
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Soria González, Sandra; Pont i Castejón, Isabel, dir. Régimen jurídico de las expulsiones de extranjeros en España. Especial análisis del artículo 57.2 LOEx y propuestas de futuro. 2021. 99 pag. (1284 Grau en Criminologia i Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/245249>

under the terms of the  license



RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS EXPULSIONES DE EXTRANJEROS EN ESPAÑA.

ESPECIAL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 57.2 LOEX Y PROPUESTAS DE FUTURO.

Autora: Sandra Soria González

Directora: Isabel Pont Castejón

Trabajo de Fin de Grado de Derecho.
Doble Grado en Derecho y Criminología.
Facultad de Derecho UAB.

Mayo, 2021

AGRADECIMIENTOS

A todos aquellos que me han acompañado a lo largo de estos seis años, en los que he podido aprender tanto y evolucionar como persona; hacia una mejor persona.

A mi tutora, Isabel Pont, por tener siempre una sonrisa en el rostro y apoyar con tanta ilusión esta propuesta de trabajo, que aceptó sin ninguna duda a pesar de no ser su área de especialización. Significa mucho para mí.

A mi familia, por estar siempre a mi lado y hacer que todos mis sueños se cumplan. Y a aquellos que no están físicamente, pero sí en mi corazón, y que ahora estarían muy orgullosos de mí.

A mi pareja, por su apoyo incondicional y su amor infinito.

Gracias. Sois luz en mi vida.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto de estudio el análisis del Régimen Jurídico de las expulsiones de extranjeros en España y, más concretamente, del artículo 57.2 LOEx, cuya redacción no ha dejado indiferente ni a la doctrina ni a los Tribunales. Para ello, se partirá del estudio de tres estadios legislativos básicos: el Derecho Internacional, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Estatal y Autonómico, comprobando la suficiencia e idoneidad legislativa en cada uno de ellos. También se profundizará en el Régimen Jurídico Sancionador previsto para las expulsiones, y cuyo proceso se materializa a través del procedimiento preferente. Finalmente, se entrará de lleno en el debate jurisprudencial y doctrinal acerca del artículo 57.2 LOEx, siendo este abordado desde tres vertientes: la compatibilidad entre el régimen sancionador administrativo y penal; la interpretación de la pena en concreto o en abstracto; y, por último, los problemas para la correcta reinserción del extranjero. Todo ello, dará pie a la formulación de diferentes propuestas de futuro o de *Lege Ferenda*, para una aplicación adecuada bajo los principios de cualquier Estado de Derecho.

Palabras clave: expulsión, expulsiones, extranjeros, 57.2 LOEx, régimen jurídico sancionador, LOEx.

ABREVIACIONES

ACNUR	Agencia de la ONU para los Refugiados.
AEEE	Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
AGE	Administración General del Estado.
CC	Código Civil.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CE	Constitución Española.
CESE	Comité Económico y Social Europeo.
DDHH	Derechos Humanos.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
EURATOM	Comunidad Europea de Energía Atómica.
FJ	Fundamento Jurídico.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
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.
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
RAE	Real Academia Española.
RD	Real Decreto.
REM	Red Europea de Migración.
RELOEx	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
TUE	Tratado de la Unión Europea.
UE	Unión Europea.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. Objeto de estudio.	2
2. Metodología.....	3
3. Datos relevantes sobre expulsiones en España.	4
CAPÍTULO I. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL.	7
1. Derecho Internacional.....	7
1.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos y su aplicación.	7
1.2. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).	9
1.3. La inmigración en los Convenios Internacionales.....	10
1.4. El rol de las ONGs Internacionales.	11
1.5. Suficiencia de las herramientas jurídicas del Derecho Internacional.	12
2. Derecho de la Unión Europea.....	13
2.1. Principios generales de la UE en materia de inmigración.	13
2.2. Red Europea de Migración (REM).....	15
2.3. Herramientas legislativas de la UE: las Directivas.....	15
2.4. Adecuación de la política de migración y asilo de la UE, en relación con la legislación comentada.....	18
3. Derecho Interno.	20
3.1. Las competencias del Estado en el ámbito de extranjería: artículo 149 CE....	20
3.2. La extranjería y el Derecho del Estado.....	21
3.3. El papel asignado a las Comunidades Autónomas y especial comentario al Estatuto de Autonomía de Cataluña.	22
3.4. Posibles mejoras en el funcionamiento del sistema Estado-CCAA.	25
CAPÍTULO II. RÉGIMEN SANCIONADOR.	27
1. Legislación aplicable.	27
2. La concurrencia y compatibilidad entre el régimen sancionador administrativo y el penal.....	28
3. Procedimiento sancionador administrativo: la expulsión.....	30
3.1. Infracciones.	30
3.2. Sanciones.....	31
3.3. Órganos competentes y procedimiento sancionador.	32

3.4. Procedimiento aplicable: el procedimiento preferente.	33
3.5. La Jurisdicción contencioso-administrativa.	38
CAPÍTULO III. IMPACTO DEL CÓDIGO PENAL EN EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LOS EXTRANJEROS.....	41
1. El actual artículo 57.2 LOEx.	41
2. Su aplicación por los Tribunales. Jurisprudencia más destacada.	43
2.1.Contienda relativa a la pena en concreto o en abstracto.....	44
2.2.Criterios indispensables para la imposición de la expulsión.	46
3. ¿Posible <i>non bis in ídem</i> ?	51
CAPÍTULO IV. EFECTOS SOCIALES DE LA EXPULSIÓN.	55
1. Conculcación de los principios de reeducación y reinserción social.	56
1.1.Los antecedentes penales.....	58
2. Algunas propuestas de <i>Lege Ferenda</i>	59
CONCLUSIONES	62
BIBLIOGRAFÍA	65
ANEXOS.	75
3. ANEXO 1. Consideraciones preliminares.	75
4. ANEXO II. Número de expulsiones según causa legal ejecutadas en 2018.	85
5. ANEXO III. Convenios Internacionales en materia de inmigración.....	86
6. ANEXO IV. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). ...	89
7. ANEXO V. Reglamentos y Decisiones relevantes en materia de inmigración de la UE.	91

INTRODUCCIÓN

En una primera aproximación, podría pensarse que la potestad de un Estado para expulsar a un extranjero de su territorio procede del derecho consuetudinario internacional. Sin embargo, de acuerdo con Kamto (2007:119)¹, no es una norma externa la que otorga al Estado el derecho a expulsar, sino que es un derecho natural de este² y únicamente limitable en la esfera internacional, por los compromisos asumidos voluntariamente por el Estado o por ciertas normas *erga omnes*.

Actualmente, el notable número de extranjeros que reside en nuestro país, ha suscitado la necesidad de llevar a cabo políticas legislativas dirigidas a regular la vida de todos los nacionales europeos y de terceros países, y no únicamente a través del Derecho Interno, sino también mediante el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión Europea, así como de una intensa actividad judicial interpretativa. Se articulan una serie de regímenes para promover la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, con el límite del respeto a la Constitución y a la Ley³. Esto implica que los extranjeros son titulares de una serie de derechos⁴, pero también de obligaciones, y cuya infracción supondrá la puesta en marcha del ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración Pública. Los tipos de infracciones administrativas que regula la LOEx⁵ se clasifican en leves, graves y muy graves y, dependiendo del grado de trascendencia, el artículo 55 prevé las sanciones cuya esencia es, generalmente, el pago de una multa. No obstante, el artículo 57 LOEx dispone la posibilidad de la aplicación de la expulsión del territorio como consecuencia de la comisión de conductas graves⁶ o muy graves. El fundamento jurídico de las expulsiones del territorio se halla en la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, la cual prevé en su artículo 3 la expulsión basada en “una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad

¹ En “*Expulsión de extranjeros. Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros*”, disponible en: [EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial \(un.org\)](#)

² Puesto que “*se desprende de su propia condición de ente jurídico soberano dotado de competencia plena sobre su territorio*” (Kamto, 2007:119).

³ Artículo 2.1 ter LOEX, sobre la integración de los inmigrantes.

⁴ Situados en el Título I LOEX, relativo a los derechos y libertades de los extranjeros.

⁵ Situadas en el Título III. De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador.

⁶ Únicamente aquellas previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1.

nacionales y adoptada en los casos siguientes:- condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año”. Así pues, dicha Directiva ha sido traspuesta, disponiendo el apartado 2 del artículo 57 LOEx, que “Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”, considerando así el legislador que este hecho supone una amenaza grave y actual para el orden y la seguridad de nuestra sociedad.

1. Objeto de estudio.

Bajo el escenario anterior se va a articular el objeto de estudio del presente trabajo, en el que nos preguntamos si el artículo 57.2 LOEx se ajusta a todos los principios y disposiciones legislativas propias de un Estado de derecho. Se trata, en suma, de conocer con mayor exactitud cuál es la interpretación y aplicación del régimen jurídico vigente, puesto que en los últimos años, como veremos en los capítulos próximos, ha habido notables controversias en la jurisprudencia de todos los tribunales. Como es habitual, dicha discusión no solo tiene efectos en el ámbito jurídico, sino que también va a tener un impacto en la vertiente más social del artículo, esto es, la vida del extranjero sobre el que pese dicha orden de expulsión, la cual también será objeto de estudio.

Para ello, se partirá de unas consideraciones preliminares, una parte de las cuales estarán situadas en el **Anexo 1**, debido a que se trata de conceptos básicos en materia de extranjería, pero que se consideran relevantes para aquellos lectores sin conocimientos en materia de extranjería. Por su parte, también se incluirá en dicho Anexo 1, algunos datos cuantitativos sobre la tipología de extranjeros que residen actualmente en nuestro país. En cuanto a lo que resta de las consideraciones preliminares, estas sí que se incluirán en el cuerpo del trabajo, puesto que resulta relevante mostrar el número y la tipología de expulsiones más habituales. A continuación, se expondrá el régimen jurídico general vigente, en donde se comentará el impacto del Derecho Internacional, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Interno en materia de extranjería. Seguidamente, y entrando más detalladamente en el ámbito que nos concierne, se dedicará un capítulo completo al régimen sancionador general y, en particular, el régimen previsto para las expulsiones.

Finalmente, se comentará el impacto de nuestro actual Código Penal en las características del artículo 57.2 LOEx, cuya fundamentación reposa sobre la numerosa jurisprudencia existente al respecto. También tienen una especial importancia los efectos de la imposición de una sanción consistente en la expulsión, por lo que el último capítulo se dedicará a ellos. Todo ello para terminar con algunas propuestas de *lege ferenda* y las conclusiones.

2. Metodología.

Para poder llevar a cabo el análisis del objeto de estudio citado, es necesario tener en cuenta que, el derecho como ciencia social encargado de estudiar, sistematizar e interpretar el ordenamiento para su correcta aplicación, se caracteriza por operar en una realidad cambiante, consecuencia del complejo contexto en el que interviene. El derecho en sí mismo se caracteriza por ser aquel conjunto de normas y principios que regulan las relaciones humanas en toda la sociedad, lo que supone que el mismo derecho es una consecuencia directa del desarrollo de los vínculos entre los seres humanos de una sociedad, que no van a ser inmutables, sino todo lo contrario, van a ir cambiando al igual que cambia la propia sociedad. Dicha complejidad acrecienta la necesidad de acudir a un enfoque metodológico mixto: el método cuantitativo-cualitativo⁷.

El uso de la metodología cuantitativa va a permitir ofrecer al lector una recolección de datos, escrupulosamente seleccionados, para mostrar la información numérica real de los puntos que se tratan, en este caso de los extranjeros y las expulsiones. Mientras que, por su parte, la cualitativa va a permitir el análisis del discurso y la aproximación del lector a la realidad a través de una manera más directa, mostrado a través del estudio de textos jurídicos, artículos de autores expertos en la materia, así como de la jurisprudencia tanto española como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

De esta manera, para la materialización del presente trabajo se ha utilizado la legislación actual vigente – internacional, de la UE e interna –, al igual que numerosa jurisprudencia. Sin embargo, a lo anterior se le añade los comentarios y análisis de la

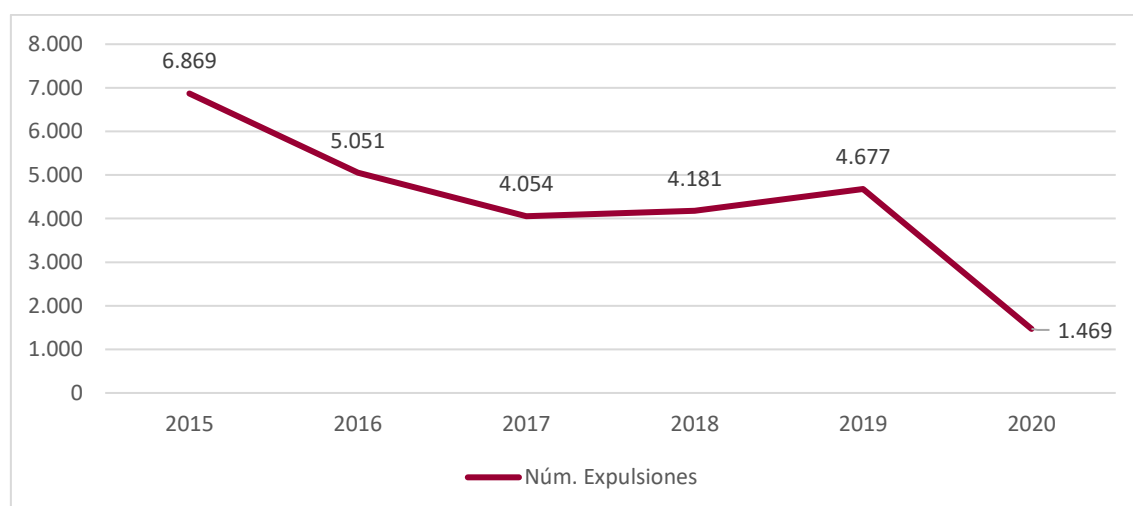
⁷ Del Canto y Silva (2013:26). *Metodología cuantitativa: abordaje desde la complementariedad en ciencias sociales*. Disponible en: [\(PDF\) METODOLOGIA CUANTITATIVA ABORDAJE DESDE LA COMPLEMENTARIEDAD EN CIENCIAS SOCIALES | Jehu Velazquez - Academia.edu](#)

doctrina más relevantes, obtenidos a través del directorio de búsqueda de la biblioteca de la UAB, así como a través de los portales de ACNUR, la ONU, VLEX, Aranzadi y la Biblioteca Virtual Tirant Lo Blanch. Por otro lado, también se ha acudido a páginas web oficiales del Portal de Inmigración del Ministerio del Interior y de la Unión Europea, así como también a las webs de las distintas ONGs.

3. Datos relevantes sobre expulsiones en España.

Los motivos que prevé el ordenamiento jurídico español para la expulsión de extranjeros son ampliamente diversos, pudiéndose llegar a identificar hasta 61 categorías⁸ recogidas en las diferentes legislaciones. Para llegar a conocer los datos exactos sobre el número de expulsiones y su evolución en los últimos 5 años⁹, se han solicitado los datos a través del Portal de Transparencia¹⁰ y cuya respuesta se plasma en el **Gráfico 1**.

Gráfico 1. Número de expulsiones totales en España desde el 2015 hasta el 2020¹¹.



Fuente: Elaboración propia a través de los datos obtenidos a través del Portal de Transparencia.

⁸ Categorías identificadas por Boza Martínez (2019:313), en “*Expulsiones, cifras y su interpretación*”, disponible en: [Expulsiones. Cifras y su interpretación | Boza Martínez | Crítica Penal y Poder \(ub.edu\)](#)

⁹ La motivación real sobre la selección de dicho periodo de tiempo se debe a que el Código Penal actual, tras su última reforma del 2015, ha sufrido algunas modificaciones en materia de expulsiones. Concretamente, relativo al artículo 89, modificado por el art. único.48 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Y, como se verá en los datos aportados, el peso relativo al número de expulsiones basadas en este artículo es bastante importante.

¹⁰ Se solicitó la información el 18 de noviembre de 2020, y se obtuvo la resolución el 17 de diciembre de 2020 por parte de la Dirección General de la Policía.

¹¹ Los datos relativos al 2020 están actualizados en fecha de 31 de octubre.

En líneas generales es posible apreciar un acusado descenso en el número de expulsiones hasta el año 2018, con un ligero incremento en el 2019. Es indudable que los datos concernientes al 2020 no son escrupulosamente reales, pues seguramente, de no haber entrado en nuestras vidas la Covid-19 los datos serían notablemente diferentes. Dicho acontecimiento no nos permite saber si la tendencia de expulsiones del año 2020 continuaría con el aumento en el gráfico iniciado por año 2019, o sufriría un descenso.

A pesar de lo anterior, las cifras mencionadas hacen alusión, conjuntamente¹², a los tipos de expulsiones recogidos en la LOEX, en el RD 240/2007, de 16 de febrero y en el CP. Todo ello, no permite hacerse una idea del impacto real del artículo 57.2 LOEX en las expulsiones, por lo que ha sido necesario acudir a fuentes externas¹³. Se plasma la información en la siguiente **Tabla 1**, seleccionando los tipos con mayor incidencia y ordenándolos de más a menos.

Tabla 1. Número de expulsiones según causa legal ejecutadas en España en 2018¹⁴.

Tipología	Núm. Expulsiones.
Art. 53.1 a) LOEX por estancia irregular ¹⁵ .	1.978
Art. 89 CP ¹⁶ .	962
Art. 57.2 LOEX.	730

Fuente: Elaboración propia a través de los datos proporcionados por el Defensor del Pueblo (2018:8).

¹² Es necesario añadir que en la petición realizada se especificó lo siguiente: “En primer lugar querría saber el número y tipología de expulsiones de extranjeros efectuadas desde el 2015 hasta el 2020”. No obstante, la respuesta obtenida fue de los datos totales.

¹³ Defensor del Pueblo (2018:8), en “*Datos estadísticos de interés para la privación de libertad de media duración. Centros de internamiento de extranjeros*”, disponible en: [Anexo 2. Datos estadísticos de privación de libertad de media duración. Centro de internamiento de extranjeros \(defensordelpueblo.es\)](#)

¹⁴ Ya que por motivos de extensión se ha preferido no insertar la tabla completa, sin embargo, ya que los datos proporcionados por la misma pueden resultar interesantes para el lector, se adjunta la misma al **ANEXO 2**.

¹⁵ Artículo 53. Infracciones graves. 1. Son 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.

¹⁶ Se han sumado el valor total de las expulsiones relativas a este artículo, a pesar de que en la tabla de referencia los resultados estaban divididos según los apartados. Nuevamente, es posible ver los subtipos totales en el **ANEXO 2**.

A pesar de que las cifras ofrecidas en la **Tabla 1**, brindan un impacto visual prominente sobre las expulsiones por estancia irregular, cabe mencionar que desde el año 2010 este tipo ha ido perdiendo peso pasando de ser del 84% al 41% del total de expulsiones ejecutadas¹⁷. Producto de dicha reducción es el aumento de expulsiones por motivos penales *per se* – art. 89 CP –, así como de las expulsiones administrativas basadas en condena penal – art. 57.2 LOEx.

Finalmente, en la tabla completa del **Anexo 2**, es posible apreciar que el número de expulsiones de ciudadanos europeos es notablemente menor. Esto es consecuencia de una política legislativa plasmada en el RD 240/2007, de 16 de febrero, mucho más proteccionista. Pues, la mera redacción de una serie de criterios necesarios a tener en cuenta para poder llevar a cabo la efectiva expulsión del ciudadano europeo¹⁸, así como un Informe de la abogacía del estado¹⁹, marca una diferencia significativa entre la protección de los ciudadanos europeos en relación a las expulsiones, frente a aquellos nacionales de terceros países. Se verá en apartados posteriores que los criterios relativos a las expulsiones fundamentadas en la LOEx son fruto de la jurisprudencia más que de la redacción del legislador. Por todo lo argumentado, se deja reposar a partir de este punto las expulsiones de ciudadanos de la UE, para centrarnos en el artículo 57.2 LOEx.

¹⁷ Boza Martínez (2019:314), en “Expulsiones, cifras y su interpretación”, disponible en: [Expulsiones. Cifras y su interpretación | Boza Martínez | Crítica Penal y Poder \(ub.edu\)](#)

¹⁸ Art. 15 RD 240/2007, de 16 de febrero.

¹⁹ Art. 16 RD 240/2007, de 16 de febrero.

CAPÍTULO I. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL.

En este capítulo, se pretende llevar a cabo un recorrido por toda la normativa y textos legales que, a nivel internacional, europeo y estatal, regulan el régimen de los extranjeros que se encuentran en nuestro país. Esto resulta ser especialmente relevante puesto que cualquier tipo de legislación en materia de inmigración, debe ajustarse a serie de principios básicos para garantizar la protección de los derechos fundamentales de cualquier ser humano que resida en un país distinto al de su origen.

1. Derecho Internacional.

1.1. La Declaración Universal de Derechos Humanos y su aplicación.

En primer lugar, es necesario mencionar el texto que debe inspirar cualquier norma que, de un modo u otro, pretenda regular alguna faceta de la vida de los seres humanos, esto es, la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este documento fue elaborado por representantes de todas las regiones del mundo, y proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. En la Declaración se consagran, entre otros, los principios de igualdad y libertad de todos los seres humanos, y, en tanto aquí nos concierne, el “*derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado*”, así como “*salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país*” – art. 13.

La aplicación práctica real de lo descrito supone que, tanto los individuos como las instituciones, deben inspirarse en la DUDH, asegurando su reconocimiento y aplicación universales a través de medidas progresivas de carácter nacional e internacional. Es evidente, que la DUDH es ampliamente reconocida, y que ha allanado el camino para la adopción de numerosos tratados de derechos humanos – como podría ser el Convenio Europeo de Derechos Humanos – así como numerosas legislaciones a nivel mundial y regional, y cuyo reconocimiento se haya en las referencias a la misma en sus preámbulos.

Existen numerosos convenios y pactos internacionales surgidos en el seno de la ONU, que inciden en los principios proclamados por la DUDH. De todos los Tratados

Multilaterales de ONU²⁰, y dejando de lado el tema de refugiados o apátridas, únicamente encontramos en materia de inmigración *per se*, y que haga referencia a las expulsiones, la “*Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*”²¹, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990, y entrando en vigor el 1 de julio de 2003 tras la ratificación de los primeros veinte Estados²². La fundamentación de la ONU se basó, de acuerdo con el preámbulo de la Convención en “*la importancia y la magnitud del fenómeno de las migraciones, que abarca millones de personas y afecta a un gran número de Estados*”, así como “*la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares*”. Dicho lo anterior, lo que hace especialmente singular a esta Convención es que ningún país miembro de la Unión Europea la haya firmado o sea parte de ella, así como tampoco Norteamérica. Los Estados parte son, en su mayoría, países de Latinoamérica, África y Asia. En base a la opinión del Profesor Zamora Rodríguez²³, nunca un tratado internacional había marcado tan claramente la división del mundo en pobres y ricos, además de que pareciese como si los miembros de la UE, hubiesen respondido a una secreta directiva comunitaria para no firmarla, para evitar comprometerse en cuanto a proteger los derechos de los emigrantes.

Lo cierto es que, desmintiendo en parte lo dicho por el profesor, sí que existe un Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “*La Convención internacional para los trabajadores migratorios*”²⁴, realizado en 2004. En él, se argumenta que es cierto que los países que han ratificado la convención son en su mayoría los países de origen de los inmigrantes, mientras que aquellos que son receptores de la misma – en Norteamérica y Europa residen el 55% del total de los inmigrantes – no lo han hecho, a pesar de que se argumenta que “*las migraciones internacionales son consecuencia de las grandes*

²⁰ Todos los Tratados Multilaterales de las Naciones Unidas disponibles en: [Microsoft Word - Spanish.doc \(un.org\)](#)

²¹ Acceso a la Convención completa: [ACNUDH | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios \(ohchr.org\)](#)

²² En los artículos 20, 22, 23 y 56, se hace referencia a la prohibición de expulsiones colectivas, así como la necesidad que la expulsión sea llevada a cabo por causas justificadas y siempre prevista en la legislación del país en el que se está trabajando.

²³ Zamora Rodríguez, A. (2008). Europa, la ONU y el fenómeno migratorio. *Rebelión*. Disponible en: [Europa, la ONU y el fenómeno migratorio – Rebelion](#)

²⁴ Para acceder al Dictamen completo: [c_30220041207es00490052.pdf \(europa.eu\)](#)

desigualdades económicas y sociales que existen entre los países ricos del norte y los países en vías de desarrollo, desigualdades que se están acrecentando en un sistema económico cada vez más globalizado". Pues bien, la propuesta final del CESE es que los Estados miembros de la UE ratifiquen la Convención Internacional, instando al presidente de la Comisión y a la Presidencia del Consejo para que adopten las iniciativas necesarias para que se proceda a la ratificación del mismo. A fecha de hoy, los Estados que han ratificado la Convención siguen siendo los mismos²⁵, desconociendo por qué sigue sin ser ratificado por parte de los países occidentales.

1.2. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).

