comparecencia sino en todas las causas del artículo 63.1 LOEx.

6. Es característica la complejidad que presenta el artículo 57.2 LOEx. Solo por el hecho de tener antecedentes penales (castigados con más de un año de privación de libertad en España) se puede acordar una orden de expulsión. Este plazo, de mínimo un año, provoca que una persona tenga que abandonar el país por un delito que cometió y que ya está juzgado fuera de España. Esta consecuencia deja entrever un obstáculo para el sujeto afectado puesto que por tener antecedentes penales por un delito cuya pena puede ser por ejemplo, año y medio, ya lleva consigo la posibilidad de que esa persona tenga que abandonar el país. Es obvio que es necesaria una prevención respecto a determinados individuos que puedan atentar contra la seguridad pública pero esta generalidad de la norma permite “meter en el mismo saco” para proceder a la expulsión a toda clase de personas por contar con antecedentes. El Estado es quien demuestra la condena penal y el encargado de medir a peligrosidad durante el procedimiento y valora si realmente el individuo presenta un riesgo para la seguridad pública, pero de una manera razonable.

7. La Directiva Retorno no garantiza determinadas garantías establecidas en su texto puesto que surgen dudas de en cuanto al cumplimiento formal de las mismas. No termina de dar el siguiente escalón para concluir de manera eficaz garantías que se promulgan, como por ejemplo, la traducción de los principales elementos de las decisiones relativas al retorno que los Estados deben proporcionar a los nacionales de un tercer país a la que aduce el artículo 12.2 de la Directiva. El párrafo siguiente muestra la carencia de valor de lo primeramente establecido, limitando dicha garantía permitiendo la posibilidad de su no aplicación a nacionales de terceros países en situación irregular.

BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA JUNCO, A. P., ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MARTÍN DÉGANO, I., VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: "El extranjero en el Derecho español", Dykinson S.L., 2015.
- BOLLO AROCENA, M. D.: "Expulsión de extranjeros, Derecho Internacional y Derecho Europeo", Aranzadi, 2016.
- BOZA MARTÍNEZ, D. *La expulsión de personas extranjeras condenadas penalmente: el nuevo artículo 89 CP*, Thompson Reuters Aranzadi, 2016
- Estancia irregular: ¿Multa o expulsión? *Guía elaborada por Pueblos Unidos y el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.*
- GIMÉNEZ BACHMAN, M.: "La situación jurídica de los inmigrantes irregulares en España", Tirant lo Blanch, 2015.
- GONZÁLEZ TASCÓN, M. M., *La cuarta reforma del artículo 89 del CP relativo a la expulsión del extranjero condenado a pena de prisión*, Estudios penales y criminológicos, ISSN 1137-7550, Nº. 36, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *Comentario a la Ley y Reglamento de Extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Comares, 2012.
- MUÑOZ GAYAN, M. E., *La expulsión judicial de los extranjeros como medida sustitutiva a la pena de prisión en la reforma de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo*, Tesis doctoral dirigida por María Luisa Cuerda Arnau Universitat Jaume I, 2016
- RECIO JUÁREZ, M.: *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, Dykinson, 2016.
- RODRÍGUEZ MATEOS, P., JIMÉNEZ BLANCO, P., ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, Thomson Reuters, 2017.

- SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A.: "Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE". *Persona y derecho* vol. 68 / 2013/1 159-179 159, ISSN 0211-4526.

- SELMA PENALVA, A.: *La expulsión de extranjeros del territorio español. Aspectos controvertidos de su régimen jurídico*, Ediciones Laborum, 2015.

FUENTES NORMATIVAS

- Acuerdo Schengen, 14 de junio de 1985; Schengen (Luxemburgo)
- Carta de los derechos fundamentales de la unión europea (2000/C-364/01)
- Circular 1/2015 de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía.
- Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política de retorno de la UE, COM/2014/0199.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- Decisión del Consejo y de la Comisión, de 13 de diciembre de 1993, relativa a la celebración del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza, por otra parte. «DOCE» núm. 1, de 3 de enero de 1994.
- Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. «DOUE» núm. 158/77, de 30 de Abril de 2004.
- 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, «DOUE» núm. 348, de 24 de diciembre de 2008
- Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección internacional.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

- Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.
- Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Reglamento (CE) N° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). *“DOUE” núm. L 105/1, de 13 de abril de 2006.*
- Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.
- Protocolo nº 4 al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. *Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963.*
- Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. *“DOUE” núm. C 326 de 26 de octubre de 2012.*

JURISPRUDENCIA

- STJCE de 27 de octubre de 1977 (asunto 30/77), caso *Bouchereau*.:
<https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>
- STS, (Sala Tercera), de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de Enero de 2001, nº de recurso 11697/1998.
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)
- STJUE (Sala Quinta) de 29 de abril de 2004, asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01, caso *Orfanopoulos y Oliveri*.
<https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>
- STS (Sala Segunda) de lo Penal, nº901/2004, de 8 de julio de 2004.
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)
- STC 145/2006, de 8 de mayo de 2006. «BOE» núm. 136, de 8 de junio de 2006 y <http://hj.tribunalconstitucional.es/>
- STS (Sala Tercera) de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de enero de 2007, núm. 39/2005: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)
- STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. «BOE» núm. 295, de 10 de diciembre de 2007.
- Sentencia del Juzgado de lo Penal nº5 de Valencia, de 22 de mayo de 2008.
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)
- STJUE de 23 de noviembre de 2010, (Asunto C-145/09), caso *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*
<https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>
- STSJ de Castilla y León (Valladolid) Sala de lo Contencioso, de 24 de febrero de 2012. <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)

- STSJ de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 462/2012, de 15 de octubre de 2012.
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)
- STJUE (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11: caso *Sagor*. <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 8ª) de 13 de mayo de 2013.
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)
- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Salamanca nº139/13, de 14 de mayo de 2013.
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)
- STJUE de 4 de junio de 2013, (Asunto C-300/11), *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*. <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>
- STSJ Castilla-La Mancha nº 10241/2014, de fecha 1 de septiembre de 2014.
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)
- Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº3 de Sevilla nº287/14, de 25 de septiembre de 2014.
<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)
- STEDH (Sección tercera) de 22 de abril de 2014, Demanda núm. 6528/11, caso *A.C. y otros c. España*. <http://www.migrarconderechos.es>
- STJUE de 23 de abril de 2015, Asunto C-38/14, *Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa — Extranjería c. Samir Zaizoune*;
<https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>
- STJUE (Sala Tercera) de 13 de julio de 2017, asunto C-193/16:
<https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>

- STS (Sala Tercera) de lo Contencioso-Administrativo, de 12 de junio de 2018, nº. 980/2018. <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)

- STS (Sala Tercera) de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª de 3 de julio de 2018, núm. 1136/2018: <http://conflictuslegum.blogspot.com>

- STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Murcia, de 19 de octubre de 2018, núm. 422/2018. <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> (CENDOJ)

FUENTES ELECTRÓNICAS

- http://crsa.icam.es/docs/Proy_GuiaPueblosUnidosEspanol.pdf
- <http://conflictuslegum.blogspot.com>
- <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/index.html>
- <https://dialnet.unirioja.es/>
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:jl0014&from=ES>
- https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_es.htm
- <http://hj.tribunalconstitucional.es/>
- <https://www.iberley.es/>
- <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/acuerdo-de-schengen>.
- <http://intermigra.info/>
- <http://www.migrarconderechos.es>
- <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>