El CEDH, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, obedece a la voluntad de los Gobiernos de los Estados europeos en la consecución de un mismo espíritu y posesión de un patrimonio de iguales y de tradiciones políticas, basadas en el respeto a la libertad y de primacía del Derecho. Ello supone, tal y como expresa el propio preámbulo, llevar a cabo las primeras medidas necesarias para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal. Sin embargo, teniendo en cuenta el objeto de estudio aquí tratado, resulta imprescindible comentar el Protocolo nº4, y cuya finalidad es incorporar nuevos derechos humanos a los ya proclamados por la Convención²⁶. En el artículo 4 de dicho protocolo adicional se establece la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros²⁷. Posteriormente, en el año 1984, se firma en

²⁵ Estos son: Albania, Algeria, Argentina, Azerbaiyán, Bangladesh, Belice, Benín, Bolivia, Bosnia Y Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colombia, Congo, Ecuador, Egipto, El Salvador, Fiyi, Gambia, Ghana, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Honduras, Indonesia, Jamaica, Kirguistán, Lesoto, Libia, Madagascar, Mali, Mauritania, México, Marruecos, Mozambique, Nicaragua, Níger, Nigeria, Paraguay, Perú, Filipinas, Ruanda, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, San Vicente y las Granadinas, Siria, Tayikistán, Timor-Leste, Togo, Turquía, Uganda, Uruguay y Venezuela.

²⁶ Diciendo lo siguiente su pequeño preámbulo: *"Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa, Resueltos a adoptar las medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de derechos y libertades distintos de los que ya figuran en el Título I del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (denominado en adelante "el Convenio"), y en los artículos 1 a 3 del primer Protocolo adicional al Convenio, firmado en París el 20 de marzo de 1952; Han convenido lo siguiente:"*.

²⁷ Caso de gran relevancia al respecto, en cuanto a la vulneración de dicho precepto: *onka v. Bélgica*, 5 de febrero de 2002. Se trataba de un grupo de nacionales eslovacos, de origen gitano, que habían pedido asilo en Bélgica. Los demandantes de asilo habían sido citados por la policía bajo el pretexto de completar sus solicitudes. Sin embargo, cuando comparecieron a la citación, les comunicaron sus órdenes de expulsión, ejecutadas unos días más tarde. [Caso N° 51564/99 Čonka v. Bélgica. Sentencia de 5 de febrero de 2002 \(acnur.org\)](#)

Estrasburgo un nuevo Protocolo adicional, en el que aparece nuevamente el término “expulsión”. En este caso, se trata del artículo 1, donde se disponen las Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros²⁸. Esto supone que el propio Convenio considera que la expulsión de extranjeros, sin la aplicación de las garantías adecuadas supondría la vulneración de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales²⁹.

1.3. La inmigración en los Convenios Internacionales

Dejando de lado las Declaraciones y Convenios relativos a los derechos humanos, y Tratados Multilaterales de la ONU, también existe numerosa normativa internacional en el ámbito de la extranjería, revestida en forma de Convenios Internacionales. En términos generales, se dan cinco materias en las que España ha ratificado algún convenio con terceros países en temas de inmigración³⁰: de flujos migratorios laborales, de cooperación en materia de inmigración, de readmisión de personas en situación irregular, de movilidad de jóvenes y de doble nacionalidad. Debido a que se tratan de convenios muy específicos, que ninguno regula las expulsiones y que únicamente vinculan a España con terceros países, se adjunta la explicación de cada una de las materias de los convenios en el **Anexo 3**.

También en este mismo contexto conviene comentar un caso relativamente reciente: *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*, 23 de febrero de 2012. Se trata de un grupo de 200 personas que abandonan Libia a bordo de tres embarcaciones, con el deseo de alcanzar las costas italianas. Antes de llegar, a unas 35 millas náuticas al sur de Lampedusa, las autoridades italianas les retienen y los devuelven a Trípoli (Libia). En la demanda, se argumenta que las autoridades italianas no les informaron de su destino real, además de no identificarlos. Cuando llegaron a Trípoli, dos de los inmigrantes murieron en circunstancias desconocidas. [Refworld | Asunto Hirsi Jamaa y otros vs. Italia. Sentencia del Tribunal de Justicia \(Gran Sala\) de 23 de febrero de 2012 en la Demanda no. 27765/09. Interceptación y devolución](#)

Lo curioso de ambos casos es que el Tribunal determinó que, la transferencia de los demandantes, se había hecho sin tener en cuenta las situaciones particulares de cada individuo y por ello significaba una violación del artículo 4 del Protocolo 4.

²⁸ “1. Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado sino en ejecución de una decisión dictada conforme a la ley, y deberá permitírsele: a) exponer las razones que se opongan a su expulsión; b) que su caso sea examinado; y c) hacerse representar a tales fines ante la autoridad competente o ante la persona o personas designadas por esa autoridad. 2. Un extranjero podrá ser expulsado antes de ejercer los derechos enumerados en el párrafo 1 a), b) y c) de este artículo cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.”

²⁹ Para conocer las sentencias más relevantes en relación a las expulsiones del TEDH, así como su explicación detallada, se recomienda la lectura del artículo elaborado por Arlettaz, F. (2013). Admisión y expulsión de extranjeros en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Observatorio PSyD*. Universidad de Zaragoza. Disponible en: [Admisión y expulsión de extranjeros en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Cátedra Paz, Seguridad y Defensa \(unizar.es\)](#)

³⁰ Todos los Convenios Internacionales en los que España es parte, disponibles en: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Normativa internacional \(inclusion.gob.es\)](#)

1.4. El rol de las ONGs Internacionales.

En las últimas décadas se ha producido un incremento notable en el número de ONGs, así como de las actividades que han emprendido en la esfera internacional. Una de las características fundamentales de este tipo de organizaciones, como nexo con la población, es la capacidad para actuar e impulsar la regulación de una determinada materia. Para ello, generalmente, denuncian ante la opinión pública una realidad existente sobre una cuestión específica, presionando así a los gobiernos para que lleven a cabo la regulación legislativa que palie dicha situación.

Sin ir más lejos, las propias NU reconocen en su Resolución 1996/31 sobre la relación consultiva entre las UN y las ONGs³¹, estableciendo unos principios, relaciones y la participación de las mismas. Las NU reconocen la amplitud de conocimientos especializados de las ONGs, y la capacidad de las mismas para apoyar su labor, sobre todo en materia de derechos humanos. Sin embargo, como articula Abad Castelos (2012:99) en su artículo³², la actuación de estas organizaciones presenta algunas luces y sombras. En el plano positivo, estas sin duda llevan a cabo misiones importantes en la sociedad internacional, no obstante, la proliferación de las mismas revela una crisis de legitimidad política, es decir, funciones que el Estado y las Organizaciones Internacionales gubernamentales deberían llevar a cabo, y que actualmente no están en condiciones de satisfacer. A pesar de lo anterior, lo cierto es que la función y la existencia las ONGs, así como su actuación en el plano internacional, prevalecen sobre las posibles sombras existentes en torno a ellas, aun siendo imposible poder medir de forma precisa el impacto o la influencia real de estas organizaciones.

En el plano de la extranjería sería imposible numerar aquí la totalidad de organizaciones, observatorios y centros de investigación que ejercen labores en esa materia. No obstante, algunas de las más importantes son *Amnistía Internacional*, cuya labor consiste en la defensa de los Derechos Humanos y la denuncia de todas aquellas

³¹ Documento sobre la “*Relación consultiva entre las Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales*” (Res. 1996/31 ECOSOC). Disponible en: [Relación consultiva entre las Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales \(Res. 1996/31 ECOSOC\) - Derecho Internacional Publico - www.dipublico.com.ar](http://www.dipublico.com.ar)

³² “*La defensa de los derechos humanos por las ONG desde el prisma del Derecho Internacional*”. Disponible en: [La defensa de los derechos humanos por las ONG desde el prisma del derecho internacional \(uc3m.es\)](http://uc3m.es)

prácticas que impidan su cumplimiento o la *Organización Internacional para las Migraciones (OIM)*, encargada de velar por el bienestar y la dignidad de los migrantes. Por otro lado, también existen numerosos organismos que se encargan del estudio y la reflexión sobre los procesos migratorios, así como la valoración de las políticas e instituciones que afectan a la movilidad, algunas de ellas son la *Migration Information Source*, el *Centro de Estudios de las Migraciones (RSME)*, el *Center for Ethnic and Migration Studies (CEDEM)*, el *Group of Research on Ethnic Relations, Migration & Equality (GERME)*, IMISCOE Network, etc³³.

Todo lo anterior pone de manifiesto la importancia de este tipo de organizaciones en nuestra sociedad, sobre todo en caso de que las políticas de un Estado no sean las más adecuadas o, por otro lado, no vayan en la dirección más favorable a los derechos de las personas inmigrantes o migrantes.

1.5. Suficiencia de las herramientas jurídicas del Derecho Internacional.

Una vez vistas todas las herramientas de las que se dispone a nivel internacional para la regulación de la inmigración y las expulsiones. De acuerdo con Kamto (2007:122)³⁴, es importante tener en cuenta que el derecho de expulsión no es un derecho absoluto, sino que existen una serie de límites intrínsecos del ordenamiento jurídico internacional. El derecho internacional, se postula como un instrumento esencial para regular la coexistencia entre los regímenes jurídicos de las diferentes soberanías, y limitando a facultad discrecional de expulsar a través de los principios generales que regulan las actividades del Estado en el orden internacional³⁵. Los límites pueden distinguirse en tres categorías: *ratione personae* – relacionados con las personas objeto de expulsión –, *ratione materiae* – relativos a los derechos fundamentales de las personas objeto de

³³ Para conocer más tipos de ONGs Internacionales y nacionales en materia de extranjería e inmigración, o ir al sitio web de las mismas: [Directorio de organizaciones que trabajan sobre inmigración – FUHEM](#)

³⁴ Kamto, M. (2007). Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. DOCUMENTO A/CN.4/581. Naciones Unidas. Disponible en: [EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial \(un.org\)](#)

³⁵ Expresa el autor citado que, del estudio de la práctica convencional y la jurisprudencia nacional e internacional, más la jurisprudencia de los tribunales regionales de DDHH, se extraen los siguientes principios generales en materia de expulsión de extranjeros: el principio de la no expulsión de un nacional, el principio de la no expulsión de refugiados, el principio de la no expulsión de un apátrida, el principio que prohíbe realizar expulsiones colectivas, el principio de no discriminación, el principio del respeto de los derechos fundamentales de la persona expulsada, el principio que prohíbe la expulsión arbitraria, la obligación de informar y la obligación del Estado que expulsa de respetar su propio derecho (*patere legem quam fecisti*) y el procedimiento previsto en el derecho vigente (Kamto, 2007:123).

expulsión –, y *ratione prosequi* – de acuerdo con el procedimiento que debe seguirse en materia de expulsión.

Lo cierto es que, sí que existe regulación y jurisprudencia internacional al respecto, siendo bajo mi parecer suficiente, más aun teniendo en cuenta la diversidad de Estados soberanos a los que se dirigen las normas internacionales. Esto supondría que, de no ser así, muchos de los países considerarían su soberanía menoscabada³⁶ por lo que la firma de Tratados y Acuerdos internacionales sería muy complicada. De hecho, esto es fácilmente apreciable en el Preámbulo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el que se dispone que la necesidad de “*la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados logrados en la presente Convención contribuirán a la consecución de los propósitos de las Naciones Unidas enunciados en la Carta, que consisten en mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones las relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional*”³⁷, y en donde se prevén diferentes herramientas para facilitar la aprobación de tratados como son las reservas.

2. Derecho de la Unión Europea.

Una vez explicado el Derecho Internacional aplicable a la extranjería, el siguiente estadio se compone del Derecho de la Unión Europea. Se va a apreciar como este es mucho más específico y concreto en materia de extranjería y expulsiones. Esto supone, dejar de lado las regulaciones generalistas para poder entrar de lleno en la materia objeto de estudio.

2.1. Principios generales de la UE en materia de inmigración.

Al igual que sucedía con el Derecho Internacional, uno de los objetivos fundamentales de la UE es contar con una política de inmigración europea global, y cuyo objeto es establecer un enfoque equilibrado para abordar tanto la inmigración legal como la

³⁶ Esto es notablemente visible, por ejemplo, en las reservas que se producen en las Convenciones o Tratados internacionales o de la UE. Se trata de limitaciones a los compromisos que emanan de dichas normas. La regulación de las reservas se encuentra en los artículos 19 a 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

³⁷ [Ch_XXIII_01.pdf \(un.org\)](#)

irregular³⁸. Sin embargo, hay que tener en cuenta que para que las instituciones de la UE puedan llevar a cabo dichas políticas, es necesario que tengan competencias en la materia. La UE no tiene una competencia general, sino que la misma se fundamenta en el principio de atribución de competencia y, quienes han accedido a atribuir libremente dichas competencias, han sido los propios Estados³⁹ – art. 5 TUE⁴⁰.

Dicho lo anterior, la base jurídica de atribución de competencias en materia de inmigración viene dada por el TFUE – arts. 79 y 80 –, siendo estas, en concreto: la inmigración legal, la integración, la lucha contra la inmigración irregular y los acuerdos de readmisión. Pues bien, a pesar de que el Parlamento Europeo es el órgano legislativo de la UE⁴¹, la Comisión es la única institución europea que presenta propuestas de leyes para que el Parlamento y el Consejo las aprueben⁴². Este hecho pone de relieve la importancia de la Comisión en la promoción de leyes en el ámbito de la UE y, actualmente, la Comisaria de Asuntos de Interior encargada de estudiar y llevar a cabo las competencias mencionadas es la Sra. Ylva Johansson. Sobre ella recae el peso de la “*Mission Letter*” de la presidenta de la Comisión Europea – Ursula von der Leyen –, con las Orientaciones Políticas para la Comisión en el periodo de 2019 a 2024, y en particular la misión de la Comisaria Johansson⁴³. En términos generales, afirma que el asilo y la migración se encuentran entre los retos más importantes a los que se ha enfrentado la UE en los últimos años⁴⁴, por lo que su misión durante el próximo mandato será unirse en

³⁸ La política de inmigración de la UE: Ficha temática del Parlamento Europeo. Disponible en: [mañanaLa política de inmigración | Fichas temáticas sobre la Unión Europea | Parlamento Europeo \(europa.eu\)](https://www.europa.eu/mañanaLa-politica-de-inmigracion)

³⁹ Es muy interesante apreciar la redacción del precepto del artículo 5 TUE, al utilizar el término “atribución”. Este termino implica que los Estados no han perdido competencia en la materia atribuida a la UE, por ese motivo es importante el término que se utilice, ya que si, por ejemplo, se habla de “traspaso de competencias”, puede entenderse que los Estados antes tenían competencia y ahora ya no.

⁴⁰ De dicho artículo del TUE, se desprenden tres características básicas: las competencias de la UE son limitadas – principio de atribución de competencias –, son competencias que le han atribuidos los Estados, y son competencias funcionales, lo que supone que sus competencias están atribuidas en función de unos objetivos – no son generales ni territoriales.

⁴¹ Visión general sobre el Parlamento Europeo: [Parlamento Europeo | Unión Europea \(europa.eu\)](https://www.europa.eu/Parlamento-Europeo)

⁴² Más sobre la Comisión: [Comisión Europea | Unión Europea \(europa.eu\)](https://www.europa.eu/Comision-Europea)

⁴³ Carta de misión completa, disponible en: [mission-letter-ylva-johansson_en.pdf \(europa.eu\)](https://www.europa.eu/mission-letter-ylva-johansson)

⁴⁴ Apunta Fernández (2021) que la crisis de los refugiados de 2015 puesto de relieve las deficiencias de la política europea de inmigración y asilo, exponiendo que la evolución de dicha materia se ha visto frenada por la tendencia a ver la inmigración como una amenaza, así como las reticencias de los Gobiernos a ceder sus competencias en un asunto tan esencial. Concluye que, bajo su parecer, la inmigración y el asilo siguen siendo la pieza inacabada del espacio de libertad, seguridad y justicia de la UE. Artículo disponible en: [Historia de la política europea de inmigración y asilo - El Orden Mundial - EOM](https://www.eom.europa.eu/Historia-de-la-politica-europea-de-inmigracion-y-asilo)

Este hecho es visible en la misión comentada a la Comisaria Johansson en cuanto se dispone que: “*You will have an important role in showing that our Union can protect and give peace of mind to Europeans by filling in the gaps in our approach to security and the new threats we face*”.

torno a los valores comunes y responsabilidades humanitarias, tratando de que las comunidades estén más cohesionadas e integradas, al igual que un nuevo comienzo en materia de migración a través del desarrollo de un “*Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*”.

2.2. Red Europea de Migración (REM).

Fundada en virtud de la Decisión 2008/381/CE del Consejo⁴⁵ y coordinada por la Comisión Europea, tiene una función informativa transmitida a través de sus publicaciones como los informes anuales, los informes estratégicos, los estudios, las consultas, etc. De esta manera, dicho organismo proporciona información actualizada, objetiva fiable y comparable sobre la migración y el asilo, con el fin de apoyar la elaboración de políticas en la UE⁴⁶. El último Informe Anual sobre Inmigración y Asilo, fue elaborado en junio de 2020, correspondiente al año 2019, se elabora a partir de los informes nacionales anuales sobre migración y asilo de los 27 Estados Miembros, a través de una plantilla común⁴⁷.

A través de la función informativa y recabadora de datos, la Red Europea de Migración desempeña un papel fundamental a la hora de proporcionar a los responsables políticos dicha información, aspecto esencial para que la UE pueda responder mejor a los desafíos en estas áreas.

2.3. Herramientas legislativas de la UE: las Directivas⁴⁸.

El papel que tienen actualmente las directivas europeas en relación a la extranjería es muy importante. Dicha circunstancia no hace referencia al volumen, sino a lo que significa, en sí mismo, el concepto de “Directiva”. De acuerdo con el artículo 288 del TFUE, “*La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.*”, esto supone que los destinatarios son los Estados miembro. El

⁴⁵ Disponible en: [Decision 2008_381_CE_REM.pdf \(inclusion.gob.es\)](#)

⁴⁶ Toda la información relativa a la REM, disponible en: [European Migration Network \(EMN\) | Migration and Home Affairs \(europa.eu\)](#)

⁴⁷ Acceso al informe completo: [00_eu_arm2019_synthesis_report_final_en_0.pdf \(europa.eu\)](#)

⁴⁸ Si bien es cierto que las Directivas no son la única herramienta para la llevar a cabo las políticas legislativas de la Unión, sí son las más relevantes en materia de expulsiones. Es por ello, por lo que se incluyen en el Anexo 5, los Reglamentos y Decisiones más significativos en el ámbito de la inmigración.

fin último de este tipo de acto jurídico de la UE podría entenderse como una especie de Ley marco⁴⁹ que, posteriormente, los Estados deberán desarrollar pudiendo escoger libremente el medio y la forma, pero estando limitados por el resultado⁵⁰, es decir, debe ser una norma efectiva para conseguir el objetivo de la directiva⁵¹.

De esta manera, cuando anteriormente se ha hecho referencia a la importancia de las directivas europeas en materia de extranjería y de expulsión, esta se debe a que las mismas funcionan como un instrumento de armonización, puesto que establecen puntos comunes en toda la legislación europea y, por lo tanto, en los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros. Por ende, el legislador europeo pretende que las líneas de actuación de todos los Estados europeos vayan en una misma dirección, es decir, se establece una política común europea.

Si bien no son pocas las directivas actuales en materia de extranjería⁵², únicamente se van a comentar la más relevantes en cuanto al tema que aquí compete – las expulsiones – puesto que la explicación de las otras no aportaría nada útil al objeto de estudio del trabajo. Se partirá del orden lógico de las más antiguas a las más modernas.

2.3.1. Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.

Se trata de una directiva notablemente breve – constituyéndose en una totalidad de 10 artículos – y, de hecho, todo el contenido significativo está plasmado en una sola página. El artículo principal a remarcar es el 1, donde se dispone que la expulsión concierne a los siguientes casos:

⁴⁹ Las Directivas no son una Ley marco, aquí simplemente ha hecho una analogía para que el lector pueda entender el objetivo de las directivas y su papel e impacto en el ordenamiento de los Estados miembro.

⁵⁰ En adición, todas las directivas establecen siempre un periodo de tiempo en el que el estado tiene que conseguir el objetivo de la norma, es decir, existe un límite temporal, por lo que la libertad de escoger el medio y la forma está limitada por el tiempo.

⁵¹ Cuando los Estados adoptan las medidas para cumplir con lo dispuesto en la directiva se denomina “*Trasposición de la Directiva*”.

⁵² Para conocer y acceder a todas ellas: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Inmigración \(inclusion.gob.es\)](http://portal.inmigracion.gob.es)

a) *el nacional de un tercer país es objeto de una decisión de expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales y adoptada en los casos siguientes:*

— *condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año,*

— *existencia de sospechas fundadas de que el nacional de un tercer país ha cometido hechos punibles graves o existencia de indicios reales de que tiene la intención de cometer tales hechos en el territorio de un Estado miembro.*

b) *el nacional de un tercer país objeto de una decisión de expulsión basada en el incumplimiento de las normas nacionales sobre entrada o residencia de extranjeros.*

Esta Directiva – y en particular el artículo citado – es fundamental para el objeto de estudio de este trabajo, por lo que va a ir siendo mencionada a lo largo del mismo. En el resto de artículos se tratan temas como la cooperación, la compensación del equilibrio financiero con el país tercero, así como la adopción de las disposiciones legales oportunas para dar cumplimiento a la directiva antes del 2 de diciembre de 2002.

2.3.2. Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

En correlación con lo dispuesto por la Directiva anterior, esta establece una protección reforzada contra la expulsión para los residentes de larga duración, inspirada en los criterios fijados por la jurisprudencia del TEDH⁵³, y así lo hace efectivo en su propio artículo 12 titulado “*protección contra la expulsión*”⁵⁴. Para que en estos casos la

⁵³ La doctora Freixes Sanjuán (1995), lleva a cabo un análisis sobre las sentencias del TEDH en las que, a través de su pronunciamiento, se han sistematizado una serie de construcciones generales aplicables a todos los derechos del Convenio. En términos generales, argumenta que tales construcciones interpretativas hacen referencia a cómo debe entenderse la igualdad y la no discriminación, así como hasta qué punto pueden interponerse límites al ejercicio de los derechos, y la obligación de los poderes públicos de hacer efectivos dichos derechos, en adición al respeto a la naturaleza o esencia de cada derecho. Artículo disponible en: [PRINCIPALES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL TEDH \(us.es\)](https://www.us.es/~jurisprudencia/tedh/)

⁵⁴ Artículo 12. Protección contra la expulsión.

1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

expulsión pueda llevarse a cabo, el extranjero debe representar una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, además de tomar en consideración los elementos relativos a la duración de la residencia en el territorio, la edad, las consecuencias para él y su familia, y los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

2.3.3. 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.

Las anteriores Directivas mencionadas eran únicamente aplicables a aquellos extranjeros de terceros países, sin embargo, a los nacionales de algún país miembro de la UE se les aplica, en materia de expulsión, una directiva diferente, y esta es la Directiva 2004/38/CE. Su aprobación supone que la necesidad de ser incorporada al Ordenamiento jurídico español, llevada a cabo a través 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 UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Concretamente, el artículo 15 detalla las *limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud pública*, constituyéndose estas como las únicas razones para poder hacer efectiva la expulsión de un ciudadano de la UE.

2.4. Adecuación de la política de migración y asilo de la UE, en relación con la legislación comentada.

Como ya aventuraba Fernández (2021)⁵⁵, la tendencia de ver a la inmigración – de terceros países ajenos a la UE y al EEE – como una amenaza, queda más que patente cuando se considera que la expulsión es una medida adecuada para ser llevada a cabo por

2. La decisión a que se refiere el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico.

3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes: a) la duración de la residencia en el territorio; b) la edad de la persona implicada; c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.

⁵⁵ En “Historia de la política europea de inmigración y asilo”: [Historia de la política europea de inmigración y asilo - El Orden Mundial - EOM](#)

razones de orden, seguridad y salud pública. Si bien es cierto, dejando de lado aquellos supuestos de delitos de terrorismo, parece que el umbral de “peligrosidad” que prevé la UE, es bastante limitado. Suena como si aquellos principios propios de la UE, así como la misión encomendada a la Comisaria Johansson en cuanto al desarrollo de un “*Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*”, el cual “*debería implicar un enfoque global que contemple las fronteras exteriores, los sistemas de asilo y retorno, el Espacio Schengen de libre circulación y la colaboración con nuestros socios de fuera de la UE*”, quedase un poco lejos. Sospecho que la misión de la presidenta Von der Leyen de “*Bringing Europe closer to home*”, no debería suponer “*Moving migrants away from Europe*”⁵⁶.

Si bien es cierto, no es culpable la Comisaria Johansson de la redacción de las Directivas con impacto directo en el régimen de expulsiones, así como tampoco la aplicación práctica de los Estados miembro. Sin embargo, parece ser que sus políticas no son especialmente populares, pues se publica en la página web del CESE un artículo⁵⁷, en el que, a pesar de recibir el Comité dicho “Nuevo Pacto” con satisfacción, el mismo no concitó la aprobación del Comité. Se criticó la falta de ambición y audacia, así como el excesivo foco sobre las fronteras y los retornos, hecho que hace que el Pacto proponga muy pocas soluciones viables para la adopción de un planteamiento solidario de la gestión migratoria⁵⁸. Todo ello, bajo el “desacuerdo absoluto” de la Comisaria, la cual expone que, “*La realidad es muy distinta hoy a la de 2015, cuando experimentamos una afluencia masiva de refugiados y la reubicación se convirtió en un gran problema, afirmó. Explicó que la inmensa mayoría de quienes llegan ahora no son refugiados. Por lo tanto, es muy importante la agilidad en las decisiones y los retornos*”. Bien, parece que la expresión “*Moving migrants away from Europe*”, no iba demasiado desencaminada.

⁵⁶ Juego de palabras propio.

⁵⁷ Relativo al debate del 27 de enero de 2021, entre el CESE y la Comisaria Johansson, justo antes de aprobar su Dictamen sobre “Un nuevo pacto sobre Migración y Asilo”, titulado: “*Los pormenores del nuevo Pacto sobre la migración generan frustración en el cese*”, disponible en: [Los pormenores del nuevo Pacto sobre la migración generan frustración en el CESE - European Economic and Social Committee \(europa.eu\)](https://www.europa.eu/press-room/media/33444/es)

⁵⁸ Así lo manifiesta el ponente del Dictamen, el señor José Antonio Moreno Díaz, afirmando que “*Teníamos depositadas grandes esperanzas en este Pacto, pero he de decir que estamos un poco decepcionados. Si bien el análisis de la Comisión es acertado y coincidimos con las conclusiones, nuestra frustración está relacionada con los pormenores, con las propuestas*”. Declaraciones un tanto delicadas en comparación con las realizadas por el coponente, el señor Cristian Pîrvulescu: “*Nos entristece constatar que no solo no se ha avanzado mucho, sino que se ha retrocedido en gran medida. Nos gustaría animar a la Comisión a que adoptara un enfoque más audaz en algunas de estas cuestiones. Es muy importante tener el valor de llamar a las cosas por su nombre*”.

3. Derecho Interno.

Una vez comprendidas la vertiente internacional y la europea, es necesario entrar de lleno en conjunto de leyes y normativas que regulan la extranjería en nuestro país, esto es, el régimen jurídico general estatal. Sin embargo, como ya se ha aventurado previamente, es necesario tener en cuenta la relación existente entre el Derecho de la UE y el Derecho de los Estados miembros, cuya libre y voluntaria manifestación del consentimiento de los Estados de ser miembros de la UE, conlleva la atribución de competencias internas en favor de la Unión Europea. A pesar de ello, el Estado se reserva una serie de competencias bajo su soberanía y, por lo tanto, regidas por el Derecho interno, lo que provoca la coexistencia – que no relación de jerarquía – de ambos ordenamientos jurídicos, puesto que tienen unos mismos destinatarios⁵⁹. De esta manera, las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho interno están condicionados por diferentes principios encargados de garantizar una coexistencia pacífica, y estos son el principio de autonomía, eficacia directa y primacía⁶⁰.

Todo lo explicado supone que el Derecho interno en materia de extranjería va a estar condicionado por el Derecho de la UE, concretamente, por los Tratados, Reglamentos, Directivas y Decisiones previamente explicados.

3.1. Las competencias del Estado en el ámbito de extranjería: artículo 149 CE.

A grandes rasgos, el Derecho de extranjería español, encargado de la regulación de los derechos, la entrada y distintas clases de permanencia a los que puede ser autorizado un extranjero, así como los tipos de infracciones y sus respectivas sanciones, comprende la aplicación de dos regímenes diferenciados. Por un lado, el régimen general, previsto

⁵⁹ Hay que tener en cuenta que la Unión Europea no es un Estado, no tiene nacionales. Es por ello por lo que el artículo 20 TFUE se encarga de recalcar que “*Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla*”. En este caso, resulta de interés la sentencia del TJUE Asunto C-369/90 (Caso Micheletti), para apreciar el juego de la regulación de la nacionalidad y la ciudadanía europea. [showPdf.jsf \(europa.eu\)](#)

⁶⁰ Estos principios surgen hace más de 50 años como consecuencia del problema de relación entre las fuentes europeas y las fuentes nacionales. Lo anterior desencadenó en la famosísima sentencia *Van Gend & Loos* de 5 de febrero de 1963 ([showPdf.jsf \(europa.eu\)](#)), y cuyo párrafo más citado es “*que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales*”.

para los nacionales de terceros Estados y sus familiares y, por otro, el régimen UE de libre circulación, contemplado para los nacionales de Estados miembro de la UE, del AEEE y sus familiares – con independencia de la nacionalidad de estos últimos.

Como ha permitido adelantar el apartado anterior, la configuración de dichos regímenes es fruto de la transposición y aplicación del Derecho de la UE en materia de inmigración y de la libre circulación de personas, junto con el estatuto de ciudadanía de la Unión.

Sin embargo, es necesario entender de donde provienen las competencias del Estado en materia de extranjería, puesto que la misma podría haberse atribuido completamente a las CCAA, y no ha sido así. Pues bien, la Constitución establece un sistema ordinario de distribución de competencias entre el Estado y las CCAA, basado en una serie de elementos, como son los artículos 149.1 y 148.1, los cuales contienen tanto las competencias que el Estado se reserva, como los dos grandes grupos de competencias que pueden ser asumidas por las CCAA – a través de sus respectivos Estatutos. La única referencia constitucional en materia de extranjería se encuentra en el artículo 149.1.2ª, para afirmar que la “*Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*”, son competencias exclusivas del Estado⁶¹.

3.2. La extranjería y el Derecho del Estado.

La atribución de competencias realizada por la CE ha supuesto la promulgación, en el ámbito estatal, de tres normas básicas de referencia: la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, encargado del desarrollo de la LO; y el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, relativo al régimen de la UE de libre circulación. Sin embargo, es importante tener en cuenta que dichos regímenes deben contemplarse bajo las Instrucciones y Órdenes emanadas en materia de extranjería⁶², las cuales no van a ser comentadas aquí debido a que no guardan relación directa con las expulsiones.

⁶¹ Más adelante, se hará referencia a la relación actual entre la extranjería y las CCAA, en el marco de dicha distribución competencia.

⁶² Para acceder a todas las Órdenes e Instrucciones nacionales en materia de extranjería, estructuradas por materias: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Normativa nacional \(inclusion.gob.es\)](http://portal.inmigracion.gob.es)

No obstante, por otro lado, también se debe hacer mención a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, concretamente, a su disposición adicional primera, al hacer mención a las especialidades por razón de materia, indicando que en materia de extranjería las actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y, supletoriamente, por lo dispuesto en esta Ley⁶³. Adicionalmente, en este contexto, también es relevante la Instrucción SGIE 1/2016 sobre el procedimiento administrativo y la organización territorial en materia de extranjería a la luz de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en la AGE y el Sector Público Institucional Estatal⁶⁴, la cual será comentada en mayor profundidad en el próximo capítulo.

3.3. El papel asignado a las Comunidades Autónomas y especial comentario al Estatuto de Autonomía de Cataluña.

El papel asignado a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en materia de extranjería no es un tema poco controversial⁶⁵. Esto tiene su origen en el ya comentado artículo 149.1.2ª CE, en donde se estipula que “*El Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*”. Sin embargo, para autores como Montilla Martos y Vidal Fueyo (2007:13) la mera evolución del fenómeno migratorio en España, impide mantener la consideración de competencia exclusiva del Estado, puesto que además vendría a invadir algunos de los títulos sectoriales de las propias CCAA como son la educación, sanidad, asistencia social, vivienda, etc⁶⁶. De esta manera, criterios jurisprudenciales como los dispuestos en la STC

⁶³ Concretamente se dispone que “1. Los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en esta Ley o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto a éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales”. Estableciendo además en su apartado segundo que “2. Las siguientes actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en esta Ley: d) Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo”.

⁶⁴ Todo el contenido de la Instrucción SGIE 1/2016 en: [instruccion_SGIE_1_2016.pdf \(inclusion.gob.es\)](http://inclusion.gob.es/instruccion_SGIE_1_2016.pdf)

⁶⁵ Este tema, en sí mismo, ha sido objeto de numerosos trabajos y análisis. Como consecuencia de su extensión, resulta aquí imposible plasmar algo que vaya más allá de las características esenciales sobre el papel asignado a las CCAA en materia de extranjería. Por ello, animo a la lectura del ensayo escrito por los autores Montilla Martos y Vidal Fueyo (2007), relativo a “Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas”: [FORO 15 \(Page 1\) \(cepc.gob.es\)](http://foro15.cepc.gob.es)

⁶⁶ Opinión respaldada por Santolaya Machetti (2007), en su artículo “Extranjería y nuevos Estatutos de Autonomía”, disponible en: [Dialnet-ExtranjeriaYNuevosEstatutosDeAutonomia-2284245.pdf](http://dialnet-ExtranjeriaYNuevosEstatutosDeAutonomia-2284245.pdf), en el

71/1982⁶⁷, donde el título competencial específico prima sobre el genérico. Por ello, los títulos sectoriales citados, se impondrían sobre el genérico del Estado sobre inmigración y extranjería.

En esta materia la LOEx, ha reconocido tímidamente la competencia autonómica y local, en la integración social y laboral de los inmigrantes, pues su artículo 68 plantea la “*adecuada coordinación de las actuaciones entre las administraciones públicas en materia de inmigración*”, realizada bajo la supervisión de la Conferencia Sectorial de Inmigración. En esa dirección, las CCAA podrán asumir competencias ejecutivas en la concesión de la autorización inicial de trabajo, la emisión de un informe sobre la integración social del extranjero, así como, para aquellas Comunidades que hayan asumido competencias en materia de seguridad ciudadana y orden público, podrán aportar un informe sobre la afectación al orden público en todos los procedimientos de autorización de residencia o su renovación. Es decir, la prestación a los extranjeros de los diversos servicios públicos que condicionaría su proceso de integración en la sociedad de acogida, trascendería el ámbito de competencia exclusiva del Estado en los títulos autonómicos de carácter sectorial, aún con carácter compartido⁶⁸.

Lo anterior pretende mostrar que una estricta separación de los ámbitos de actuación del Estado y de las CCAA, en materia de extranjería, resultarían completamente disfuncionales. Si bien es cierto que el Estado determina de manera exclusiva el estatuto jurídico de los extranjeros, la prestación de servicios básicos compete a las CCAA, por lo

explica que “*Frente a la interpretación omnicomprensiva de la extranjería como competencia estatal presente en nuestro marco normativo, se propone una relectura del artículo 149.1.2 de la CE más acorde a la interpretación sistemática del conjunto de las cláusulas constitucionales atributivas de competencias y, en definitiva, más adecuada a la realidad de un Estado altamente descentralizado y su capacidad para afrontar eficazmente una cuestión que presenta en nuestro país altos grados de concentración territorial*” (pág. 163).

⁶⁷ [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 71/1982 \(tribunalconstitucional.es\)](#) Relativa al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Abogado del Estado contra la Ley 10/1981, de 18 de noviembre, del Parlamento Vasco, que aprueba el Estatuto del Consumidor. La discusión se centra en si algunos de los preceptos dispuestos en dicha normativa vulneran algunos de las competencias exclusivas del Estado estipuladas en los artículos 149 CE, en pos a la atribución de competencias a las CCAA que realiza el artículo 148 CE. Las materias objeto de la disputa versan sobre la protección del consumidor y la plural inclusión de una regla en sectores distintos, en este caso, el consumo y la sanidad.

⁶⁸ Esta circunstancia tiene su origen, de acuerdo con Santolaya Machetti (2007:162) en la STC de 30 de noviembre de 1982, en que los supuestos en los que una misma actividad material podía estar incluida en varios títulos competenciales, que es la utilización del “principio de especificidad de la competencia”, “el carácter específico de la sanidad respecto al plural de la defensa del consumidor, determina que la inclusión en regla de más amplio alcance deba ceder ante la regla más especial.

que la exclusión de estas del proceso delimitador del marco jurídico del inmigrante, dificultaría dicho ejercicio prestacional⁶⁹.

La realidad práctica y real de lo anterior, se puede ver plasmada en nuestro caso en el Estatuto de Autonomía de Cataluña⁷⁰. El artículo 138⁷¹ del mismo texto lleva a cabo una redacción minuciosa y desglosada de aquellas competencias exclusivas de la Generalitat en materia de extranjería, siendo estas la primera acogida de las personas inmigradas, incluyendo las actuaciones socio-sanitarias y de orientación necesarias, el desarrollo de las políticas de integración en el marco de sus competencias, el establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para su integración social y económica, así como su participación social y la previsión, por ley, de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas. En segundo lugar, también se prevé la competencia ejecutiva de la Generalitat en materia de autorización de trabajo de aquellos extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en su territorio. Competencia que se comenta que deberá ser ejercida en coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros. Y, finalmente, la participación de la

⁶⁹ Resulta paradójico que formalmente la inmigración sea competencia exclusiva del Estado, pero que, a su vez, uno de los pilares básicos y fundamentales de la política migratoria, esto es, el proceso de integración de los extranjeros en nuestra sociedad, lo lleven a cabo las CCAA.

⁷⁰ Explica Santolaya Machetti (2007:173), que el texto inicial aprobado por el Parlamento de Cataluña, parecía redactado ignorando la normativa vigente en materia de extranjería, adoptando una muy discutible interpretación del reparto constitucional de competencias. Sin embargo, este hecho fue solventado gracias a las importantes modificaciones producidas durante su tramitación en el Congreso de los Diputados.

⁷¹ Artículo 138. Inmigración. 1. *Corresponde a la Generalitat en materia de inmigración:*

a) *La competencia exclusiva en materia de primera acogida de las personas inmigradas, que incluirá las actuaciones socio-sanitarias y de orientación.*

b) *El desarrollo de la política de integración de las personas inmigradas en el marco de sus competencias.*

c) *El establecimiento y la regulación de las medidas necesarias para la integración social y económica de las personas inmigradas y para su participación social.*

d) *El establecimiento por ley de un marco de referencia para la acogida e integración de las personas inmigradas.*

e) *La promoción y la integración de las personas regresadas y la ayuda a las mismas, impulsando las políticas y las medidas pertinentes que faciliten su regreso a Cataluña.*

2. *Corresponde a la Generalitat la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, incluye:*

a) *La tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena.*

b) *La tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a que se refiere la letra a) y la aplicación del régimen de inspección y sanción.*

3. *Corresponde a la Generalitat la participación en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Cataluña y, en particular, la participación preceptiva previa en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros a través de los mecanismos previstos en el Título V.*

Generalitat en las decisiones del Estado sobre inmigración que puedan tener trascendencia para Cataluña.

Todo ello permite anunciar que la Generalitat, en base a lo dispuesto por la LOEx, ha decido asumir las competencias que el Estado le atribuye en materia de inmigración, regulando y plasmando en su Estatuto cada uno de los preceptos en los que su actuación pudiese ser requerida⁷².

3.4. Posibles mejoras en el funcionamiento del sistema Estado-CCAA.

Es una realidad que, como apunta la Doctora Blázquez Rodríguez (2008:276)⁷³, a pesar de que la opinión pública ha estado más preocupada por la llegada, más o menos masiva, de inmigrantes a nuestro territorio, los responsables políticos deben ir orientado su actividad hacia los problemas en la sociedad de acogida de esos cuatro millones de extranjeros. Es una realidad fáctica que las comunidades autónomas van a ver sí o sí incrementado su protagonismo, puesto que son las piezas claves para la integración con éxito de los extranjeros. Principalmente porque son las que tienen un contacto directo con los recién llegados.

Suenan, bajo mi parecer, muy interesantes los Planes de Integración, en cuanto, de acuerdo con Montilla Martos y Vidal Fueyo (2007:64)⁷⁴, se han convertido en el principal instrumento autonómico en materia de integración social, económica y cultural de los extranjeros. Una de las propuestas más novedosas es la del “*Pla de Ciutadania y de les Migracions 2017-2020*”, de Cataluña, resultado de un proceso participativo⁷⁵ iniciado

⁷² Hay que añadir que, en otros Estatutos de Autonomía, no se han hecho referencias tan amplias en materia de inmigración, a pesar de que sí han asumido su competencia autonómica en materia de inmigración. Un ejemplo de ello es el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, cuya única mención al respecto es que será una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears “49. *Integración social y económica del inmigrante*”, haciendo mención en el artículo 32.18, respecto a las competencias ejecutivas, al desarrollo de “*La inmigración en los términos previsto en la Constitución y en la legislación del Estado*”. Sin embargo, la única excepción a todo lo anterior es el caso del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, el cual no adquiere dicha competencia y cuya única mención es que “*La Generalitat colaborará con el Gobierno de España en lo referente a políticas de inmigración*”.

⁷³ Artículo titulado “*Facultades competenciales y funciones de las Comunidades Autónomas en inmigración: un análisis desde las estrategias fijadas por la Unión Europea*”. Disponible en: [Facultades competenciales y funciones de las Comunidades Autónomas en inmigración: un análisis desde las estrategias fijadas por la Unión Europea - Dialnet \(unirioja.es\)](#)

⁷⁴ En “*Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*”. Disponible en: [FORO 15 \(Page 1\) \(cepc.gob.es\)](#)

⁷⁵ Formado por personal técnico de las administraciones catalanas, entidades del territorio catalán y la ciudadanía – esta última a través del portal “*participa.gencat.cat*”.

desde la Secretaria de Igualdad, Migraciones Y Ciudadanía de la Generalitat⁷⁶, en el que han podido formar parte personal técnico de las administraciones catalanas, entidades del territorio catalán y la ciudadanía a través del portal “*participa.gencat.cat*”. El Plan está encaminado a la construcción de una sociedad más tolerante e inclusiva con las diferentes ideologías, la acogida de personas refugiadas y la gestión integral de políticas de ciudadanía y migración. Además, el presupuesto para alcanzar dichos objetivos es de 246’5 millones de euros, 16 millones más en el 2016⁷⁷, hecho que implica la existencia de uno de los elementos esenciales para la puesta en práctica del Plan⁷⁸.

Finalmente, y regresando al artículo de la Doctora Blázquez Rodríguez (2008:298)⁷⁹, sí que es posible apreciar que la mayoría de planes autonómicos se encargan de la coordinación “*ad intra*” entre los distintos departamentos, consejerías y organismos autonómicos, sin embargo, en muchos casos esta interrelación interna provoca el descuido de la relación externa con el Estado. Insiste la autora en que una adecuada coordinación es básica para permitir una integración con éxito.

⁷⁶ Síntesis de resultados y aportaciones del “Procés participatiu per al pla de ciutadania i de les mmigracions 2017-2020”, disponible en: [Informe global d'aportacions FINAL \(gencat.cat\)](https://gencat.cat/informacio/informe-global-d'aportacions-final)

⁷⁷ Datos proporcionados por [Cataluña: Nuevo Plan Ciudadanía y Migraciones 2017-2020 | LA OTRA OPINION. \(wordpress.com\)](https://www.laotraopinion.com/)

⁷⁸ Hecho que criticaba Blázquez Rodríguez (2008:298), en cuanto que se advertía en algunos de los Planes de Integración de distintas CCAA la falta de dotación presupuestaria, lo que ponía en entredicho la voluntad real de aplicación de este tipo de políticas.

⁷⁹ En “Facultades competenciales y funciones de las Comunidades Autónomas en inmigración”. Disponible en: [Facultades competenciales y funciones de las Comunidades Autónomas en inmigración: un análisis desde las estrategias fijadas por la Unión Europea - Dialnet \(unirioja.es\)](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6054444)

CAPÍTULO II. RÉGIMEN SANCIONADOR.

En el presente capítulo se va tratar el régimen sancionador relativo a las expulsiones, siempre teniendo en cuenta que dicho procedimiento se encuadra dentro del derecho administrativo sancionador. Para ello, es necesario hablar de la legislación aplicable, de la concurrencia y compatibilidad entre el régimen sancionador administrativo y penal y, por último, del régimen sancionador administrativo para conocer la vía administrativa y el papel de la jurisdicción contencioso-administrativa del procedimiento de expulsión.

1. Legislación aplicable.

En el Capítulo anterior se ha hecho mención al Derecho estatal aplicable en materia de extranjería y el papel – francamente residual y reducido a la integración del extranjero – de las CCAA. De esta manera, para comprender la legislación aplicable relativa al régimen sancionador, se recupera aquí la instrucción SGIE 1/2016, puesto que la Disposición adicional primera de la LPACAP reconoce el carácter prevalente de la normativa de extranjería en el ámbito sancionador – además de en las actuaciones y procedimientos – aplicándose la LPACAP únicamente de manera supletoria⁸⁰. Consecuencia de ello es que, en este ámbito, la organización territorial de la AGE y los servicios integrados, se mantenga el principio de doble dependencia orgánica y funcional, concretamente, los servicios territoriales integrados dependerían del Delegado del Gobierno – o del Subdelegado del Gobierno – a través de la Secretaría General, y siempre actuando bajo las instrucciones técnicas y criterios operativos estipulados, en este caso, por el Ministerio del Interior y por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones⁸¹.

⁸⁰ Aspecto que ya sucedía en la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

⁸¹ Artículo 260 RELOEx: Dependencia: “1. Las Oficinas de Extranjería dependerán orgánicamente de la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno, se encuadrarán en las Áreas funcionales de Trabajo e Inmigración, y dependerán funcionalmente del Ministerio de Trabajo e inmigración, a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, y del Ministerio del Interior, ambos en el ámbito de sus respectivas competencias”. En este caso, el nombre del “Ministerio de Trabajo e inmigración” previsto en dicho RELOEx, actualmente no recibe ese nombre de acuerdo con el Real Decreto 2/2020, de 12 de enero, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

En consecuencia, la legislación aplicable en el ámbito del régimen sancionador de la extranjería se fundamenta en la LOEx y en el RELOEx⁸², concretamente en los artículos 50 a 55 de la primera, y 216 a 257 del segundo. No obstante, el caso de las expulsiones prevé una especialidad y es que, en el propio artículo 57 LOEx y el artículo 242 y ss. RELOEx se estipulan las causas que constituirán la expulsión del territorio, apartándose de las sanciones previstas en el artículo 55 LOEx.

2. La concurrencia y compatibilidad entre el régimen sancionador administrativo y el penal.

En materia sancionadora, la confluencia del régimen sancionador administrativo y el penal suele darse con frecuencia, puesto que, como se verá a continuación, ambos regímenes responden al *ius puniendi* del Estado. Las expulsiones no se quedan atrás en dicho ámbito, puesto que, como se hablará en el próximo apartado, en el artículo 57.2 LOEx el concurso de uno y otro son necesarios para poder incoar el procedimiento de expulsión.

Dicho lo anterior, hay que tener en cuenta que la imposición de cualquier tipo de sanción prevista en la LOEx, únicamente se podrá imponer en virtud de un procedimiento instruido a tal efecto (art. 216 RELOEx). De hecho, esta idea emana de la propia Constitución⁸³ en el momento en el que regula el principio de legalidad en materia sancionadora, junto con las garantías y defensa del procedimiento sancionador, llegando a tratar la materia penal y administrativa de manera equivalente en este ámbito⁸⁴. De ahí se deriva, por un lado, la concurrencia y compatibilidad entre el régimen sancionador administrativo y el penal, puesto que ambas están sujetas a principios de la misma identidad⁸⁵ y son fruto del *ius puniendi* del Estado. Ello obliga a que las garantías, valores

⁸² Se deja de lado 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, puesto que su objeto no guarda relación con la cuestión de estudio del presente trabajo, puesto que no se incluyen a los nacionales de países de la UE.

⁸³ De hecho, es con la promulgación de la CE cuando se limita la potestad sancionadora de la administración en términos de regulación, tramitación y ejercicio, introduciendo el principio de reserva de ley en la determinación objetiva de sanciones e infracciones – arts. 25.1 y 25.3.

⁸⁴ Véase la redacción del artículo 25.1 CE: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”.

⁸⁵ Algunas de las Sentencias más relevantes al respecto son la STS, de 10 de noviembre de 1980 ([STS, 10 de Noviembre de 1980 - Jurisprudencia - VLEX 76729250](#)) y la STC 18/1981, de 8 de junio ([Sistema HJ -](#)

y principios constitucionales se expandan del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador, aun preservando las diferencias naturales entre ambos procedimientos.

Mientras que, por otro lado, en un sentido estricto y menos figurado que el anterior, la concurrencia de sanción penal y administrativa ha sido objeto de numerosas discusiones jurisprudenciales – por todas STC 2/2003, de 16 de enero⁸⁶ – en la que se llega a la conclusión de que no es lícito tipificar como infracción administrativa una conducta previamente tipificada como delito por el Derecho Penal, siempre que concurren sujeto, hecho y fundamento. En este caso, el principio *non bis in ídem* despliega sus efectos con posterioridad al impedir una nueva sanción, puesto que la misma ya habría sido sancionada con anterioridad. En adición a lo anterior, tal y como se argumenta en la STC 2/2003, de 16 de enero de 2003, si el legislador considera que unos hechos son merecedores de sanción penal, y se configura la consiguiente infracción penal en torno a ellos, la norma contenida en la disposición administrativa dejaría de ser aplicable, aunque esta hubiese sido previa⁸⁷. Es decir, en los casos de concurrencia normativa entre ambas jurisdicciones, solo la infracción penal es realmente aplicable y, por ende, será la jurisdicción penal el único poder público con competencia.

Sin embargo, Sentencias como la del TC 177/1999, de 11 de octubre de 1999⁸⁸, clarifican que irrogada una sanción, independientemente de índole administrativa o penal, no cabe superponer o adicionar otra sanción distinta, siempre que concurren las mencionadas identidades de sujeto, hechos y fundamento, puesto que *“es este el núcleo esencial que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo”* (FJ. 4º). Esto supone que la condena penal sería inviable si ya existiera una resolución administrativa sancionadora, aunque en caso de entenderse que la sanción penal prevaleciese sobre la administrativa, dejaría sin efecto esta última, pudiendo dar pie a su anulación o revisión. Es decir, de todas las discusiones, la conclusión verdaderamente

Resolución: SENTENCIA 18/1981 (tribunalconstitucional.es)), ambas haciendo referencia a que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Derecho Administrativo sancionador – evidentemente con ciertos matices – siendo algunos de los principios básicos el de legalidad, tipicidad e imputabilidad.

⁸⁶ Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 2/2003 \(tribunalconstitucional.es\)](#)

⁸⁷ Por todas, SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9.

⁸⁸ Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 177/1999 \(tribunalconstitucional.es\)](#)

relevante, es que, interpuesta una sanción firme por parte de alguna de dichas jurisdicciones, no quepa una segunda que verse sobre el mismo sujeto, hechos y fundamentos, a no ser que una de ellas pueda quedar sin efectos, hecho que no daría pie al *non bis in ídem*.

Por ende, una redacción en positivo de lo anterior expresaría que únicamente se admitiría una sanción en vía administrativa si ya hubiese una condena en vía penal, si la sanción administrativa por los mismos hechos, tuviera distinto fundamento, es decir, que los bienes jurídicos protegidos por la norma penal sean distintos a los protegidos por la norma administrativa. Esta discusión será recuperada en Capítulos posteriores.

3. Procedimiento sancionador administrativo: la expulsión.

Todo procedimiento sancionador administrativo tiene su origen en la comisión u omisión de una infracción, y cuyo contenido debe estar previsto como tal en la legislación administrativa. A partir de ahí se activa todo un proceso que finalizará con una resolución administrativa, en este caso, la orden de expulsión y su posterior ejecución. Sin embargo, para garantizar los derechos fundamentales de los extranjeros, dicho procedimiento tiene que estar revestido de una serie de principios informadores básicos propios del derecho administrativo sancionador: legalidad; garantía del procedimiento; responsabilidad y presunción de inocencia; proporcionalidad; *non bis in ídem*; y los derechos del presunto responsable (Martínez Atienza, 2012:214)⁸⁹.

A continuación, se van a explicar las infracciones, sanciones, órganos competentes y procedimientos previstos para las expulsiones y, en particular, el tipo de expulsión previsto en el artículo 57.2 LOEx, y cuya esencia, es el objeto de estudio del presente trabajo. También se desarrollarán en cada apartado los principios pertinentes, así como un breve comentario sobre la Jurisdicción contencioso-administrativa.

3.1. Infracciones.

Como se ha adelantado, para poder dar inicio al procedimiento sancionador administrativo, es necesario que el extranjero lleve a cabo una conducta tipificada en la

⁸⁹ Libro “Comentarios al Código de Extranjería”, capítulo titulado “De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”. Disponible en VLex, link no disponible.

LOEx como tal. Esto supone que aquellos que sean autores o participen en cualquiera de las infracciones tipificadas, incurrirán en responsabilidad administrativa – art. 51.1 LOEx. Las mismas están previstas en el Título III, con su consiguiente clasificación en leves, graves y muy graves⁹⁰. Sin embargo, únicamente cuando el infractor sea extranjero y realice alguna de las conductas tipificadas como graves (art. 53.1 a), b), c), d) y f) LOEx), o muy graves podrá aplicarse en lugar de la sanción, la expulsión del territorio – art. 57.1 LOEx. No obstante, la infracción objeto de estudio del presente trabajo no se encuadra dentro de dicho artículo y, por ende, no se corresponde con ninguna de las infracciones muy graves o graves, sino que se trata de una infracción híbrida y un tanto extraña, siendo esta *“la condena, 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”* – art. 57.2 LOEx.

3.2. Sanciones.

La norma general, dentro del procedimiento sancionador administrativo es que la sanción consista en una multa⁹¹, y cuyo importe dependerá de la gravedad de la infracción y la graduación de la sanción, ajustada a los criterios de proporcionalidad, haciendo una valoración del grado de culpabilidad, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia – art. 55.4 LOEx. A pesar de ello, existen otro tipo de infracciones que dada su “especial gravedad” es posible que dichas multas puedan ser sustituidas por la expulsión del territorio español, puesto que en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa⁹² – art. 57.3 LOEx.

Además de la expulsión, esta sanción prevista por la LOEx, tiene dos consecuencias adicionales. Una de ellas es la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por

⁹⁰ Debido a que el espacio del que se dispone para llevar a cabo el presente estudio, no se van aquí a redactar todas las sanciones previstas en la LOEx, sino únicamente aquellas relevantes para que se pueda iniciar el procedimiento de expulsión.

⁹¹ Prueba de ello es la redacción del artículo 55 LOEx: “1. Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes: a) Las infracciones leves con multa de hasta 500 euros. b) Las infracciones graves con multa de 501 hasta 10.000 euros. c) Las infracciones muy graves con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros”.

⁹² Esta prohibición reside en la aplicación del principio previamente comentado del non bis in ídem, puesto que, de producirse, se estaría sancionando al mismo infractor, por los mismos hecho y con el mismo fundamento.

objeto la autorización para residir o trabajar en España – art. 57.2 LOEx. Mientras que la segunda encuentra su fundamento en el artículo 245.2 RELOEx, disponiendo que la resolución que acuerde la expulsión llevará aparejada la prohibición de entrada al territorio español, incluso haciéndose esta extensiva a los territorios de los Estados con los que España haya suscrito acuerdo en ese sentido – si bien dicha prohibición no podrá exceder de los cinco años, salvo supuestos muy excepcionales que será de hasta diez años⁹³.

3.3. Órganos competentes y procedimiento sancionador.

En términos generales, los órganos competentes en materia de extranjería y su régimen sancionador son los Subdelegados del Gobierno en cada CCAA – o, por su parte, los Delegados del Gobierno en las CCAA uniprovinciales –, el Comisario General de Extranjería y Documentación, el Jefe Superior de la Policía, los Comisarios Provinciales y, los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos – arts. 218 a 222 RELOEx.

A pesar de que en el siguiente apartado se explicará el procedimiento aplicable en las causas de expulsión, es necesario hacer un breve repaso por algunas de las fases – de manera general – para ver qué competencia tiene cada órgano de los previamente listados de acuerdo con la legislación.

- a) Incoación del procedimiento sancionador. El procedimiento se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente por propia iniciativa, por orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. Los competentes para ordenar dicha incoación serán todos los citados en la lista anterior – art. 219 RELOEx.
- b) Instructor y secretario. Una vez se incoa el procedimiento, se deberá nombrar un instructor y un secretario, que deberán ser funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía – art. 220 RELOEx.

⁹³ Esta prohibición requiere siempre acuerdo administrativo motivado en el seno de un procedimiento administrativo (STC 18 de diciembre de 2000: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 307/2000 \(tribunalconstitucional.es\)](https://www.tribunalconstitucional.es/Sistema/HJ-Resolucion/SENTENCIA_307/2000))

- c) Resolución. Los encargados de dictar la resolución serán los Delegados del Gobierno en las CCAA uniprovinciales y los Subdelegados de Gobierno – art. 222 RELOEx.

3.4. Procedimiento aplicable: el procedimiento preferente.

A pesar de que el procedimiento sancionador en el ámbito de la extranjería se rija por su propia normativa, ello no implica que su estructura básica no se corresponda con la propia del procedimiento administrativo común prevista en la LPACAP – Título IV: iniciación, ordenación, instrucción, finalización y ejecución.

La LOEx, así como también desarrolla el RELOEx, prevé diferentes modalidades de tramitación del procedimiento sancionador: ordinario, preferente y simplificado. Sin embargo, el procedimiento que por regla general debe seguirse es el ordinario, salvo en aquellos supuestos especificados en el artículo 234 del Reglamento, los cuales se tramitarán por el procedimiento preferente. De esta manera, el procedimiento simplificado se limitaría a aquellos hechos denunciados que puedan ser calificados como infracciones leves – aquellas previstas en alguno de los supuestos del artículo 52 LOEx.

Mencionado lo anterior, el único procedimiento que resta para la tramitación de las expulsiones es el preferente, concretamente este procede cuando la infracción imputada sea alguna de las previstas en las letras a) y b) del artículo 54.1⁹⁴, así como en las letras d) y f) del artículo 53.1⁹⁵ y en el artículo 57.2 LOEx, este último ya sobradamente comentado. También se prevé el procedimiento preferente para aquellos supuestos en los que un extranjero se encuentre en situación irregular en nuestro país – art. 53 LOEx –,

⁹⁴ Estas son: a) *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.* b) *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.*

⁹⁵ Correspondientes a: d) *El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.* f) *La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.*

únicamente si concurre el riesgo de incomparecencia, que el extranjero evite o dificulte la expulsión o que el mismo presente un riesgo para el orden público.

Dicho lo anterior, y en el tema que aquí nos compete, el artículo 57.2 LOEx, se encuadra en los supuestos en los que procede la aplicación del procedimiento preferente – arts. 234 a 237 RELOEx –, caracterizado por la celeridad y por ser un procedimiento menos garantista que el ordinario. Esta afirmación no es baladí, por ello, se van a explicar de manera detallada las fases del procedimiento y, posteriormente, se pondrán en relación con las fases del procedimiento ordinario (**Ver Figura 1**).

Iniciación.

Cuando se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión se dará traslado del acuerdo al interesado, al efecto que en un plazo máximo de 48 horas alegue cuanto le parezca en su defensa. El extranjero tendrá el derecho de poder ser asistido por un abogado, bien particular, bien de oficio en caso de no disponer de los medios económicos necesarios – art. 235.2 RELOEx. En caso de que se quieran presentar alegaciones, es el abogado el que debe realizar dicho escrito, debiendo aportarle el interesado la máxima documentación posible que acredite su arraigo en el país. En caso de que el interesado decida no alegar, el acuerdo de iniciación será considerado como propuesta de resolución.

Prueba.

El interesado o su representante pueden proponer prueba – art. 235.4 RELOEx –, que solo se podrá denegar motivadamente. En el caso que se estimen las pruebas por parte del instructor se realizará en el plazo de tres días.

En este punto, para ver la importancia de esta fase, es preciso comentar la Sentencia 283/2020, del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Palma de Mallorca, de 16 de julio de 2020⁹⁶, relativa a la vulneración del derecho a la defensa y, siguiendo el criterio de la misma Sala en la Sentencia núm. 282/2019, se articula que:

⁹⁶ La presente Sentencia fue objeto de estudio durante mi estancia en prácticas, por ello, resulta interesante haber tenido acceso a ella y mostrar la importancia de la prueba y la motivación para los Tribunales.

“La falta de respuesta en sede administrativa de la solicitud de prueba, lo que, como es natural, comportó que no se practicase, da lugar por sí sola a una experiencia de indefensión material porque constituye una violación directa del derecho de defensa de la Sra. Carolina en el seno del procedimiento sancionador, es decir, se trata, pues, de la violación del derecho fundamental recogido en el artículo 24 de la Constitución.”

Es más, expone la STS de 8 de noviembre de 2004⁹⁷ que

“no pueden reducirse sin más a cuestiones de mera legalidad, ajenas a este proceso, las quejas de la recurrente relacionadas con la merma de garantías que ha padecido a causa de la utilización por la Administración de un procedimiento distinto del debido legalmente, entre ellas las relativas a los obstáculos que eso supuso para que pudiera ejercer su derecho a los medios de prueba necesarios para su defensa en el expediente administrativo. Derecho cuya relevancia constitucional ha afirmado el Tribunal Constitucional (entre otras, en las Sentencias nº 190 y 192 de 1987 y en la nº 212/1990)”.

Lo que supone, que el derecho fundamental a la defensa es susceptible de amparo constitucional, lo que supone que dicha violación no puede ser subsanada con posterioridad, dando pie a la nulidad radical de la resolución administrativa que la incorpora – art. 47.1.a) LPACAP.

Propuesta de resolución.

Una vez practicada la prueba – en caso de que así se haya solicitado – será comunicada al extranjero la propuesta de resolución, quien en el plazo de 48 horas podrá presentar alegaciones y aportar los documentos que estime pertinentes. Pasado dicho trámite se elevará al órgano competente para resolver – art. 235.4 RELOEx.

Resolución.

Antes de la resolución el instructor podrá solicitar al juez de instrucción que disponga el ingreso del extranjero expedientado en un centro de internamiento de extranjeros. La

⁹⁷ Sentencia completa, disponible en: [STS, 8 de Noviembre de 2004 - Jurisprudencia - VLEX 17444313](#)

solicitud habrá de ser motivada. El periodo de internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente y no podrá exceder en ningún caso de sesenta días. La resolución será inmediata y motivada (la naturaleza del procedimiento lo declara como preferente y sumario). La ejecución de la resolución también será inmediata. No se excluirá el derecho de recurso por parte de los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo – art. 236 RELOEx.

Otras comunicaciones.

La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención, de internamiento y la resolución de expulsión serán comunicadas a la embajada o consulado del país del extranjero y se procederá a su anotación en el Registro Central de Extranjeros de la Dirección General de la Policía y de la guardia Civil. Excepcionalmente, cuando no se pueda notificar al consulado o este no radique en España, se comunicará también al Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación – art. 237 RELOEx.

Descrito todo lo anterior, es posible advertir la celeridad y la urgencia del procedimiento. Hace unas líneas se ha señalado que el procedimiento preferente era menos garantista – en cuanto a los derechos del extranjero – que el ordinario, esto se debe a que los letrados van a tener que llevar a cabo un arduo y laborioso trabajo para la redacción del escrito de alegaciones, en unas limitadas 48 horas, habiendo tenido que estudiar todas las circunstancias de su defendido y habiendo tenido que reunir todas las pruebas y documentos necesarios que deban ser presentados. Sin embargo, la diferencia más fundamental no radica en el procedimiento en sí, sino en la concesión de un periodo voluntario para que el extranjero abandone el territorio nacional⁹⁸. Este periodo entra en juego una vez se ha notificado la resolución, otorgando entre 7 y 30 días, aunque la imposición de un plazo inferior a 15 días será excepcional y deberá estar debidamente motivado. En caso de que transcurra el plazo señalado sin que se haya producido el

⁹⁸ Art. 246.2 RD 557/2011, de 20 de abril.

abandono, aquí sí la expulsión será inmediata y llevada a cabo por los funcionarios policiales competentes y no podrá exceder de 72 horas⁹⁹.

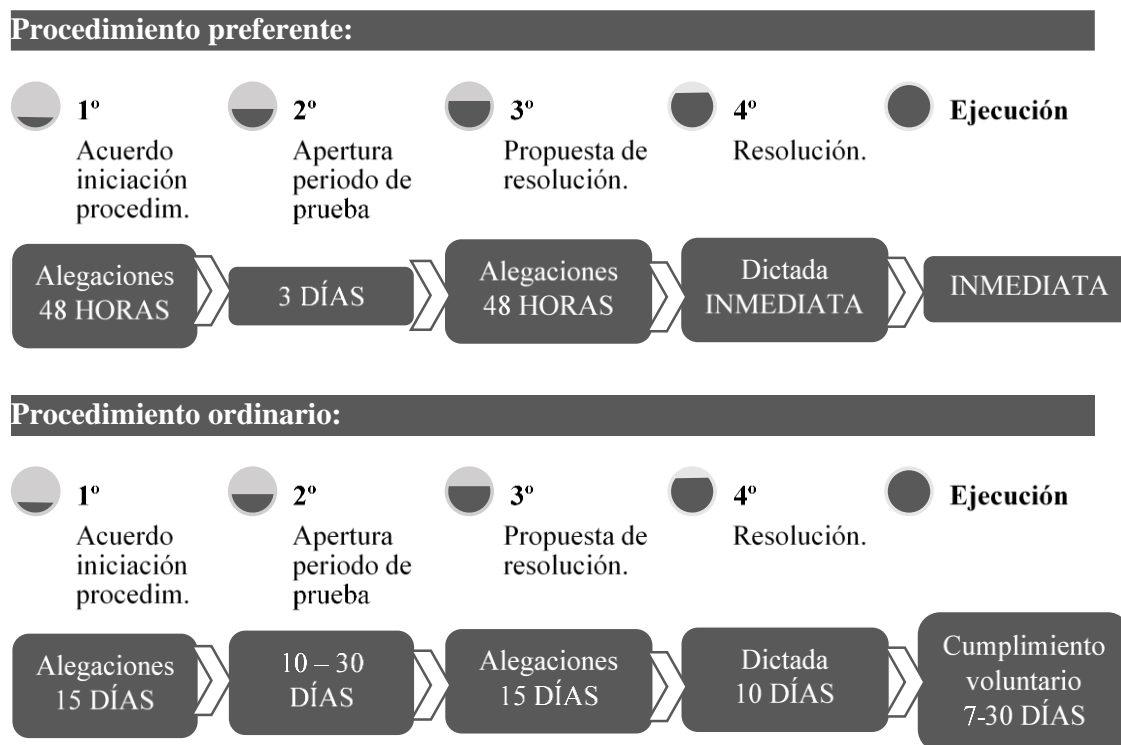
En cambio, existe un término que se mantiene a lo largo de todos los artículos que hablan de los procedimientos y este es la motivación¹⁰⁰. Ha resultado imprescindible para el legislador que cada una de las comunicaciones que realiza al interesado vayan debidamente motivadas, así como la necesidad de la incoación del procedimiento sancionador¹⁰¹. Este hecho tiene su origen en la LPACAP, concretamente en su artículo 35, relativo a los actos que deben ser motivados, en el artículo 88, en cuanto al contenido de la motivación y, más próximo al objeto de estudio presente, el artículo 89, donde se hace referencia a los procedimientos de carácter sancionador. Todo ello supone que, debido a la necesidad de motivación del Acto Administrativo, cualquier atisbo de arbitrariedad desaparece, permitiendo al administrado contradecir las razones motivadoras del acto, y apreciando si se ha actuado o no dentro de los límites impuestos. Es decir, es necesario que la motivación dé sentido al proceso lógico y jurídico que conduce a la decisión final, ya que, en caso de una motivación deficiente, dicho acto se convertiría susceptible de arbitrariedad, suponiendo la nulidad completa del acto administrativo.

⁹⁹ En caso de que tuviera que exceder de dicho plazo, como consecuencia de que no se pudiera llevar a cabo la expulsión, se podrá solicitar ante la autoridad judicial el ingreso del extranjero en un centro de internamiento (Art. 246.3 RD 557/2011, de 20 de abril).

¹⁰⁰ De hecho, en el ámbito de las expulsiones, concretamente en la prevista en el artículo 57.2 LOEx, el TC recuerda en su Sentencia 201/2016, de 28 de noviembre, la STC 131/2006, de 18 de julio (FJ 6) “*el deber de motivación en el ámbito administrativo con relevancia constitucional no sólo se produce en el supuesto de las sanciones administrativas*” y que “*frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional*”. También reiterando en dicha resolución que esto ocurre precisamente cuando los actos administrativos limitan o restringen el ejercicio de derechos fundamentales pues en tal caso la actuación de la Administración “*es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó*”. Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 201/2016 \(tribunalconstitucional.es\)](#)

¹⁰¹ Este último aspecto será una de las causas de debate en apartados posteriores, pues se ha detectado un problema de automatismo en la aplicación del artículo 57.2 LOEX sin tener en cuenta las circunstancias del extranjero.

Figura 1. Procedimientos de expulsión. RD 557/2011, de 20 de abril.



Fuente: Elaboración propia.

3.5. La Jurisdicción contencioso-administrativa.

En último lugar, no se podría poner fin al presente Capítulo sin hacer una mención especial a la Jurisdicción contencioso-administrativa. Los conflictos intersubjetivos plantean infinidad de situaciones y relaciones jurídicas a las que los órganos jurisdiccionales deben dar respuesta, acudiendo para ello a la aplicación de aquellas normas de Derecho Administrativo que puedan solucionar tales situaciones. Esta idea tiene su origen en la CE, pues es a partir de ella cuando se garantizan en España los postulados del Estado de Derecho y, entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva – art. 24 CE. A través de esta, se pretende que los ciudadanos puedan defender sus derechos e intereses legítimos y, a su vez, someter a la Administración pública a la ley y al derecho. La proclamación de dichos principios, y cuya eficacia jurídica es directa, promovieron la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Con un preámbulo digno de ser leído, esta Jurisdicción se configura como la concedora de las pretensiones deducidas en relación con la actuación de las

Administraciones públicas sujetas al Derecho Administrativo— art. 1 LJCA —, y cuyo acceso es posible a través de la interposición de recursos. De hecho, es posible encontrar una dimensión y configuración constitucional sobre el derecho a los recursos, siguiendo para ello la abundante jurisprudencia del TC, entre ellas la Sentencia 54/1984, de 4 de mayo¹⁰², en la que el Alto Tribunal manifiesta que

“el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución implica no sólo el derecho al proceso, sino también a los recursos legalmente establecidos. Por ello ya el Tribunal en uno de sus primeros autos (el de 24 de abril de 1981, 43/1981, fundamento tercero), declaró que “la denegación de un recurso legalmente establecido, hecha en forma arbitraria, puede constituir una violación de las garantías procesales constitucionalizadas” (FJ. Único)

De esta manera, el derecho al proceso incluiría el derecho al recurso, pero no cualquier recurso, sino aquel previsto en las normas vigentes previstas para el caso concreto¹⁰³. La tutela judicial efectiva conlleva el derecho al agotamiento de los recursos legalmente previstos una vez interpuestos mediante los cauces establecidos, y no solo estos, sino también aquellos que resulten aplicables por remisión a la norma supletoria en lo no previsto o regulado por la primera¹⁰⁴.

Mencionado lo anterior, en el contexto de las expulsiones, declara la STS de 8 de noviembre de 2004¹⁰⁵ que

“Tratándose la expulsión de una sanción, por cierto, la más grave para un extranjero que se halle en España de las que contempla la Ley Orgánica 7/1985 para las infracciones en ella previstas, son aplicables al caso los principios que la Constitución sienta en los artículos 24 y 25, tal como han sido interpretados por la jurisprudencia. En particular, por lo que aquí interesa, hemos de recordar que, desde la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, las garantías

¹⁰² Sentencia completa, disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 54/1984 \(tribunalconstitucional.es\)](http://sistema.hj-tribunalconstitucional.es/Resolución/SENTENCIA_54/1984)

¹⁰³ Esta afirmación supone, de manera indirecta, un límite al derecho al recurso, puesto que este no es incondicional ni absoluto, puesto que admite diferentes posibilidades de ordenación, puesto que únicamente se puede hablar del derecho a los recursos en los términos en los que el legislador lo haya estipulado.

¹⁰⁴ Iglesias Canle, I. C. (2016). Recursos en el Proceso Contencioso Administrativo. Primera parte: el Derecho a los recursos. *Tirant lo Blanch*. Valencia. Pág. 24.

¹⁰⁵ Disponible en: [STS, 8 de Noviembre de 2004 - Jurisprudencia - VLEX 17444313](http://www.tribunalconstitucional.es/STS/8%20de%20Noviembre%20de%202004/Jurisprudencia/VLEX17444313)

procesales contenidas en el artículo 24.2 CE son aplicables no sólo en el proceso penal, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores, con las matizaciones oportunas”. (FJ. 5º)

Todo lo anterior plasma el reconocimiento de la importancia del derecho a la interposición de los recursos en vía administrativa, puesto que supone el acceso de los ciudadanos a los Tribunales para la defensa de sus derechos frente a cualquier tipo de actividad administrativa impugnabile.

Sin embargo, no se debe olvidar las limitaciones obvias de esta jurisdicción – al igual que del resto de jurisdicciones – en cuanto al tiempo medio para la resolución de los recursos. De acuerdo con los datos ofrecidos por el Poder Judicial¹⁰⁶, en el año 2019 se tardó una media de 8’3 meses, subiendo a 13’8 meses en los TSJ Contenciosos-Administrativos, a 16’7 en la Audiencia Nacional y a 11’5 en el Tribunal Supremo. Todo ello, pone de manifiesto que, en caso de no estar conforme con la resolución e interponer los diferentes recursos previstos en la legislación, el procedimiento puede llegar a extenderse numerosos años¹⁰⁷, con los perjuicios que esto pueda ocasionar.

¹⁰⁶ Todos los datos estadísticos disponible en: [C.G.P.J - Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales \(poderjudicial.es\)](https://www.poderjudicial.es/cgpj/Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales)

¹⁰⁷ Esto, en el caso de las expulsiones, es especialmente gravoso. En muchos casos, es posible suspender cautelarmente la orden de expulsión a la espera de una resolución – como consecuencia de los perjuicios irreparables que esta pudiese ocasionar – sin embargo, de aquí a que se produzca la resolución, si el extranjero no se encuentra en un CIE – aspecto que nunca sucede debido a los pocos CIE que existen actualmente en España –, lo más probable es que no se pueda volver a localizar al extranjero que, recordemos, al pesar sobre él una resolución de expulsión, se le retira todo permiso de residencia.

CAPÍTULO III. IMPACTO DEL CÓDIGO PENAL EN EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LOS EXTRANJEROS.

Que la jurisdicción penal y la jurisdicción administrativa son diferentes, es tema que en capítulos anteriores ya ha quedado claro. Sin embargo, el legislador ha optado en el artículo 57.2 LOEx por introducir la jurisdicción penal en la Ley de Extranjería. En este capítulo, además de extraer el fundamento de dicho artículo a través de su desglose, se explicará el impacto real del precepto, no únicamente desde la vertiente teórica, sino también de la práctica – esto es, la jurisprudencia. En adición a ello, también se profundizará en la concurrencia de ambas jurisdicciones, yendo más allá de la mera definición efectuada en el capítulo anterior, entrando a valorar en particular, si el artículo 57.2 LOEx incurre en un posible non bis in ídem, es decir, que se esté castigando dos veces un mismo hecho.

1. El actual artículo 57.2 LOEx.

En primer lugar, para poder analizar en profundidad el actual artículo 57.2 LOEx, y llegar a entender el fundamento en el que se basa el legislador para su aplicación, es necesario recordar su contenido, así como desglosarlo y analizar cada parte del precepto. De esta manera, la redacción total del artículo se corresponde con

“Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

Dicho enunciado está caracterizado por una serie de elementos esenciales:

- a) Es aplicable a todo extranjero, sea o no residente legal en España. Lo que supone que no se aplica, como se ha explicado previamente, a aquellos ciudadanos comunitarios y a sus familiares.
- b) La premisa básica es la existencia de antecedentes penales por delitos cuya sanción prevista en nuestro Código Penal – no en el código penal del país en el

que se cometió el delito, en caso de que el mismo no sea España – conlleve la privación de libertad superior a un año.

- c) Especificando lo anterior, es indiferente que la condena penal haya sido impuesta en España o en cualquier otro país – sea europeo o no –, aunque sí que se exige que exista dolo y que en nuestro Código Penal se imponga la pena privativa de libertad superior a un año.
- d) No se debe confundir con la expulsión judicial prevista en el artículo 89 CP. Principalmente, se trata de jurisdicciones diferentes, además de que la recogida en el CP se trata de una sustitución de la pena de prisión de más de un año a un ciudadano extranjero. En el caso de la expulsión prevista en la LOEx, no se trata de una sustitución, puesto que la condena penal ha sido impuesta – independientemente de que se haya sustituido o no.
- e) Bajo ningún concepto podría imponerse este tipo de expulsión si los antecedentes penales en los que se basa la misma hubiesen sido cancelados.
- f) La expulsión a través de este artículo, conlleva aparejada una prohibición de entrada en territorio español y el resto del espacio Schengen de 3 a 5 años, pudiendo alcanzar los 10 años en casos excepcionales de especial gravedad.
- g) La imposición de la expulsión conllevará también, en caso de que el extranjero afectado sea residente legal en España, la extinción de la Autorización que habilite al extranjero a residir o permanecer legalmente en España o, por su parte, el archivo del procedimiento en trámite que diera acceso a dicha Autorización.

Mencionado todo lo anterior, es posible apreciar como el peso que ocupa el CP es importante, puesto que la consecuencia del nacimiento de la expulsión del artículo 57.2 LOEx es, precisamente, una condena penal previa. Entonces, si ya existe una condena previa y un cumplimiento, ¿por qué el legislador decide “castigar” al extranjero por dicha condena? Pues bien, el fundamento de dicho planteamiento proviene de la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo en materia de expulsión, ya expuesta en el capítulo previsto al Régimen Jurídico de la UE. De esta manera, la razón de fondo es muy fácil vislumbrarla en el artículo 3.1.a) de la Directiva, y es que, la condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año, supone que aquel extranjero pueda ser una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales. También hay que tener en cuenta lo dicho por la

Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, puesto que va en la misma línea, argumentado que el fundamento, en este caso, para la expulsión de un extranjero residente de larga duración debe basarse en la amenaza real y suficientemente grave para el orden o la seguridad públicos.

De esta manera, podría decirse que no es que el legislador esté “castigando” al extranjero por haber sido condenado – dentro o fuera de España – a un delito con una pena superior a un año, sino que estaría expulsando al extranjero como consecuencia de su peligrosidad, buscando así evitar posibles amenazas para la población residente en España.

Sin embargo, aunque lo descrito a rasgos teóricos parezca sencillo, desde luego no lo es, y una de las razones es la redacción del propio artículo 57.2 LOEx. Este aspecto va a ser debatido en el apartado posterior, puesto que con la redacción de “*haber sido condenado (...) por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año*”, no se sabe si se está refiriendo a la pena en concreto o a la pena en abstracto¹⁰⁸.

2. Su aplicación por los Tribunales. Jurisprudencia más destacada.

El papel que juegan los Tribunales en materia de expulsiones es fundamental. En muchas ocasiones, son ellos los únicos capaces de detener una expulsión cuya razón de ser no cumplen con lo establecido en la legislación tanto internacional, de la UE o nacional, ni incluso con la jurisprudencia más reiterada. Esta situación es tal, que autores como García España (2017:23)¹⁰⁹ hacen referencia al automatismo¹¹⁰ en la aplicación del

¹⁰⁸ La pena en concreto supone que el extranjero, en su condena firme haya sido condenado a más de un año de prisión. Por su parte, la condena en abstracto supone que el arco penal del tipo, prevea un rango de condena de mínimo un año (p.e. Artículo 240 CP. 1. *El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años*), independientemente de la pena real aplicada al extranjero (p.e. la aplicación de cualquier circunstancia atenuante del artículo 21 CP, capaz de rebajar la pena en grado).

¹⁰⁹ En “*Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión*”. Disponible en: [Microsoft Word - recpc19-15.doc \(ugr.es\)](#)

¹¹⁰ Al término “automatismo” también hace referencia el Magistrado Don Rafael Fernández Valverde en su Voto particular de la STS 962/2018, de 11 de junio de 2018, mencionando que: “*es cierto que una interpretación literal del precepto conduce a la conclusión alcanzada en la sentencia dela que discrepamos, pero tal automatismo no encaja en la construcción legal, jurisprudencial y doctrinal en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora, que es la potestad que se ejercita y para la que se*

artículo 57.2 LOEx, dejando así de lado los criterios del TEDH o la jurisprudencia de nuestros más Altos tribunales. Además, también son los Tribunales los encargados de interpretar las normas, sobre todo aquellas cuyo contenido puede llegar a ser abstracto.

Mencionado lo anterior, hay dos aspectos que van a ser abordados, en primer lugar, se resolverá la cuestión planteada en el apartado anterior relativa a la pena en concreto o en abstracto y, en segundo lugar, justamente a los criterios que se vienen apuntado, esto es, los criterios a tener en cuenta para la aplicación de la expulsión del artículo 57.2 LOEx.

2.1. Contienda relativa a la pena en concreto o en abstracto.

A rasgos teóricos, no parecía que la redacción del tipo supusiese grandes problemas, sin embargo, el problema fáctico aparece cuando se pretende la aplicación de dicho precepto en la práctica pues, como ya se ha introducido, no se sabe si hace referencia a que, efectivamente el extranjero sea condenado a una pena de prisión superior a un año o, bien, que el arco penal del delito cometido prevea la prisión superior a un año.

En este contexto son múltiples las sentencias que han resuelto en un sentido u otro¹¹¹, sin parecer que hayan establecido una línea jurisprudencial clara. Todo ello ha conducido al pronunciamiento más reciente del Tribunal Supremo en su Sentencia 962/2018, de 11 de junio¹¹², sobre la línea jurisprudencia que debe de tomar dicho artículo. La Sentencia tiene su origen en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº4 de Alicante (PA 609/2014), donde se demanda a la Administración General del Estado por la resolución de 7 de octubre de 2014 de la Subdelegación del Gobierno de Alicante, que imponía al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional, con la aparejada prohibición de entrada por un periodo de 5 años. Contra dicha sentencia se interpone Recurso de Apelación (nº 752/2015), ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de la

habilita a la Administración del Estado. En todo caso, lo que no ofrece duda es que estaríamos en presencia de una medida "restrictiva de derechos individuales" (artículo 9.3 de la CE) o de una de las denominadas "medidas de seguridad" previstas en el artículo 25.2 de la CE".

¹¹¹ De acuerdo con la primera argumentación, ver SSTSJ de Andalucía (Sala de Sevilla, Sección Cuarta), de 17 de febrero (RA 53/2014) y de 23 de noviembre de 2015 (RA 31/2015), así como 3864/2016, de 17 de febrero, 6936/2016, de 27 de mayo y 7126/2016, de 29 de julio. Y, en la línea de la segunda argumentación, ver SSTSJ de Castilla y León, Sala de Valladolid, Sección Tercera, 2275/2014, de 7 de noviembre; Murcia, de 10 de octubre de 2014, RA 83/2014; Castilla La Mancha, 23 de octubre de 2015, RA 16/2014 ---que reitera la anterior de 15 de octubre de 2015, RA 33082013---; y País Vasco de 19 de julio de 2016 (RA 93/2016) (Citadas en la STS 962/2018, de 11 de junio de 2018).

¹¹² Sentencia completa, disponible en: [STS 962/2018, 11 de Junio de 2018 - Jurisprudencia - VLEX 731128129](#)

Comunidad Valenciana y cuyo fallo estimó la apelación (STSJCV 1013/2016, de 7 de diciembre) y revocó la sentencia de instancia. Frente a esto el Abogado del estado decide formalizar y presentar el escrito para la interposición del recurso de casación, siendo este admitido por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. De la decisión se desprende el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, buscando determinar:

"si el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en concreto, su inciso «delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año» debe ser interpretado en el sentido de que se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente o bien a la pena efectivamente impuesta en el caso concreto".

Tras una larga argumentación, la Sala se decanta en su fundamento jurídico sexto por la interpretación favorable a la “*pena abstracta*” o “*pena tipo*”, puesto que el precepto requeriría la concurrencia de una serie de requisitos:

- a) La condena por parte de un Tribunal.
- b) Tribunal español o extranjero.
- c) La condena tiene que ser por “*conducta dolosa*”.
- d) El delito por el que se condena debe estar sancionado en nuestro país con una pena privativa de libertad superior a un año.
- e) Excepción de la cancelación de los antecedentes penales.

Esto supone que, para la Sala, el artículo no hace referencia a la conducta, sino al delito cometido, por lo que se debe dejar de lado la consideración de si el hecho se consumió o quedó en tentativa, o la aplicación de cualquier circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Por lo tanto, no se podría aquí tener en cuenta los principios del ámbito sancionador como son la individualización y la proporcionalidad de las penas, puesto que dicha individualización ya se ha producido en el ámbito penal. Es decir, la expulsión se constituye como una medida *ad hoc* impuesta por la legislación de extranjería, teniendo en cuenta a la gravedad de la pena “*en abstracto*” del delito cometido y dejando de lado las consideraciones propias de otros ámbitos normativos.

Frente a tan tremenda decisión por parte de la Sala, no deja aquí de sorprender el Voto Particular del mismísimo Ponente, nada más y nada menos que el señor Don Rafael Fernández Valverde. Bajo su parecer, la interpretación del precepto debió ser partidaria a la interpretación de que la sanción a tener en cuenta no es la prevista en el CP para el delito por el que el ciudadano extranjero es condenado, sino por la pena a la que es condenado. El argumento que ofrece el Magistrado se fundamenta en que, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, no puede concebirse como una actividad estrictamente objetiva, esto es, sin referencias a los elementos subjetivos de la actuación desarrollada, y sin relación a las circunstancias concurrentes y con el entorno o realidad concreta en que dicha actuación tuvo lugar. De esta manera, no tener en cuenta la pena impuesta en concreto al sujeto, supondría entender que el ejercicio de dicha potestad sería una consecuencia obligada de la condena penal impuesta. De hecho, esta línea argumental no se puede acabar de separar del apartado que viene a continuación, puesto que lo que acaba de defender la posición en favor de la “pena en concreto”, son los criterios indispensables para la incoación del acuerdo de expulsión.

Por otra parte, también argumenta el Magistrado que, desde una perspectiva formal, la decisión de expulsión debe adoptarse en el marco de un expediente administrativo, teniendo en cuenta la no cancelación de los antecedentes penales. Es decir, que si los antecedentes penales hubiesen sido cancelados – de acuerdo con el artículo 136 CP¹¹³ – la expulsión no podría ni siquiera iniciarse. Pues bien, desde esta perspectiva, resulta cuanto menos peculiar la relación lógica que ha establecido la Sala para, no tener en cuenta la pena concreta impuesta según las circunstancias del caso, pero, al mismo tiempo, sí tomar en consideración la cancelación de los concretos antecedentes penales.

2.2. Criterios indispensables para la imposición de la expulsión.

De acuerdo con lo dictado por la Sentencia 962/2018, de 11 de junio, que aquí se viene comentado, no vienen al caso los principios propios del ámbito sancionador como

¹¹³ Art. 136 CP: *1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves. b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes. c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años. d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años. e) Diez años para las penas graves.*

los de la individualización y la proporcionalidad de las penas, puesto que ambos principios ya han sido aplicados en el procedimiento penal. No opina así, como era de esperar, el Magistrado Fernández Valverde en su Voto particular, puesto que la mención del artículo 57.1 LOEx de que *“podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español”*, pero negando que el principio de proporcionalidad no pueda aplicarse al punto siguiente del mismo precepto – art. 57.2 LOEx – suponiendo que la sanción del mismo deba imponerse irremediabilmente, carece de sentido. Y más aun teniendo en cuenta la conexión entre ambos apartados producida por el término *“asimismo”*.

Sin embargo, por si lo anterior no fuese suficiente, dicho elemento subjetivo vuelve a percibirse en el apartado 5 del mismo artículo 57 LOEx, donde se dispone que *“[a]ntes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado”*. Aunque es cierto que hay muchos elementos puramente objetivos para tener en cuenta, también encontramos elementos subjetivos como los vínculos, que no deberían desdeñarse en los extranjeros que no son de larga duración.

Por otro lado, habiendo dejado clara la vertiente que sigue al respecto la normativa y jurisprudencia nacional, es necesario apelar al Derecho y jurisprudencia de la UE. Como ya se ha mencionado, tanto la Directiva 2001/40/CE, como la 2003/109/CE, hablan de los motivos de orden o seguridad públicos, pasando a ser labor del Estado, la consideración de la gravedad o el tipo de delito, o el peligro que representa la persona en cuestión, así como teniendo debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia – esto último únicamente expuesto en la Directiva 2003/109/CE. Sentencias como la de TSJ de Madrid 1023/2016, de 5 de octubre (Sección 9ª), RCA 1267/2015¹¹⁴, y la 654/2017, de 27 de septiembre (Sección 2ª), RCA

¹¹⁴ Sentencia completa disponible en: [STSJ Comunidad de Madrid 1023/2016, 5 de Octubre de 2016 - Jurisprudencia - VLEX 654833029](#)

84/2017¹¹⁵, hacen alusión a los artículos 9¹¹⁶ y 12¹¹⁷ de la ya citada Directiva, en los que se dispone, en términos generales que efectivamente se puede proceder a la expulsión de un extranjero de larga duración siempre que sea una amenaza real para el orden público y, no únicamente eso, sino que dicha amenaza debe ser además lo suficientemente grave y se deberán de tomar en consideración una serie de elementos, muy relacionados con el arraigo del propio extranjero en el lugar de residencia. La redacción en los citados puntos de la Directiva 2003/109/CE transmite la sensación de que son muchos los criterios que se deben de tener en cuenta para la expulsión de un extranjero, dificultando así que las mismas sean automáticas y fruto de una interpretación literal de la Ley.

Es decir, en ambos supuestos lo que el legislador europeo se ha encargado de dejar claro que la “condena” es el dato especialmente relevante, pues si la expulsión tiene su fundamento en la ya reiterada *amenaza grave y actual para el orden público y seguridad nacional*, no tiene otra lógica, sino, que tener en cuenta la condena concreta impuesta al extranjero, ya que únicamente si se tiene en cuenta la pena impuesta, fruto de un juicio penal con todas las garantías y basado en las pruebas y testimonios de las partes, se podrá valorar si el extranjero constituye ciertamente esa amenaza. De hecho, en esta línea argumentativa va la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE, por ejemplo, la STJUE (Sala 1ª), de 10 de julio de 2008 (Asunto C-33/07)¹¹⁸. Su objeto tuvo origen en la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunalul Dâmbovița (Rumanía) sobre la interpretación de los artículos 18 CE y 27 de la 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 miembro y, aunque el tema en sí no se encuadra dentro del objeto del

¹¹⁵ Sentencia completa, disponible en: [STSJ Comunidad de Madrid 654/2017, 27 de Septiembre de 2017 - Jurisprudencia - VLEX 695541753](#)

¹¹⁶ Artículo 9.3 Directiva 2003/109/CE: “*Los Estados miembros podrán establecer que el residente de larga duración pierda su derecho a conservar el estatuto de residente cuando represente una amenaza para el orden público, por la gravedad de los delitos cometidos, pero sin que dicha amenaza sea motivo de expulsión con arreglo al artículo 12.*”

¹¹⁷ Artículo 12 Directiva 2003/109/CE: “*1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. 3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes: a) la duración de la residencia en el territorio; b) la edad de la persona implicada; c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen.*”

¹¹⁸ Sentencia completa disponible en: [SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA \(Sala Primera\) \(idpbarcelona.net\)](#)

presente trabajo, sí lo son sus conclusiones relativas las medidas de orden y seguridad públicas. El TJUE argumenta en el párrafo 24 que *“las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.”*

Por su parte, en relación a este ámbito europeo, el Magistrado Fernández Valverde habla en su Voto particular de una “habilitación europea” para la expulsión basada en *“una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales”*, por lo que la única manera de atender al criterio de “actualidad” de la medida, es llevar a cabo una evaluación de elementos objetivos y subjetivos del individuo.

De hecho, dicha percepción no es únicamente parecer del señor Fernández Valverde, sino que también de una recentísima Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 11 de junio de 2020¹¹⁹. Se trata de una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación del artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE¹²⁰, en relación con la Directiva 2001/40/CE, petición presentada en el contexto de un litigio entre un ciudadano extranjero y la Subdelegación del Gobierno en Guadalajara, en relación con la resolución dictada por esta por la que se ordena la expulsión del extranjero¹²¹. La conclusión a la que llega el TJUE es que:

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 11 de junio de 2020, disponible en: [CURIA - Documentos \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/curia/docContent/summary/summary.do?doc=REPER&docId=323725&docLanguage=es)

¹²⁰ Artículo 12. Protección contra la expulsión. “1. Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública. 2. La decisión a que se refiere el apartado 1 no podrá justificarse por razones de orden económico. 3. Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes: a) la duración de la residencia en el territorio; b) la edad de la persona implicada; c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen”.

¹²¹ Concretamente, el Tribunal remitente puntualiza que se encuentra vinculado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y necesita saber “si es compatible con el artículo 12 de la Directiva 2003/109 [...], así como con, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de diciembre de 2011[, Ziebell, C-371/08, EU:C:2011:809,] y de 7 de diciembre de 2017[, López Pastuzano, C-636/16, EU:C:2017:949], una interpretación tal como la contenida en las sentencias del Tribunal Supremo español n.º 191/2019, de 19 de febrero de 2019, recurso de casación 5607/2017 (ES:TS:2019:580), y n.º 257/2019, de 27 de febrero de 2019, recurso de casación 5809/2017 (ES:TS:2019:663), de acuerdo con la cual, a través de una interpretación de la Directiva [2001/40] es posible llegar a la conclusión de que cualquier nacional de un tercer país titular de un permiso de residencia de larga duración que haya cometido un delito castigado con pena [privativa de libertad] de al menos un año de duración puede y debe ser objeto de expulsión de manera “automática”, esto es, sin necesidad de hacer valoración alguna sobre si es una

“El artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro que (...) establece la expulsión de todo nacional de un tercer país titular de un permiso de residencia de larga duración que haya cometido un delito sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año, sin que sea necesario examinar si ese nacional de un tercer país representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública ni tener en cuenta la duración de la residencia de dicho nacional en el territorio de ese Estado miembro, su edad, las consecuencias de la expulsión para él y para los miembros de su familia, y sus vínculos con el Estado miembro de residencia o la falta de vínculos con su país de origen”.

Finalmente, y una vez visto todo lo anterior, es necesario mencionar una frase – bajo mi parecer “la frase estrella” – de la STS 962/2018, de 11 de junio. La misma dice así:

“De aplicarse la interpretación contraria, e imponer la expulsión en función de la pena concreta impuesta en la jurisdicción penal, se podría dar la circunstancia de que algún extranjero fuera expulsado al ser condenado penalmente por concreta pena superior a un año ---por el juego y aplicación de las circunstancias agravantes concurrentes---, por un delito que sólo tenga prevista en el Código Penal una pena privativa de libertad inferior a un año”.

¿Está aquí diciendo la Sala que se podría estar expulsando a un extranjero que, por la aplicación de agravantes, se le impusiese una pena concreta de más de un año de prisión y no está haciendo el razonamiento en contrario? Es decir, la expulsión de aquel extranjero que, por el juego de atenuantes, se le impusiese una pena de prisión inferior a un año, porque el arco penal del delito cometido prevé un arco penal de pena de prisión superior a un año. Esto supone que a la Sala no quiere – o no le interesa – tener en cuenta la peligrosidad real del sujeto, puesto que seguramente será más peligroso aquel extranjero al que se le aplican agravantes que atenuantes. Por todo ello, se concluye aquí que únicamente atendiendo al criterio de la pena concreta es posible valorar la

amenaza real y actual y sobre las circunstancias personales, familiares, sociales o laborales a que se refiere la Directiva [2003/109].”

peligrosidad del sujeto, ya que solo la pena en concreto fallada por los Tribunales de Justicia refleja la conducta real del extranjero.

3. ¿Posible *non bis in ídem*?

Para finalizar el Capítulo, y una vez vistas todos los caracteres esenciales del artículo 57.2 LOEx, así como la jurisprudencia relativa a los criterios de aplicación y a la consideración de la pena “en concreto” o “en abstracto, es necesario abordar si, efectivamente, el artículo 57.2 LOEx, podría incurrir en una *non bis in ídem*. De hecho, dicha posibilidad ya se ha introducido en el Capítulo III, en el apartado de la concurrencia y compatibilidad entre el régimen sancionador administrativo y el penal, a pesar de que no se ha especificado si se producía en el art. 57.2 LOEx. Sin embargo, teniendo en cuenta que la redacción del precepto apenas ha sufrido modificaciones desde la entrada en vigor de la Ley de Extranjería¹²², puede deducirse que – al menos a fecha de hoy – dicha norma no concurre en una *non bis in ídem* y, por ende, no se trata de una disposición inconstitucional.

No obstante, no han sido pocos lo que han puesto al artículo 57.2 LOEx en el foco de atención a lo largo de su vigencia. Esto es tal que Alastuey Dobón (2021:100) afirma que la doctrina penal critica unánimemente esta modalidad de expulsión, y es precisamente por las dudas de constitucionalidad que plantea. Uno de los pronunciamientos más relevantes en esta materia, lo llevó a cabo el TC en su Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre¹²³, fruto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Letrada del 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. Son varios los preceptos que se mencionan a lo largo de la exposición, sin embargo, en lo relativo al artículo 57.2 LOEx emite su veredicto con bastante celeridad, exponiendo que “*en todo caso, la pretendida vulneración del principio non bis in ídem ha de ser rechazada por la falta de identidad entre el fundamento de la sanción penal y el de la expulsión*”. Esto se debe a

¹²² Para ser más precisos, únicamente una, y fue la renovación total de la redacción del artículo 57, llevada a cabo por 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.

¹²³ Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 236/2007 \(tribunalconstitucional.es\)](https://www.tribunalconstitucional.es/Sistema-HJ-Resolución:SENTENCIA-236/2007)

que el precepto establece una expulsión gubernativa y, cuya causa, es que el extranjero haya sido condenado penalmente dentro o fuera de España, por una conducta dolosa tipificada en nuestro país con una pena de prisión superior a un año – recordemos que, de acuerdo con la doctrina más reciente, debe ser el arco penal del delito. De esta manera, argumenta la Sala que las dos medidas persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes¹²⁴, y no solo eso, sino que además una se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la otra, responde al marco de la política de extranjería, ámbitos que atienden a intereses públicos diferentes. El hecho de que la expulsión contemplada en el precepto, atienda a la potestad legítima del Estado para el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, supone que es lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como sería la de no haber cometido delitos de determinada gravedad¹²⁵. Esto supone que, aunque no lo esté diciendo de manera explícita, el TC no está reconociendo dicha modalidad de expulsión como una sanción, de acuerdo con su propia doctrina, sino que ve en ella un mero instrumento en el marco de la política de extranjería de los Estados.

En correlación a lo anterior, Alastuey Dobón (2021:101) coincide con el criterio del Alto Tribunal en cuanto que, entre las objeciones que cabe plantear del art. 57.2 LOEx no se encuentra la infracción del principio *non bis in idem*. Y decide entrar a analizar en más profundidad – más allá de la consideración tácita que lleva a cabo el TC – que dicha

¹²⁴ En palabras de la Sala: «*que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de ley). O, expresado en los términos de la STC 234/1991, de 10 de diciembre, no basta ‘simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio ne bis in idem no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado’ (FJ 2)» (STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 5).*

¹²⁵ Se incluye la referencia a lo dicho por el TEDH quien, a pesar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de la que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH caso *Abdulaziz*, 28 de mayo de 1985; caso *Berrehab*, 21 de junio de 1988; caso *Moustaquim*, 18 de febrero de 1991, y caso *Ahmut*, de 28 de noviembre de 1996: ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 4 (citadas, entre otras, en la STSJ CLM, núm. 138/2015, de 2 de febrero de 2015).

modalidad de expulsión no posee naturaleza sancionadora. Esto tiene su origen en la carencia de infracción a la que iría anudada la expulsión¹²⁶, puesto que el hecho de haber sido condenado por un delito doloso castigado con una pena determinada no es tampoco una infracción administrativa. Es decir, el precepto no está describiendo una conducta que infrinja una norma, sino una situación fáctica que constituye “causa” de expulsión. Opinión contraria a lo descrito, es la del mencionado magistrado D. Rafael Fernández Valverde, en su ya citado Voto particular, expresando que no existe diferencia de trato, ni de naturaleza, entre la “sanción de expulsión” contemplada en el artículo 57.1 LOEx, y la “causa de expulsión” del apartado 2 del mismo precepto. Lo que supone que la apelación semántica de “causa” o “medida”, carece de consistencia suficiente para desvirtuar la naturaleza sancionadora del artículo 57.2 LOEx¹²⁷.

Sin embargo, aunque el criterio del TC sea que no procede la *non bis in idem*, en cuanto no se trata de una sanción, el mismo TC ha rechazado en varias sentencias, la más destacada la Sentencia 201/2016¹²⁸, que la ausencia de naturaleza sancionadora del art. 57.2 LOEx provoque que no le sean de aplicación las excepciones establecidas en el artículo 57.5 LOEx – relativa a los requisitos para la expulsión de los residentes de larga duración – por lo que la expulsión, en este caso, debe ser automática¹²⁹. Ante tan atroz afirmación, el TC rechaza tal argumento, puesto que no sería compatible con el artículo 12 de la Directiva 2003/109/ CE y, sobre todas las cosas, porque la expulsión está sujeta a especiales exigencias de motivación, fruto del grado de gravamen que representa en intereses constitucionalmente protegidos. Recuerda además la Sala que “*el deber de motivación en el ámbito administrativo (...) no solo se produce en el supuesto de*

¹²⁶ Es decir, para la tramitación del expediente de expulsión no hace falta que el extranjero resida de manera irregular en España, ni que haya incurrido en alguna de las restantes infracciones graves o muy graves que permiten optar por la expulsión en virtud del artículo 57.1 LOEx.

¹²⁷ Opinión discrepante al respecto – no en lo relativo a la consideración de que la interpretación de la Sala debería haber ido en la línea de la “pena en concreto – del magistrado D. José Juan Suay Rincón, en el segundo Voto particular de la STS 962/2018, de 11 de junio. Argumenta que no ve necesario dotar a la expulsión del artículo 57.2 LOEx de carácter sancionador, para sostener que la opinión de que la sanción a tener en cuenta es la que se aplica concretamente al condenado, ya que para él nos encontramos ante una “consecuencia accesoria” a una sanción.

¹²⁸ Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 201/2016 \(tribunalconstitucional.es\)](https://tribunalconstitucional.es/SistemaHJ/Resolucion/SENTENCIA%201/2016)

¹²⁹ Dicho en la Sentencias del TS 191/2019, de 19 de febrero ([STS 191/2019, 19 de Febrero de 2019 - Jurisprudencia - VLEX 771048949](https://tribunalconstitucional.es/SistemaHJ/Resolucion/STS%20191/2019)) y 257/2019, de 27 de febrero ([STS 257/2019, 27 de Febrero de 2019 - Jurisprudencia - VLEX 772317369](https://tribunalconstitucional.es/SistemaHJ/Resolucion/STS%20257/2019)).

sanciones administrativas» y que dicho deber alcanza a veces una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo (...)”.

CAPÍTULO IV. EFECTOS SOCIALES DE LA EXPULSIÓN.

La discusión llevada a cabo en el Capítulo IV deja más que patente que la doctrina de la pena “*en concreto*” o “*en abstracto*” está continuamente en cambio, y cuya naturaleza reside en la redacción escogida por el legislador. Esto supone que el hecho de que ahora la Sala del Tribunal Supremo se decante por la pena “*en abstracto*”, no implica que dentro de unos años esta se decante por la otra vertiente. Sin embargo, sí que es evidente que, provenga de donde sea o por las causas que sean, una expulsión basada en el artículo 57.2 LOEx tiene una serie de efectos y consecuencias y que, además, debe estar debidamente motivada en base a unos requisitos. Principalmente se debe a que el tipo de expulsión prevista en, por ejemplo, el artículo 57.1 LOEx, es fruto de una infracción administrativa, prevista como tal en la propia Ley de Extranjería, mientras que la otra, es fruto de una condena en el ámbito penal. Este hecho para Díez Ripollés¹³⁰ supone que la expulsión del artículo 57.2 LOEx, no tenga un fundamento retribucionista, puesto que no guardaría relación con el tipo de delito cometido ni con su gravedad¹³¹, pero tampoco la intimidación parece explicar esta sanción adicional, puesto que en la mayoría de casos los extranjeros desconocen que esta es una causa de expulsión. Carece de importancia también la peligrosidad del sujeto, aun cuando se aplica con posterioridad a la pena, ya que, para poder considerar que la peligrosidad del extranjero es el fundamento de esta sanción de expulsión, debería valorarse de forma individualizada dicha circunstancia, teniendo en cuenta las circunstancias personales y el hecho delictivo.

Los efectos jurídicos de la sanción de expulsión, a pesar de que son especialmente gravosos, estos no lo son tanto como las consecuencias socio-personales que la misma conlleva. Sin bien es cierto que, para poder apreciar los perjuicios en particular para cada extranjero, habría que estudiar su caso teniendo en cuenta la personalidad del sujeto, los vínculos sociales, laborales y familiares, así como los vínculos con su país de origen. Pues bien, en el presente Capítulo, se procederá al análisis de dichos efectos, pasando por el impacto de los principios de reeducación y reinserción social y concluyendo con una propuesta de *lege ferenda*, dirigida especialmente a la relevancia de dichos principios.

¹³⁰ Citado en García España (2017:23).

¹³¹ Idea compartida por Alastuey Dobón (2021:96), en cuanto dicha expulsión no responde a los criterios sancionadores propios del Derecho Administrativo y, por lo tanto, no puede ser considerada como tal.

1. Conculcación de los principios de reeducación y reinserción social.

Puesto que existe el debate sobre si la expulsión se trata de una “sanción” o de una “medida”, y parece que esto seguirá así teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo en la Sentencia 962/2018, de 11 de junio, decide no hacer mención expresa a la cuestión¹³², lo que resulta innegable es que, sea o no la esencia del artículo 57.2 LOEx una sanción, el procedimiento por el que se lleva a cabo dicha expulsión es el administrativo sancionador¹³³. De acuerdo con Cid Moliné (1996:131)¹³⁴ existe entre la doctrina jurídica una discusión recurrente relativa a las garantías exigibles a las sanciones jurídicas, concretamente, si las garantías para infligir sanciones administrativas tienen que ser semejantes o menores a las requeridas para imponer sanciones penales¹³⁵. Para dar respuesta a la cuestión, se plantean dos teorías: la diferenciadora y la identificadora. El mismo explica que el caso de las sanciones administrativas de expulsión, estas son especialmente gravosas, especialmente para las personas arraigadas en España, y cuya expulsión puede suponer un impedimento para los planes de vida para el individuo. En su opinión, si el Tribunal se hubiese guiado por la posición diferenciadora – aspecto que no siempre sucede –, debería haber establecido en la medida de lo posible y de acuerdo con la Constitución, un nivel de garantías cercano al que establece para las sanciones formalmente penales.

¹³² Más allá de la consideración tácita que realiza el TS a dicho favor, esto es, que la expulsión no se trata de una sanción, de acuerdo con Alastuey Dobón (2021:96).

¹³³ Para ello es suficiente con acudir al título del RD 557/2011, de 20 de abril, relativo a las “*Modalidades de tramitación del procedimiento sancionador*” – arts. 226 a 241 –, estando entre ellas, el procedimiento preferente de la expulsión del artículo 57.2 LOEx.

¹³⁴ Artículo titulado “*Garantías y sanciones: Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas*”, en el que se critica el planteamiento tradicional que clasifica las sanciones en función del órgano que las impone, defendiendo el criterio clasificatorio basado en la severidad de las sanciones. Por otro lado, también pretende mostrar la incoherencia de la doctrina que defiende que todas las sanciones deben imponerse con el conjunto de garantías proclamadas por los autores de la ilustración, esto es, el principio de la última ratio, sin tener en cuenta la severidad de las mismas. Defiende el autor que las sanciones de severidad mínima deben poder ser impuestas con menores garantías.

¹³⁵ Sin ir más lejos, el propio autor manifiesta que parece no haber ni consenso en la conceptualización del término “sanción”, asumiendo así que la definición comprende los elementos siguientes:

- a) Una privación de bienes.
- b) Impuesta a un individuo por atribuírsele la realización de un determinado comportamiento.
- c) Por una autoridad pública.
- d) En base a normas que prescriben tal clase de privación a quien realice tal clase de comportamiento.
- e) Normas dictadas por el legislador con el fin – no necesariamente exclusivo – de prevenir la realización de tales comportamientos.

Sobre el concepto de sanción jurídica, cfr. KELSEN (1960: 38-47), HART (1961: 50; 1968: 165-166) y PADOVANI (1985: 55-70) (citado en Cid Moliné, 1996:132).

De hecho, en la STC 236/2007, de 7 de septiembre, reprocha el Parlamento de Navarra que el artículo 57.2 LOEx conculca con los principios de reeducación y reinserción social, que deben orientar las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad – art. 25.2 CE. La respuesta de la Sala alude a que dicho mandato constitucional, va dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la política penal y penitenciaria, pero no al legislador que establece las medidas administrativas en el marco de la política de extranjería. Sin embargo, bajo mi parecer, a lo que hacía referencia el Parlamento de Navarra es que, dicho artículo, va en contra de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE en cuanto no permite la efectiva reeducación y reinserción social del extranjero¹³⁶. Es decir, en palabras de García España (2017)¹³⁷, nos encontramos ante una consecuencia jurídica que podría calificarse de invisible, puesto que se trata del efecto colateral de la condena que se genera automáticamente a partir de la imposición de la pena principal. Campos Hellín (2019:223)¹³⁸ no duda en que se trata de un precepto que vulnera claramente las posibilidades que tenga el extranjero de reinsertarse en la sociedad, que ya haya cumplido su pena de prisión en España – o fuera de ella –, al no haber sido expulsado por el artículo 89 CP. Y no son pocos los que sostienen esta tesis¹³⁹ de reinserción frustrada, sino que se además se suman a ello los antecedentes penales.

¹³⁶ Entendiendo por reeducación el proceso de compensación de las carencias del recluso frente al hombre libre otorgándole unas posibilidades de acceso a la cultura y un desarrollo integral de la personalidad (Álvarez García, citado en Campos Hellín, 2019:49) y, por su parte, siendo la reinserción el procedimiento por el cual se introduce a un individuo en la sociedad (Mapelli Caffarena, citado en Campos Hellín, 2019:54). Es decir, la reeducación y la reinserción se constituirían como dos etapas de un mismo proceso. Sin embargo, sí que es cierto que, como sucede en toda ciencia social, no existe un consenso absoluto en la definición de ambos conceptos.

¹³⁷ En “*Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión*”, disponible en: [Microsoft Word - recpc19-15.doc \(ugr.es\)](#)

¹³⁸ En “*La reinserción social de los infractores extranjeros en el Código Penal*”, disponible en: [La reinserción social de los infractores extranjeros en el Código Penal \(uma.es\)](#)

¹³⁹ Entre otros (citados en Campos Hellín, 2019): BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A., Resocialización e inclusión en el tratamiento punitivo de los migrantes, en BERNUZ BENEITEZ, M.J, SUSÍN BELTRÁN, R (coords)., Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas, Marcial Pons, 2010, p. 16; CALVO ROJAS, E., El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares, op cit, p. 198; MIQUEL CALATAYUD, J.A., Estudios sobre extranjería, op cit, p.277; APREL LASAGABASTER, C., Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados, op cit, p. 205; BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A y MONCLÚS MASO, M., Políticas y prácticas de control migratorio. Estudio comparativo del control de los migrantes en los contextos latinoamericano y europeo, op cit, p.92; TOMÉ GARCÍA, J., Intervención del Juez Penal en la expulsión de extranjeros, op cit, p.200; ROMA VALDÉS, A., La sustitución de penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros, op cit, p.854; DE MARCOS MADRUGA, M.F., Una aproximación al tratamiento de los extranjeros en prisión, op cit, p.6; ORTÍZ GONZÁLEZ, A.L., Prisión, extranjería, reeducación y reinserción: Realidades difíciles de hacer compatibles, op cit, p.27; GARCÍA ESPAÑA, E., La expulsión como sustitutivo de la pena de prisión en el Código Penal de 2015. ¿De la discriminación a la

1.1. Los antecedentes penales.

A la sanción invisible anteriormente comentada, Larrauri Piojan (2015:154)¹⁴⁰ añade la “pena invisible” que supone el hecho de poseer antecedentes penales, tanto para el futuro laboral, como para el ejercicio de sus derechos cívicos o familiares. Los antecedentes penales se constituyen como una marca o estigma, capaces de disminuir considerablemente sus posibilidades de reintegrarse en la sociedad. Coincide con este pensamiento Miquel Calatayud¹⁴¹, en cuanto que “*los antecedentes penales no deben augurar una mala conducta futura, sino una rehabilitación en la sociedad*”, y es que esta cita no puede ser más acertada, puesto que es básicamente lo que hace el artículo 57.2 LOEx: “*decisión de expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales*” – Directiva 2001/40/CE.

Además, tal consideración sería contraria a lo dispuesto en el artículo 73 LOGP, en cuanto los antecedentes penales no podrán ser, en ningún caso, motivo de discriminación social y jurídica. Este hecho para Campos Hellín (2019:225)¹⁴², y en correlación con lo dicho en la STC 236/2007, de 7 de septiembre, anteriormente comentada, no hace más que reflejar el periplo desalentador para la reinserción social de los internos¹⁴³.

Finalmente, en lo relativo a este tema, recuerda García España (2017:23)¹⁴⁴ que, tras la reforma del Código Penal de 2015, el tiempo de cancelación de los antecedentes penales ha aumentado notablemente. Este hecho supone que el extranjero en proceso de

reinserción?, op cit, pp.2 y 27; MOYA ESCUDERO, M(coord.), Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO4/2000 y LO8/2000), op cit, p.854; RODRÍGUEZ MESA, M.J., La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica, en RODRÍGUEZ MESA, M.J y RUIZ RODRÍGUEZ, L.R (coords), Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI, op cit, p.269; ASENSI SABATER, J., Comentarios a la Ley de Extranjería. Reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, op cit, p.442; CAMPO CABAL, J.M., De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, en CAMPO CABAL, J.M (coord.), Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000), op cit, p. 417; TORRES FERNÁNDEZ, M.E., La expulsión de los extranjeros en derecho penal, op cit, p. 136; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., El modelo político-criminal español frente a la delincuencia de inmigrantes, op cit, p.15.

¹⁴⁰ En “Antecedentes penales”, disponible en: [Antecedentes penales | Larrauri | EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad \(uc3m.es\)](http://Antecedentes%20penales%20Larrauri%20EUNOMIA.Revista%20en%20Cultura%20de%20la%20Legalidad%20(uc3m.es))

¹⁴¹ Citado en Campos Hellín (2019:224).

¹⁴² En “*La reinserción social de los infractores extranjeros en el Código Penal*”, disponible en: [La reinserción social de los infractores extranjeros en el Código Penal \(uma.es\)](http://La%20reinsercion%20social%20de%20los%20infractores%20extranjeros%20en%20el%20Codigo%20Penal%20(uma.es))

¹⁴³ Hecho que comenzó en los años 80, cuando el TC estableció que la reinserción social no era un derecho de los internos. Tampoco era un principio constitucional, sino que era simplemente un mandato dirigido a la política penal y penitenciaria, aspecto que, no hace más que oscurecer el concepto de reinserción social.

¹⁴⁴ En “*Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión*”, disponible en: [Microsoft Word - recpc19-15.doc \(ugr.es\)](http://Microsoft%20Word%20-%20recpc19-15.doc%20(ugr.es))

reinserción tendrá que esperar, para la cancelación de dichos antecedentes – art. 136 CP – 3 años para condenas de 1 a 3 años de prisión; 5 años para las condenas de 3 a 5 años; y 10 años para las condenas de más de 5 años. Sin embargo, la teoría dispuesta en el Código Penal, a pesar de ser muy bonita, dista mucho de lo que sucede en la práctica. En primer lugar, el periodo de cancelación es mucho más amplio, puesto que dicho plazo empieza a contar a partir de la ejecución de la pena, no desde la imposición de la condena – y ni que decir tiene que las mismas tardan lo suyo en ejecutarse. Por otro lado, la creencia en España de que los antecedentes penales se cancelan de oficio, aspecto que ha provocado notables confusiones, puesto que dicha afirmación no tiene en cuenta que la cancelación judicial va por un lado, y la administrativa va por otro. Esto supone que, en relación a la primera de ellas, no es que el órgano judicial cancele los antecedentes, sino que el juez o fiscal no tendría en cuenta los mismos si son cancelables. Mientras que, la otra, implica que la Administración sí los toma en cuenta en caso de que no estén realmente cancelados, es decir, que el condenado haya llevado a cabo todos los trámites en el Registro Central de Penados – lo que supondría que, al solicitar el certificado de antecedentes, no aparezcan – (Larrauri Piojan, 2015:158¹⁴⁵)

2. Algunas propuestas de *Lege Ferenda*.

Para exponer a continuación las propuestas de *lege ferenda*, es necesario acudir a lo dicho por García España (2017:23)¹⁴⁶, en cuanto a que parece evidente que, el hecho de que un extranjero cometa un delito, lo despoja de la posibilidad de mantenerse en el país. Y, en caso de que consiga colarse por los múltiples resquicios de la arquitectura jurídica, la condena a la exclusión social está más que servida, ya que, básicamente, el hecho de tener antecedentes penales le impide acceder a una autorización de residencia, elemento fundamental para poder integrarse en la sociedad¹⁴⁷.

Sin embargo, antes de entrar en materia de reinserción – que ya se adelanta que es hacia donde irán encaminadas la mayoría de propuestas de *lege ferenda* –, es necesario

¹⁴⁵ En “Antecedentes penales”, disponible en: [Antecedentes penales | Larrauri | EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad \(uc3m.es\)](https://www.eunomia.es/revista-cultura-de-la-legalidad/uc3m.es)

¹⁴⁶ En “La reinserción social de los infractores extranjeros en el Código Penal”, disponible en: [La reinserción social de los infractores extranjeros en el Código Penal \(uma.es\)](https://www.um.es/uma.es/la-reinsercion-social-de-los-infractores-extranjeros-en-el-codigo-penal)

¹⁴⁷ De hecho, como se ha visto en Capítulos anteriores, una de las competencias de las CCAA en cuanto a temas de extranjería eran las relativas al trabajo, como herramienta básica de reinserción social.

hablar de la interpretación y el debate doctrinal alrededor del artículo 57.2 LOEx. Es por ello, por lo que, tras todo lo expuesto, se considera primordial que la interpretación de la consideración de la pena de dicho artículo sea “en concreto”, puesto que es la única manera de tener en cuenta las circunstancias individuales de cada extranjero. Y esto resulta lógico, puesto que si tanto el legislador de la UE como el nacional, consideran que procede y es legítima la expulsión de alguien basada en su peligrosidad, hay que tener en cuenta eso, su peligrosidad. La mera toma en consideración del umbral de un año, no es suficiente, por lo que se propone aquí que exista la concurrencia de determinados delitos o, determinadas circunstancias especialmente gravosas, independientemente del arco penal, para considerar la peligrosidad de un sujeto. Esto se debe, principalmente, a que muchos delitos poco graves ya tienen un arco penal de una condena de prisión superior a un año o, por el contrario, otros delitos que podrían ser considerados especialmente graves y cuyo arco penal prevé una pena de prisión inferior a un año.

Por otro lado, resulta realmente frustrante que, cuando el extranjero ya ha saldado la deuda con la justicia y se le suponga en proceso de reinserción en la sociedad, se le notifique la incoación de un procedimiento de expulsión. En este sentido, mi propuesta va dirigida a la concesión de un periodo semejante al de la “suspensión” de la pena de prisión. Es decir, en el derecho penal, concretamente en el artículo 80 CP, se prevé la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años, bajo una serie de requisitos y tras la valoración de las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, etc. Pues bien, se propone aquí hacer lo mismo, suspender la ejecución de la expulsión tras la valoración de todas las circunstancias comentadas, y con la imposición de unas condiciones necesarias para la suspensión¹⁴⁸. Bajo mi parecer, es completamente inaceptable expulsar a un extranjero sin darle la oportunidad de enmendar su error, teniendo en cuenta el periodo de

¹⁴⁸ Podrían ser incluso semejantes a las del artículo 80 CP:

1.ª *Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.*

2.ª *Que la pena o la suma de las impuestas no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.*

3.ª *Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.*

prohibición de entrada, más la dificultad para obtener un futuro permiso de residencia por tener antecedentes penales, en caso de que el extranjero desee regresar a España.

Finalmente, otra propuesta que resulta interesante es la del Informe Criminológico. Como expone Larrauri Piojan (2017:1)¹⁴⁹, es una práctica extendida en el proceso penal en países como Reino Unido, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Estados Unidos y Canadá, bajo el nombre de “*Presentence Report*” o “*Informe social*”. Su función principal es informar al juez sobre la situación personal y social de la persona acusada, su actitud frente al delito y el tipo de pena o medida que pueda ser más resocializadora. Este informe está realmente valorado, y se considera crucial para que el juez pueda imponer un castigo proporcional y adecuado¹⁵⁰. En España, este informe es obligatorio en el ámbito de la justicia juvenil – artículo 27 LO 5/2000¹⁵¹ – y preceptivo en el caso del sistema de justicia penal de adultos – RD 840/2011, de 17 de junio¹⁵². Esta propuesta resultaría interesante en el ámbito del procedimiento sancionador administrativo, y más en el caso de sanciones especialmente significativas.

¹⁴⁹ “*La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias*”, disponible en: [BoletínCrimi NUEVO 139 \(uab.cat\)](#)

¹⁵⁰ También tiene la función de alertar y orientar al juez sobre las posibilidades de cumplimiento de la pena en medio abierto, lo que provoca una reducción en el número de condenas de prisión. Y, en último lugar, otra de sus misiones es recoger información sobre la persona, que permita su posterior supervisión durante la ejecución de la pena.

¹⁵¹ Artículo 27. Informe del equipo técnico. *1. Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley.*

¹⁵² Crítica Larrauri Piojan (2012:2) que el hecho de que su regulación se encuentre en un RD, ha ocasionado desconcierto generalizado, lo que ha supuesto, a su vez, una infrautilización del Informe.

CONCLUSIONES

A lo largo de toda la exposición, ha sido posible apreciar las controversias actuales existentes entre doctrina y jurisprudencia en torno al artículo 57.2 LOEx. A pesar de que se trata de una consecuencia jurídica – o infracción o sanción, dependiendo de si se considera que existe un fundamento retribucionista o no –, esta no es ampliamente conocida entre la población extranjera, como lo podrían ser otro tipo de expulsiones¹⁵³, a pesar de que la aplicación práctica de la misma es bastante habitual.

En primer lugar, se ha analizado el Régimen Jurídico General de las expulsiones en el plano internacional, de la UE y Estatal, pudiendo llegar a las siguientes conclusiones. Desde el punto de vista del Derecho Internacional, este se postula como el gran regulador de los principios generales que deben regir en las expulsiones entre las distintas soberanías. Esto supone que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el Convenio Europeo de Derechos humanos, y toda la jurisprudencia derivada del TEDH, han supuesto la limitación de la facultad discrecional de expulsión, pudiéndose distinguir tres categorías de límites: *reatione personae*, *ratione materiae* y *ratione prosequi*¹⁵⁴. También destacar el papel de los Convenios Internacionales que España ha ratificado con terceros países en materia de inmigración, y cuya ratificación tiene un impacto positivo en las relaciones internacionales de España. Y sin olvidar la labor de las diferentes ONGs especializadas en inmigración, y cuya capacidad de actuación en dicho plano, ha supuesto el reconocimiento¹⁵⁵ por parte de las Naciones Unidas de su labor en la defensa de los Derechos Humanos de los Inmigrantes.

El segundo estadio jurídico, corresponde al Derecho de la Unión Europea y, cuya competencia en materia de inmigración le ha sido conferida por los Estados miembro a través del principio de atribución de competencias – en virtud del artículo 5 TUE y de los

¹⁵³ Por ejemplo, la expulsión por estancia irregular del artículo 53.1 LOEx, o la condena de expulsión del artículo 89 CP.

¹⁵⁴ Kamto, M. (2007:123). Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. DOCUMENTO A/CN.4/581. Naciones Unidas. Disponible en: [EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial \(un.org\)](#)

¹⁵⁵ Resolución 1996/31 sobre la relación consultiva entre las UN y las ONGs. Disponible en: [Relación consultiva entre las Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales \(Res. 1996/31 ECOSOC\) - Derecho Internacional Publico - www.dipublico.com.ar](#)

artículos 79 y 80 TFUE. En términos generales, el objetivo fundamental de la UE es poder contar con una política de inmigración europea global y, más específicamente, establecer un enfoque equilibrado en el abordaje de tanto la inmigración legal como la irregular. Sin embargo, afirma la actual presidenta de la Comisión, Úrsula von der Leyen, en la “Carta de misión” a la Comisaria de Asuntos de Interior, la Sra. Johansson, que el asilo y la migración son la materia pendiente de la UE y, a su vez, la que más retos plantea. Propone así un “nuevo comienzo” en este ámbito a través del desarrollo de un “Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo”, y cuyo resultado no resultó ser el esperado, al menos en opinión del CESE, y cuya crítica iba dirigida a la falta de ambición y al excesivo foco sobre las fronteras y los retornos del “Nuevo Pacto”.

A pesar de lo anterior, la competencia de la UE en inmigración ha sido ejercida con gran intensidad, lo que ha supuesto la generación de numerosa legislación en ese ámbito. En materia de expulsiones, las herramientas utilizadas más relevantes han resultado ser las Directivas, entre las que cabe destacar, para la expulsión de nacionales de terceros países la Directiva 2001/40/CE y la 2003/109/CE del Consejo. Los puntos comunes entre ambas es el establecimiento de la posibilidad de expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales, entre los cuales se encuentra la condena de dicho nacional a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año.

Teniendo en cuenta la relación existente entre el Derecho de la UE y el Derecho de los Estados miembros, que la UE tenga competencias atribuidas en materia de inmigración no implica que los Estados la hayan perdido, sino que el Derecho Interno va a estar condicionado por el Derecho de la UE, naciendo así una situación de coexistencia entre ambos ordenamientos jurídicos. Y es que el Estado español – en virtud del artículo 149 CE – sí tiene competencias en el ámbito de la extranjería, la cual ha sido plasmada, fundamentalmente en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, conjuntamente con el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, encargado de su desarrollo. De la transposición de las Directivas mencionadas, es de donde surge el artículo objeto de estudio: el art. 57.2 LOEx.

La expulsión tipificada en dicho artículo, se lleva a cabo a través del procedimiento administrativo sancionador, concretamente, el procedimiento preferente – arts. 234 a 237 RELOEx –, caracterizado por su celeridad y las dudosas garantías de

defensa y protección al extranjero. Este hecho ha supuesto la necesaria intervención de la Jurisdicción contencioso-administrativa, para la protección de los derechos de aquellos extranjeros sobre los que pesaba la incoación de un expediente de expulsión en base al artículo 57.2 LOEx, dando pie a numerosa jurisprudencia al respecto.

Sin embargo, ese no es el único problema que plantea el mencionado artículo, sino que también existen dudas en su aplicación práctica, proviniendo estas desde dos vertientes: la consideración de la pena en concreto o en abstracto, y los criterios para la imposición de la expulsión. La discusión en el segundo punto no está nada clara, dejando los criterios de aplicación en manos de cada tribunal, mientras que, en el segundo caso, la jurisprudencia más reciente se decanta por la consideración de la pena en abstracto, en contra de la lógica de la amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales.

Todo lo anterior, ha dado pie a la necesidad de la proposición de algunas propuestas de *Lege Ferenda*, que supongan un proceso de expulsión respetuoso con el extranjero y con los principios básicos de cualquier Estado de Derecho. En primer lugar, la interpretación favorable a la pena en abstracto supone un sacrilegio a todos los principios que regulan el procedimiento administrativo sancionador, debido a que no se puede así tener en cuenta las circunstancias individuales de cada extranjero, y menos aún su peligrosidad. En adición, resulta extraño que dicha peligrosidad no sea tomada en consideración en base a determinados delitos, sino a cualquier delito tipificado en nuestro CP con una pena de prisión superior a un año. Finalmente, la crítica absoluta al artículo 57.2 LOEx, radica en cuanto no permite la efectiva reinserción del extranjero en nuestra sociedad, como consecuencia del automatismo en su aplicación, sin la consideración de las circunstancias personales, sociales, familiares y laborales del extranjero. Ello lleva a proponer la posibilidad de prever un periodo de suspensión de la expulsión – semejante al del artículo 80 CP – sujeto a determinadas condiciones, que permita apreciar si dicho extranjero supone verdaderamente una amenaza real. Todo ello, con la necesaria implementación del Informe Criminológico como instrumento fundamental para la consideración de las circunstancias individuales del extranjero, así como la idoneidad de la medida de expulsión.

BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN.

1.1. NACIONAL.

Constitución Española.

Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-1978-31229 Constitución Española.](#)

Leyes / Leyes Orgánicas.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2015-10565 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.](#)

Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-1998-16718 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.](#)

Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears. BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2007. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2007-4233 Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.](#)

Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2006-13087 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.](#)

Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. BOE núm. 86, de 11 de abril de 2006. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2006-6472 Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.](#)

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE núm. 10, de 12 de enero del 2000. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2000-544 Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.](#)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-1995-25444 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.](#)

Decretos / Reales Decretos / Reales Decretos-Ley.

Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. BOE núm. 103, de 30 de abril de 2011. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2011-7703 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.](#)

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. BOE núm. 51, de 28 de febrero de 2007. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-2007-4184 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 de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889. Disponible en: [BOE.es - BOE-A-1889-4763 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.](#)

Instrucciones.

Instrucción SGIE 1/2016, sobre el Procedimiento Administrativo y la organización territorial en materia de extranjería a la luz de la entrada en vigor de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de la ley. Secretaría General de Inmigración y Emigración. Disponible en: [instruccion SGIE 1 2016.pdf \(inclusion.gob.es\)](#)

1.2. EUROPEA.

Tratados.

Tratado de la Unión Europea. Disponible en: [Tratado de la Unión Europea \(europa.eu\)](#)

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Disponible en: [EUR-Lex - 12012E/TXT - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](#)

Reglamentos.

Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. DOUE núm. 303, de 28 de noviembre de 2018, páginas 39 a 58. Disponible en: [BOE.es - DOUE-L-2018-81887](#)

[Reglamento \(UE\) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.](#)

Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión. DOUE núm. 141, de 27 de mayo de 2011, páginas 1 a 12. Disponible en: [BOE.es - DOUE-L-2011-81015 Reglamento \(UE\) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.](#)

Reglamento (CE) nº 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. DOCE núm. 157, de 15 de junio de 2002, páginas 1 a 7. Disponible en: [BOE.es - DOUE-L-2002-81086 Reglamento \(CE\) nº 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países.](#)

Reglamento (CE) nº 1683/1995 del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado. DOCE núm. 164, de 14 de julio de 1995, páginas 1 a 4. Disponible en: [BOE.es - DOUE-L-1995-80979 Reglamento \(CE\) nº 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado.](#)

Directivas.

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, de 29 de abril de 2004, páginas 77 a 123. Disponible en: [Microsoft Word - L158es.doc \(boe.es\)](#)

Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. DOUE núm. 16, de 23 de enero de 2004, páginas 44 a 53. Disponible en: [BOE.es - DOUE-L-2004-80112 Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.](#)

Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. DOUE núm. 149, de 2 de junio de 2001, páginas 34 a 36. Disponible en: [BOE.es - DOUE-L-2001-81412 Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países.](#)

Decisiones, recomendaciones y dictámenes.

Decisión del Consejo 2008/381/CE, por la que se crea una Red Europea de Migración, de 14 de mayo de 2008. Disponible en: [Decision 2008 381 CE REM.pdf \(inclusion.gob.es\)](#)

Consejo Económico y Social. Relación consultiva entre las Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales, resolución nº 996/31, de 23 de mayo de 1968. Disponible en: [Relación consultiva entre las Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales \(Res. 1996/31 ECOSOC\) - Derecho Internacional Publico - www.dipublico.com.ar](#)

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La Convención internacional para los trabajadores migratorios», 2004/C 302/12. DOUE. Disponible en: [c_30220041207es00490052.pdf \(europa.eu\)](#)

1.3. INTERNACIONAL.

Consejo de Europa. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, de 4 de noviembre de 1950. Roma. Disponible en: [European Convention on Human Rights \(coe.int\)](#)

Naciones Unidas. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969. Viena. Disponible en: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/1980012700-52AM/Ch_XXIII_01.pdf

ONU. Asamblea General, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, 18 de diciembre de 1990, resolución 45/158. Disponible en: [ACNUDH | Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios \(ohchr.org\)](#)

ONU. Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, 217 A (III). Disponible en: [spn.pdf \(ohchr.org\)](#)

2. JURISPRUDENCIA

2.1. NACIONAL.

Tribunal Constitucional.

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 177/1999, de 11 de octubre de 1999. BOE núm. 276, de 18 de noviembre de 1999, ECLI:ES:TC:1999:177. Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 177/1999 \(tribunalconstitucional.es\)](#)

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 18/1981, de 8 de junio. BOE núm. 143. De 16 de junio de 1981, ECLI:ES:TC:1981:18. Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 18/1981 \(tribunalconstitucional.es\)](#)

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 2/2003, de 16 de enero. BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2003, ECLI:ES:TC:2003:2. Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 2/2003 \(tribunalconstitucional.es\)](#)

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 201/2016, de 28 de noviembre. BOE núm. 7, de 9 de enero de 2017. Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 201/2016 \(tribunalconstitucional.es\)](#)

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2007, ECLI:ES:TC:2007:236. Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 236/2007 \(tribunalconstitucional.es\)](#)

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 307/2000, de 18 de diciembre. BOE núm. 14, de 16 de enero de 2001, ECLI:ES:TC:2000:307. Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 307/2000 \(tribunalconstitucional.es\)](#)

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 54/1984, de 4 mayo. BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1984, ECLI:ES:TC:1984:54. Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 54/1984 \(tribunalconstitucional.es\)](#)

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 71/1982, de 30 de noviembre. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 1982, ECLI:ES:TC:1982:71. Disponible en: [Sistema HJ - Resolución: SENTENCIA 71/1982 \(tribunalconstitucional.es\)](#)

Tribunal Supremo.

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia de 10 de noviembre de 1980. Disponible en: [STS, 10 de Noviembre de 1980 - Jurisprudencia - VLEX 76729250](#)

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 191/2019, de 19 de febrero de 2019. Disponible en: [STS 191/2019, 19 de Febrero de 2019 - Jurisprudencia - VLEX 771048949](#)

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 257, de 27 de febrero de 2019. Disponible en: [STS 257/2019, 27 de Febrero de 2019 - Jurisprudencia - VLEX 772317369](#)

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia núm. 962/2018, de 11 de junio de 2018. Disponible en: [STS 962/2018, 11 de Junio de 2018 - Jurisprudencia - VLEX 731128129](#)

Tribunal Supremo (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia de 8 de noviembre de 2004. Disponible en: [STS, 8 de Noviembre de 2004 - Jurisprudencia - VLEX 17444313](#)

Tribunales Superiores de Justicia.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha (Sala de lo Contencioso, Sección 2ª). Sentencia 138/2015, de 2 de febrero de 2015. Disponible en: [STSJ CLM 138/2015 - ECLI:ES:TSJCLM:2015:138 - Poder Judicial](#)

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso, Sección 2ª). Sentencia 654/2017, de 27 de septiembre de 2017. Disponible en: [STSJ Comunidad de Madrid 654/2017, 27 de Septiembre de 2017 - Jurisprudencia - VLEX 695541753](#)

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso, Sección 9ª). Sentencia 1023/2016, de 5 de octubre de 2016. Disponible en: [STSJ Comunidad de Madrid 1023/2016, 5 de Octubre de 2016 - Jurisprudencia - VLEX 654833029](#)

Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Juzgado Contencioso-Administrativo (nº 1) de Palma de Mallorca. Sentencia núm. 282/2019, de 16 de julio de 2020.

2.2. EUROPEA.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Čonka c. Bélgica, nº 51564/99. Sentencia de 5 de febrero de 2002. Disponible en: [Caso N° 51564/99 Čonka v. Bélgica. Sentencia de 5 de febrero de 2002 \(acnur.org\)](#)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Hirsi Jamaa y otros vs. Italia, nº 27765/09. Sentencia de 23 de febrero de 2012. Disponible en: [Refworld | Asunto Hirsi Jamaa y otros vs. Italia. Sentencia del Tribunal de Justicia \(Gran Sala\) de 23 de febrero de 2012 en la Demanda no. 27765/09. Intercepción y devolución](#)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 11 de junio de 2020, asunto C-448/19. Disponible en: [CURIA - Documentos \(europa.eu\)](#)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 7 de julio de 1992, Micheletti, asunto C-369/90. Disponible en: [showPdf.jsf \(europa.eu\)](#)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 5 de febrero de 1963, van Gend & Loos, asunto C-26/62. Disponible en: [showPdf.jsf \(europa.eu\)](#)

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia de 10 de julio de 2008, C-33/07. Disponible en: [SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA \(Sala Primera\) \(idpbarcelona.net\)](#)

Fernández (2021). Historia de la política europea de inmigración y asilo. *El orden mundial*. Disponible en: [Historia de la política europea de inmigración y asilo - El Orden Mundial - EOM](#)

Freixes Sanjuán, T. (1995). Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, ISSN 1133-7087, Nº 11-12, 1995, págs. 97-115. Disponible en: [PRINCIPALES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DEL TEDH \(us.es\)](#)

García España, E. (2017). Extranjeros sospechosos, condenados y excondenados: Un mosaico de exclusión. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 19-15, pp. 1-28, ISSN 1695-0194. Disponible en: [Microsoft Word - recpc19-15.doc \(ugr.es\)](#)

Iglesias Canle, I. C. (2016). Recursos en el Proceso Contencioso Administrativo. Primera parte: el Derecho a los recursos. *Tirant lo Blanch*. Valencia.

Ioé, C. (2005). Inmigrantes extranjeros en España: ¿reconfigurando la sociedad? *Panorama Social*, Nº 1, junio 2005, págs. 32-47. Disponible en: [Microsoft Word - ARTMig \(PanSoc2005\).doc \(colectivoioe.org\)](#)

Kamto, M. (2007). Expulsión de extranjeros. Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros. DOCUMENTO A/CN.4/581. *Naciones Unidas*. Disponible en: [EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: Tercer informe sobre la expulsión de extranjeros, del Sr. Maurice Kamto, Relator Especial \(un.org\)](#)

Larrauri Piojan, E. (2015). Antecedentes penales. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 8, marzo – agosto 2015, pp. 153-159, ISSN 2253-6655. Disponible en: [Antecedentes penales | Larrauri | EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad \(uc3m.es\)](#)

Larrauri Piojan, L. (2017). La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias. *Instituto andaluz interuniversitario de Criminología*, artículo 7/2012, noviembre (n.º 139). Disponible en: [BoletínCrimi NUEVO 139 \(uab.cat\)](#)

Martínez Atienza, G. (2012). De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. *Comentarios al Código de Extranjería*, págs. 212-266. Disponible en: VLex, link no disponible.

Montilla Martos, J. A. y Vidal Fueello, M. D. C. (2007). Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas. *Centro de estudios políticos y constitucionales*. Madrid. Disponible en: [FORO 15 \(Page 1\) \(cepc.gob.es\)](#)

Santolaya Machetti, P. (2007). Extranjería y nuevos Estatutos de Autonomía. *Revista d'estudis autonòmics i federals*, ISSN 1886-2632, N°. 4, 2007, págs. 159-184. Disponible en: [Extranjería y nuevos estatutos de autonomía - Dialnet \(unirioja.es\)](#)

Zamora Rodríguez, A. (2018). Europa, la ONU y el fenómeno migratorio. *Rebelión*. Disponible en: [Europa, la ONU y el fenómeno migratorio – Rebelion](#)

4. PORTALES WEB Y PUBLICACIONES OFICIALES.

CIS (2017). *Actitudes sobre la inmigración*. Disponible en: [CIS-Centro de Investigaciones Sociológicas-Relación de estudios por tema](#)

Comisión Europea. *European Migration Network (EMN)*. Migration and Home Affairs. Disponible en: [European Migration Network \(EMN\) | Migration and Home Affairs \(europa.eu\)](#)

Comisión Europea. *Ylva Johansson*. Los Comisarios. Disponible en: [Ylva Johansson | European Commission \(europa.eu\)](#)

Comité Económico y Social Europeo (2021). *Los pormenores del nuevo Pacto sobre la migración generan frustración en el CESE*. Disponible en: [Los pormenores del nuevo Pacto sobre la migración generan frustración en el CESE - European Economic and Social Committee \(europa.eu\)](#)

FUHEM. Directorio de organizaciones que trabajan sobre inmigración. Disponible en: [Directorio de organizaciones que trabajan sobre inmigración – FUHEM](#)

Generalitat de Catalunya. *Procés participatiu per al pla de ciutadania i de les mmigracions 2017-2020*. Disponible en: [Informe global d'aportacions FINAL \(gencat.cat\)](#)

INE (2021). *Estadísticas del Padrón continuo*. Disponible en: [INEbase / Demografía y población / Padrón. Población por municipios / Estadística del Padrón continuo / Últimos datos](#)

Observatorio Permanente de la Inmigración (2020). *Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor. Principales resultados*. Disponible en: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor. Principales resultados \(inclusion.gob.es\)](#)

Parlamento Europeo. *La política de inmigración*. Fichas temáticas sobre la Unión Europea. Disponible en: [mañanaLa política de inmigración | Fichas temáticas sobre la Unión Europea | Parlamento Europeo \(europa.eu\)](#)

Poder judicial. *Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales*. España. Disponible en: [C.G.P.J - Estimación de los tiempos medios de duración de los procedimientos judiciales \(poderjudicial.es\)](http://poderjudicial.es/C.G.P.J.-Estimaci3n-de-los-tiempos-medios-de-duraci3n-de-los-procedimientos-judiciales)

Portal de Inmigración. *Normativa*. Secretaria de Estado de Migraciones. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Disponible en: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Normativa \(inclusion.gob.es\)](http://portal.de.inmigraci3n.normativa.inclusion.gob.es)

Tratados Multilaterales de las Naciones Unidas. Disponible en: [Microsoft Word - Spanish.doc \(un.org\)](http://untreaty.un.org/Microsoft%20Word-Spanish.doc)

Unión Europea. *Comisión Europea*. Disponible en: [Comisión Europea | Unión Europea \(europa.eu\)](http://comisi3n.europea.un3n.europea.eu)

Unión Europea. *Parlamento Europeo*. Disponible en: [Parlamento Europeo | Unión Europea \(europa.eu\)](http://parlamento.europeo.un3n.europea.eu)

ANEXOS.

ANEXO 1. Consideraciones preliminares.

Puesto que seguramente no todos los lectores del presente trabajo serán expertos o amplios conocedores de la materia, se ha considerado necesario introducir una serie de concepciones básicas en relación a la extranjería, puesto que son necesarias para poder comprender los conceptos a los que se hace referencia a lo largo de todo el trabajo. Todo ello se llevará a cabo a través de la clarificación terminológica y los datos principales sobre los extranjeros que residen actualmente en la España.

1. Clarificaciones terminológicas.

1.1. Nacionalidad.

De acuerdo con lo descrito por la RAE, la nacionalidad supone aquel vínculo jurídico de una persona con un Estado, el cual le atribuye la condición de ciudadano de dicho Estado en función del lugar que ha nacido, de la nacionalidad de sus padres o del hecho de habersele concedido dicha condición.

1.2. Nacionalidad española.

La definición anterior, permite hacerse a la idea de que, no únicamente aquellos que han nacido en España, van a tener la nacionalidad española. Sin ir más lejos, la Constitución Española prevé en su artículo 11, que “*La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley*” y, como no podía ser de otra manera, es el Código Civil quien se encarga de dicho desarrollo. Los subtipos previstos se detallan a continuación:

Nacionalidad para españoles de origen.

Se considerará españoles de origen¹⁵⁶:

- a) Los nacidos de padre o madre españoles.

¹⁵⁶ Artículo 17 CC. Título I. De los españoles y extranjeros.

- b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.
- c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo la nacionalidad.
- d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.

También lo serán aquellos menores de 18 años que sean adoptados por un español. En casos de que el adoptado sea mayor de 18 años, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción¹⁵⁷.

Nacionalidad por posesión de estado¹⁵⁸.

Tendrá derecho a la nacionalidad española, aquella persona que haya poseído y utilizado, de manera continuada, la nacionalidad española durante diez años, con buena fe – es decir, sin que tenga conocimiento de la situación real: de que no es español en realidad –, en base a un título inscrito en el Registro Civil. La nacionalidad no se perderá, aunque se anule el título que la originó.

Nacionalidad por opción¹⁵⁹.

Esta posibilidad es un beneficio que ofrece nuestra legislación a aquellos extranjeros que se encuentran en determinadas condiciones. Tendrán derecho a la adquisición de la nacionalidad por esta vía:

- a) Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español.
- b) Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España.
- c) Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los artículos 17 y 19.

¹⁵⁷ Artículo 19 CC.

¹⁵⁸ Artículo 18 CC.

¹⁵⁹ Artículo 20 CC.

Nacionalidad por residencia¹⁶⁰.

Esta modalidad de adquisición exige la residencia de la persona en España durante diez años de forma legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. No obstante, serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y, dos años, cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes.

El tiempo indicado será de un año para:

- a) El que haya nacido en territorio español.
- b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar.
- c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos.
- d) El que, al tiempo de la solicitud, lleve un año casado con un español o española y no esté separado legalmente o de hecho.
- e) El viudo o viuda de española o español, s en el momento de la muerte del cónyuge no estaban separados, de hecho o judicialmente.
- f) El nacido fuera de España de madre o padre (nacidos también fuera de España), abuelo o abuela, siempre que todos ellos originariamente hubiesen sido españoles.

Nacionalidad por carta de naturaleza¹⁶¹.

La forma aquí descrita tiene carácter graciable, y no se sujeta a las normas generales previstas del procedimiento administrativo. Se otorgará discrecionalmente por el Gobierno mediante Real Decreto, tras la valoración de la concurrencia de las circunstancias excepcionales.

1.3. Extranjeros.

Lo expuesto en el apartado previo tiene su importancia debido a que, el artículo 1 de la LOEx delimita su ámbito de aplicación considerando extranjeros “*a los que carezcan de la nacionalidad española*”. De esta manera, es necesario encuadrar en la definición de

¹⁶⁰ Artículo 22 CC.

¹⁶¹ Artículo 21 CC.

extranjero, a todas aquellas personas que no disponen de la nacionalidad española, esto es, que no la ha adquirido por ninguna de las vías mencionadas.

Sin embargo, es necesario mencionar que la Ley hace una distinción entre los extranjeros propiamente dichos, y aquellos extranjeros que se encuadrarían bajo la figura de “*nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario*”¹⁶², puesto que estos se rigen por otra normativa, y únicamente les será de aplicación la LOEx, en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

Todo ello nos lleva a determinar que existe un grupo general con la consideración de extranjeros, es decir, todos los que no tengan nacionalidad española y, por otro lado, dos ramificaciones diferenciadas de extranjeros: los nacionales de los Estados miembros de la UE y aquellos a los que se les aplica el régimen comunitario; y el resto de extranjeros.

1.4. Ciudadano de la Unión Europea.

En correlación con lo anterior, y de acuerdo con lo manifestado por la Fiscalía general del Estado, en su instrucción núm. 3/2003 de 23 de octubre, históricamente, el concepto de extranjero suponía la oposición al término *nacional*. Sin embargo, el proceso de creación de comunidades supraestatales, en las que los Estados miembros entregan parte de su soberanía, supone, entre otras cosas, el reconocimiento a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia.

Esto ha supuesto la creación de una nueva nacionalidad supraestatal¹⁶³ que, evidentemente, no modifica el concepto original de *extranjero*, pero sí que obliga, como se ha mencionado en líneas previas, a distinguir entre los nacionales de alguno de los

¹⁶² Cuando se hace referencia a “*quienes sea de aplicación el régimen comunitario*”, se hace alusión, además de a los nacionales de la UE (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, República Eslovaca, Rumanía y Suecia), a los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein) y a los nacionales de la Confederación Suiza.

¹⁶³ Es, concretamente, el Tratado de Maastrich, de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, el que crea la que denomina *ciudadanía de la Unión*, complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional (art. 17 del Tratado de Roma).

Estado de la Unión – puesto que tienen un régimen jurídico específico, y los extranjeros propiamente considerados o nacionales de países extracomunitarios.

1.5. Inmigración y emigración

Lo cierto es que ambos conceptos generan en la mayoría de las ocasiones mucha confusión, puesto que su similitud entre ambos, y no únicamente léxica, es notable. La inmigración consiste en la llegada de personas a un país o región diferente al de su lugar de origen, generalmente para establecerse en él. Es decir, si tenemos en cuenta el territorio español, serían inmigrantes todos aquellos que vinieran de un destino distinto, con el fin de radicarse en España. Por otro lado, se consideraría emigración, la salida de personas de su país de origen para establecerse en otro. Esto supone que, teniendo en cuenta el punto de referencia anterior, serían emigrantes todas aquellas personas que saliesen del Estado español para asentarse en otro Estado diferente.

Dicho lo anterior, para comprender plenamente la dimensión de ambos conceptos, es necesario hacer una aclaración¹⁶⁴. El hecho de ser español o extranjero no deja de ser una cuestión de índole jurídico-administrativo, pues se puede ser español habiendo nacido en otro país y ser inmigrante al radicarse en España, o ser extranjero nacido en España sin haber emigrado nunca. De esta manera, ambos conceptos no dejan de ser una mera condición social, por lo que habría que tener en cuenta que no todos los extranjeros son inmigrantes, ni todos los españoles no lo son.

1.6. Expulsión.

La expulsión es una sanción administrativa, consecuencia de la realización de conductas tipificadas como muy graves, o graves previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1¹⁶⁵ LOEx. Así como que el extranjero haya sido condenado, dentro o

¹⁶⁴ Dicha aclaración viene de la mano de Ioé (2005:34), cuyo trabajo aborda las características de la inmigración extranjera y sus consecuencias en la configuración de la sociedad española.

¹⁶⁵ Artículo 53. Infracciones graves. 1. Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español. b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar. c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley. d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente. f) La participación por el

fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Lo que se desprende de lo descrito en el artículo 57 LOEx, es que para que se pueda producir la expulsión de un extranjero, es necesario que este se encuadre en alguna de las disposiciones comentadas y, lo más importante, que se encuentre en nuestro territorio, sea bajo la condición que sea – irregular o no. Esto supone, que no se puede expulsar a alguien que no se encuentra en el territorio español, por lo que es un requisito *sine qua non*, que el mismo se halle en España.

1.7. Devolución.

Por el contrario, otro término con el que suele haber confusión es con la devolución, puesto que, a voz de pronto, sus características pueden solaparse con las de la expulsión. La devolución se prevé en nuestra legislación para¹⁶⁶:

- a) Los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España.
- b) Los extranjeros que pretendan entrar irregularmente en el país, incluyendo aquellos que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones.

En consecuencia, la devolución supone regresar al extranjero a su lugar de origen, suponiendo este hecho que el extranjero no ha logrado entrar en el país o, por su parte, ha sido interceptado intentando hacerlo. Es decir, a diferencia de las expulsiones, el extranjero no se encuentra – al menos a rasgos teóricos – en territorio español.

2. Datos relevantes sobre extranjeros.

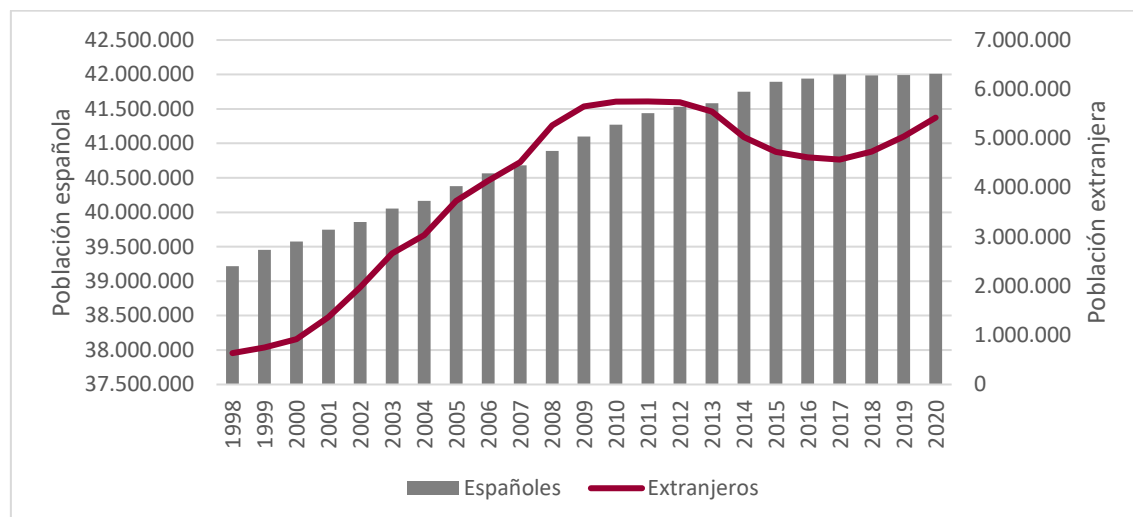
La presencia de extranjeros en el día a día de la sociedad española es ya, desde hace varias décadas, una realidad social. Desde el año 1998 se fue produciendo en España un aumento progresivo de la inmigración hasta que, alrededor de 2012, encontró su pico para

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.

¹⁶⁶ Artículo 23 RD 557/2011, de 20 de abril.

sufrir una notable caída. Es en 2017 cuando la cifra va incrementando progresivamente hasta la actualidad (Gráfico 1).

Gráfico 1. Población española y extranjera 1998-2020.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por el INE (2020)¹⁶⁷.

Dichos acontecimientos conducen a interrogarse sobre las posibles causas¹⁶⁸ que propician el crecimiento de los flujos inmigratorios, como podrían ser las desigualdades internacionales, las crisis en países de origen, las oportunidades que ofrece la economía globalizada y, más concretamente, el crecimiento económico y del empleo registrados en España. De hecho, la opinión de los españoles recogida en la *Encuesta de Actitudes hacia la Inmigración (X)*¹⁶⁹ coincide con lo descrito, pues un 28'7% de los encuestados consideró que lo que le venía a la mente cuando se le mencionaba la palabra inmigración era la necesidad de venir a trabajar, seguido de un sentimiento de empatía y solidaridad (17'6%) y la pobreza y desigualdad (17'2%).

¹⁶⁷ En “*Estadísticas del Padrón continuo*”. Disponible en: [INEbase / Demografía y población / Padrón. Población por municipios / Estadística del Padrón continuo / Últimos datos](#)

¹⁶⁸ Causas más notables de acuerdo con Ioé (2005:35), en “*Inmigrantes extranjeros en España: ¿reconfigurando la sociedad?*”, disponible en: [Microsoft Word - ARTMig \(PanSoc2005\).doc \(colectivoioe.org\)](#)

¹⁶⁹ Encuesta realizada por el CIS (2017:1), sobre las actitudes de la sociedad española hacia la inmigración. Lo cierto es que no se ha podido encontrar ninguna encuesta más reciente al respecto, al menos bajo el nombre de “Actitudes sobre la inmigración”. A pesar de que se venían realizando cada año desde el 2007, no constan otros registros a partir del 2017: [CIS·Centro de Investigaciones Sociológicas·Relación de estudios por tema](#)

2.1. Tipología y número de extranjeros en España.

De acuerdo con lo dispuesto en la legislación, se podrían agrupar a los extranjeros residentes en nuestro país en dos grupos: *Régimen General* y *Régimen de Libre Circulación UE*. La distinción se basa, fundamentalmente, en bajo qué legislación se le ha concedido al extranjero el certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor, distinguiendo así entre los ciudadanos europeos¹⁷⁰ y el resto de nacionales de terceros países.

En este marco, el *Régimen General* se encuentra regulado por la LOEx, dirigiéndose a todos aquellos ciudadanos que carecen de nacionalidad española y que tampoco son nacionales de Estados miembros de la UE. Esto supone que la aplicación efectiva de la Ley recaerá sobre aquellos extranjeros nacionales de terceros países. No obstante, la LOEx ha previsto en su artículo 1.3 que su aplicación se haga extensible también 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*”. Esto supone que únicamente regirá en los aspectos que les pudieran ser más favorables, puesto que, en materia de extranjería de ciudadanos de la UE, la 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, ha hecho necesario el menester de incorporar su contenido al Ordenamiento jurídico español. Dicha exigencia ha supuesto la sanción 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 UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El cometido del citado Real Decreto es la regulación de

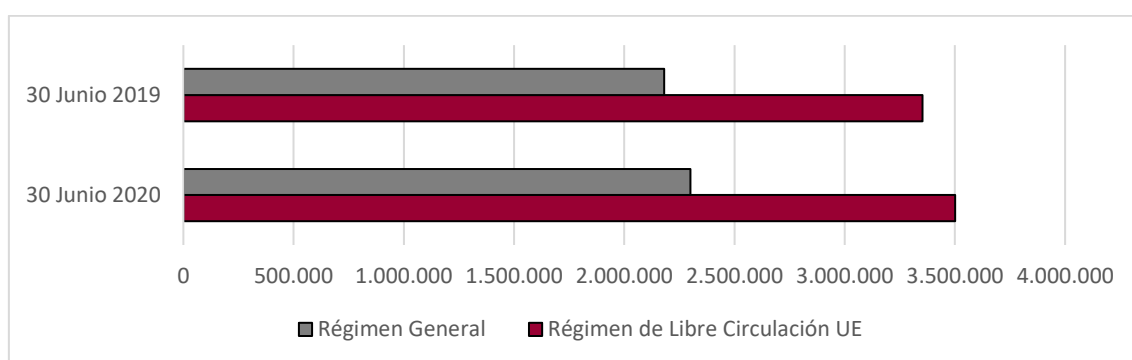
“(…) *las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y*

¹⁷⁰ Y también ciudadanos del Espacio Económico Europeo, estos son, los ciudadanos de Islandia, Liechtenstein y Noruega; así como también los miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Art. 2 RD 240/2007, de 16 de febrero).

trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública”^{171 172}.

Todo lo citado, conduce a dividir a 5.801.946¹⁷³ de extranjeros residentes en España en dos grupos, dependiendo del régimen jurídico que es de aplicación a cada extranjero (Gráfico 2).

Gráfico 2. Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor.



Fuente: Observatorio permanente de la inmigración (2020:1).

De los datos se desprende que la mayoría, concretamente, el 60'3% (3.501.088) de los certificados de registros o tarjetas de residencia emitidos, corresponde a los extranjeros en Régimen de Libre Circulación UE, y el 39'7% (2.300.858) a los del Régimen General. Se confirma así la tendencia creciente¹⁷⁴ del número de extranjeros residentes respecto a años anteriores, toda vez que el volumen de personas agregadas al Régimen de Libre Circulación UE es superior al otro, aspecto que implica que un gran volumen de extranjeros que actualmente residen en España es nacional de la UE, o del EEE, o familiares de ambos. Nuevamente, el *Observatorio permanente de la inmigración* permite apreciar las principales nacionales con certificado de registro o tarjeta de

¹⁷¹ Artículo 1 RD 240/2007, de 16 de febrero.

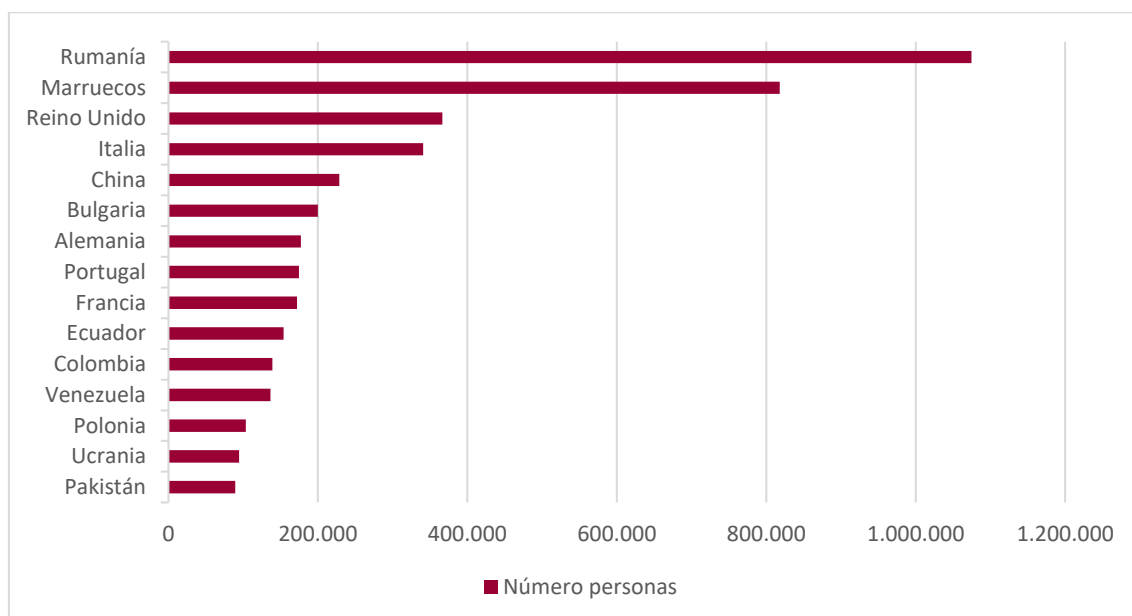
¹⁷² También su aplicación a los miembros de la familia del ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Art. 2 RD 240/2007, de 26 de febrero).

¹⁷³ Observatorio Permanente de la Inmigración (2020:1), en *Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor. Principales resultados*. Disponible en: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor. Principales resultados \(inclusion.gob.es\)](https://portal.inmigracion.gob.es/)

¹⁷⁴ Ya visible en el Gráfico 1.

residencia en vigor (Gráfico 3), estando Rumanía¹⁷⁵ en primer lugar, seguido de Marruecos. Paradójicamente, la percepción de los españoles sobre los inmigrantes que viven en España fue que la mayoría eran marroquíes (41'8%), seguidos de latinoamericanos (28'6%) y rumanos (24'9%)¹⁷⁶.

Gráfico 3. Extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor 30 junio 2020. Principales nacionalidades.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por el Observatorio permanente de la inmigración (2020:2).

Todo lo descrito, más los gráficos expuestos, permite aclarar al lector las principales características de los extranjeros que actualmente residen en España, siendo la mayoría ciudadanos de la UE pero, a su vez, siendo las dos principales nacionalidades – en cuanto a número – de nacionales de terceros países.

¹⁷⁵ Se recuerda que Rumanía es un país miembro de la UE desde el 1 de enero de 2007, a pesar de que actualmente se encuentra en proceso de adhesión al espacio Schengen.

¹⁷⁶ CIS (2017:2).

ANEXO II. Número de expulsiones según causa legal ejecutadas en 2018.

Tipología	Núm.
Comunitario, por infracción orden público código penal	88
Comunitario, por infracción orden público administrativo	6
Comunitario, infracción de la seguridad pública	18
Comunitario, contra la salud pública	1
Art. 15.1 R.D. 240/207 por razones de orden público	118
Art. 15.1 R.D. 240/207 por razones de seguridad pública	61
Art. 15.1 R.D. 240/207 por razones de salud pública	6
Condena judicial, código penal	2
Art. 89.1, párrafo 1º código penal. Expediente judicial sustitución pena inferior 6 años	52
Art. 89.1, código penal. Expediente sustitución pena superior a 1 año	743
Art. 89.1, párrafo 2º código penal. Expediente judicial sustitución pena \geq 6 años	10
Art. 89.2, código penal. Expediente judicial sustitución pena $>$ 5 años	150
Art. 89.5 código penal. Expediente judicial tercer grado $\frac{3}{4}$ partes condena	7
Art. 90.2 en relación con el artículo 96.3.2. Expediente judicial libertad condicional	166
Art. 53.1 a) LO 4/2000 por estancia irregular	1.978
Art. 53.1 b) LO 4/2000 por trabajar sin autorización de trabajo	4
Art. 54.1 a) LO 4/2000 actividad contra la seguridad nacional	21
Art. 53.1 f) LO 4/2000 por infracciones graves (LO 4/2015)	19
Art. 54.1 b) LO 4/2000 favorecer la inmigración irregular	1
Art. 57.2 a) LO 4/2000 por haber sido condenado	727
Art. 57.2.2, en relación con el artículo 57.8) LO 4/2000 contra derechos del trabajador	1
Art. 57.2.2, en relación con el artículo 57.8) LO 4/2000	2
TOTAL	4.181

Fuente: Defensor del Pueblo (2018:8).

ANEXO III. Convenios Internacionales en materia de inmigración

Convenios de flujos migratorios laborales.

Los países con los que España ha firmado un acuerdo en esta materia son Ucrania, Mauritania, República Dominicana, Marruecos, Ecuador y Colombia¹⁷⁷. Una de las motivaciones para la firma del mismo es que los nacionales de la parte contratante puedan gozar, de manera efectiva, de los derechos reconocidos en otros acuerdos internacionales, así como fomentar el desarrollo económico de ambos Estados y evitar la inmigración irregular.

La estructura de todos los acuerdos es semejante, partiendo de unas disposiciones generales cuyos objetos ya se han mencionado, seguido de la comunicación de las ofertas de empleo, las condiciones laborales y derechos sociales de los trabajadores, el retorno de los trabajadores y las disposiciones especiales sobre los trabajadores de temporada.

Convenios marco de cooperación en materia de inmigración.

Este tipo de acuerdo está pensado, tal y como disponen los preámbulos, para evitar los flujos migratorios irregulares, causantes del tráfico de personas y la explotación de trabajadores, y buscando el enriquecimiento mutuo de las partes contratantes. Lo cierto es que este acuerdo marco, firmado con Guinea Bissau, Níger, Mali, Cabo Verde, Guinea Conakry y Gambia¹⁷⁸, también cumple con el Acuerdo de Asociación entre las Comunidades Europeas y los Estados de África, Caribe y el Pacífico, que incluye la obligación de readmitir a los nacionales de un Estado que se encuentran irregularmente en territorio de otro Estado parte. También forma parte de la estrategia de la Unión Europea a favor de la estabilidad y la prosperidad del continente africano.

El sistema en el que se basa es la admisión de trabajadores, el retorno voluntario de personas, a integración de los residentes, la migración y desarrollo, la cooperación en la

¹⁷⁷ El acceso a todos los acuerdos con las partes firmantes está disponible en: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Convenios de flujos migratorios laborales \(inclusion.gob.es\)](https://portal.inclusion.gob.es/)

¹⁷⁸ Acceso a los acuerdos con las partes firmantes: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Convenios marco de cooperación en materia de inmigración \(inclusion.gob.es\)](https://portal.inclusion.gob.es/)

lucha contra la inmigración irregular y el tráfico de seres humanos y la readmisión de personas.

Convenios de readmisión de personas en situación irregular.

Este, junto al anterior, es uno de los acuerdos internacionales más importantes en materia de inmigración. Su importancia radica en la necesidad de cooperación entre los Estados para poner fin al flujo migratorio clandestino. La redacción general de alguno de sus artículos es la siguiente: *“Las autoridades fronterizas del Estado requerido readmitirán en su territorio, a petición formal de las autoridades fronterizas del Estado requeriente, a los nacionales de países terceros que hubieren entrado ilegalmente en el territorio de este último procedente del de Estado requerido”*¹⁷⁹. De esta manera, es posible apreciar que es una de las materias en la que más convenios se han firmado: Ex República Yugoslava de Macedonia, Suiza, Polonia, Argelia, Francia, Mauritania, Guinea Bissau, Italia, Estonia, Lituania, Letonia, Eslovaquia, Bulgaria, Rumanía, Portugal y Marruecos¹⁸⁰.

Si se acude al **Gráfico 3** del **Anexo 1**, es posible apreciar que muchos de los Estados con los que se ha firmado este Convenio bilateral, constituyen el grueso de nacionales con certificado de tarjeta o residencia en nuestro país.

Convenios de movilidad de jóvenes.

Están principalmente pensados para apreciar la cultura y forma de vida de cada país, así como brindar mayores oportunidades a los jóvenes nacionales. En esta materia, se puede comprobar como el cariz de los países con los que se firma el acuerdo es completamente diferente, puesto que estos son: República de Corea, Japón, Australia, Nueva Zelanda y Canadá¹⁸¹.

¹⁷⁹ Artículo 1 del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente.

¹⁸⁰ Acceso electrónico a dichos Convenios: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Convenios de readmisión de personas en situación irregular \(inclusion.gob.es\)](https://portal.inmigracion.gob.es/convenios-de-readmision-de-personas-en-situacion-irregular)

¹⁸¹ Visualización electrónica de los Convenios: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Convenios de movilidad de jóvenes \(inclusion.gob.es\)](https://portal.inmigracion.gob.es/convenios-de-movilidad-de-jovenes)

Convenios de doble nacionalidad.

En materia de extranjería no resulta muy usual que un mismo ciudadano pueda disponer, simultáneamente, de la nacionalidad de dos Estados. Sin embargo, debido al linaje histórico y a la existencia de un sustrato comunitario entre ellos, principalmente, debido a las migraciones por motivos laborales producidas varias décadas atrás. Es por ello, por lo que la mayoría de los países con los que España ha firmado este acuerdo, ha sido con Estados de Sudamérica: Colombia, Argentina, República Dominicana, Honduras, Costa Rica, Ecuador, Bolivia, Nicaragua, Perú, Paraguay y Chile¹⁸².

¹⁸² Acceso a los Convenios de manera electrónica: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Convenios de doble nacionalidad \(inclusion.gob.es\)](https://portal.inmigracion.gob.es/convenios)

ANEXO IV. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Antes de entrar a comentar el Tratado objeto del título, es importante hacer una mención previa al Tratado de la Unión Europea (TUE). Lo cierto es que, estrictamente en materia de regulación de extranjería no resulta relevante en cuanto al contenido, sin embargo, aquí se debe mencionar puesto que regula de forma general los valores, los objetivos, los principios democráticos, las instituciones, la acción exterior, la revisión de los diferentes tratados, así como la adhesión y la retirada, incluso el régimen lingüístico de la Unión Europea¹⁸³.

En cuanto al TFUE, y como su nombre indica, organiza el funcionamiento de la UE, determinando los ámbitos, la delimitación y las condiciones de ejercicio de sus competencias. Regula de forma detallada los principios, políticas, acciones exteriores de la UE, además de la organización institucional y financiera. El caso es que, en materia de extranjería este Tratado tiene un peso fundamental, pues los Títulos IV y V – de la Primera Parte – se encargan de regular todo lo relativo a la *Libre circulación de personas, servicios y capitales*, y al *Espacio de libertad, seguridad y justicia*. No es hasta el artículo 79, donde el legislador hace mención al término “expulsión” y cuyo contexto se resumen en que:

1. *La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.*
- c) *la inmigración y residencia ilegales, incluidas la **expulsión** y la repatriación de residentes en situación ilegal;*

¹⁸³ El primer tratado de la UE fue adoptado en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (en vigor desde el 1 de noviembre de 1993). A través de este, se creó la UE como ente político, no como organización internacional, fundado en las comunidades europeas entonces existentes. Su organización se basaba en las tres organizaciones internacionales fundacionales dotadas de personalidad internacional: TUE, TFUE y EURATOM. Lo cierto es que el TUE, ha sido modificado y completado por posteriores tratados, como los sucesivos tratado de adhesión de nuevos Estados miembros, el Tratado de Ámsterdam (1997) y el Tratado de Niza (2002). Finalmente, es el Tratado de Lisboa (2007), el que eliminó la Comunidad Europea, sustituida y sucedida por la UE, igualmente dotada de personalidad internacional (RAE, 2021).

3. *La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la **readmisión**, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros.*

Nuevamente, y como ya sucedía en los apartados del Derecho Internacional, la expulsión es una medida prevista y destinada a la gestión de los flujos migratorios y a la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. Este punto es importante, y será nuevamente recordado y puesto en contexto en apartados posteriores.

ANEXO V. Reglamentos y Decisiones relevantes en materia de inmigración de la UE.

1. Reglamentos.

Los reglamentos dictados por la UE en materia de inmigración son numerosos, si bien su labor fundamental es desarrollar lo dispuesto en los capítulos anteriormente citados del TFUE. Consecuencia de ello es que, los títulos de los mismos sean:

- Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.¹⁸⁴
- Reglamento (UE) nº 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.
- Reglamento (CE) nº 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países.
- Reglamento (CE) nº 1683/1995 del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado.

2. Decisiones.

Otra de las formas de las que dispone la UE para obligar a legislar o a regular una materia concreta, son las decisiones – que pueden tener o no un destinatario concreto – (art. 288 TFUE). Existen dos ámbitos, en tema de extranjería, sobre los versan las decisiones tomadas: acuerdos de readmisión e inmigración. Los primeros mencionados, versan sobre la readmisión de residentes irregulares con diferentes países y ciudades del mundo, lo que supone la activación de los mecanismos necesarios por parte de la UE y del tercer Estado para que dicho acuerdo pueda llegar a producirse.

¹⁸⁴ Modificado por el Reglamento (UE) 2019/592 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 2019, que modifica el Reglamento (UE) 2018/1806.

En relación con el segundo tipo, los temas tratados son¹⁸⁵ la creación de una Red Europea de Migración, el establecimiento de un mecanismo de información mutua sobre las medidas de los Estados miembros en materia de asilo e inmigración, la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión y, finalmente, la decisión marco destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, la circulación y la estancia irregulares. Es posible apreciar como el Consejo busca la cooperación y la armonización de la política migratoria de la UE, por lo que, para conseguirlo, la comunicación y la coordinación entre los Estados miembros es fundamental. Es decir, se pretende evitar que los Estados lleven a cabo políticas incompatibles entre ellos¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Para conocer en detalle cada una de las decisiones: [PORTAL DE INMIGRACIÓN. Inmigración \(inclusion.gob.es\)](http://portal.de.inmigracion.inclusion.gob.es)

¹⁸⁶ Un ejemplo de ello sería la prohibición de entrada del extranjero a cualquier Estado miembro de la UE o, también, que se tenga conocimiento, por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, de que se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países. En estos casos, la cooperación a nivel europeo es fundamental para que la política resulte lógica a efectos prácticos.