

# Proporcionalidad, primacía del Derecho de la Unión y beneficio político-criminal en la expulsión

## Proporcionalidad, primacía del Derecho de la Unión y beneficio político-criminal en la expulsión como medida sustitutiva de prisión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de expulsión administrativa:

I. El “rescate” por el Tribunal Supremo del principio de proporcionalidad en los expedientes de expulsión administrativa

La STS 366/2021, de 17 de marzo de 2021, de la Sección Quinta de lo Contencioso-Administrativo ha zanjado el debate acerca de la disyuntiva entre la sanción de multa y la expulsión gubernativa como solución a la estancia irregular de ciudadanos extranjeros en España. La conclusión a la que arriba el Alto Tribunal, ofreciendo una lectura omnicomprendensiva del Derecho de la Unión y la normativa nacional en materia de extranjería, estriba en la valoración de más factores concurrentes a la mera irregularidad de la situación administrativa de los extranjeros en nuestro país.

El eje en torno al que deberá pivotar la decisión de retorno es el principio de proporcionalidad, entendiéndose que un juicio de ponderación acorde será el que ponga en juego más factores pues la expulsión, configurada como auténtica última *ratio*, no puede ser *automática*: han de concurrir circunstancias agravantes que representen una motivación específica y distinta, o complementaria a la permanencia ilegal.

Celebramos por partida doble el esclarecimiento que supone esta reciente resolución, puesto que, por un lado, facilitará la labor de los compañeros dedicados a la defensa de los intereses de los ciudadanos extranjeros ante un [expediente administrativo de expulsión](#) (dándoles, a nuestro juicio, más base para delimitar en beneficio de sus representados los supuestos en que procede el retorno) y, por el otro, sitúa nuevamente en el centro el olvidado [principio de proporcionalidad](#).

Decimos olvidado porque la concreción de este concepto jurídico indeterminado es frecuentemente relegada en favor del imperio de la discrecionalidad judicial. Queremos ver en esta vuelta al principio de proporcionalidad, si quiera tangencialmente (por mor de dar cierre a un debate jurisprudencial y doctrinal), una apuesta por “*hilar más fino*” entre los Magistrados de nuestro Tribunal Supremo. En particular, deseamos que esta atención reforzada se expanda a la jurisdicción penal con la medida sustitutiva de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional (artículo 89 del Código Penal).

## II. La necesaria revisión de la expulsión como medida sustitutiva de prisión a la luz del principio de proporcionalidad y el Derecho de la Unión

El principio de proporcionalidad ya fue incorporado a la expulsión judicial en virtud del apartado 4º del artículo 89 CP en la reforma de 2015. La Circular 7/2015 de la Fiscalía: “*nuevos criterios sobre la expulsión de extranjeros como medida sustitutiva de la pena*” también tuvo a bien establecer directrices que le daban primacía en la actuación de los Sres. y Sras. Fiscales.

Como es conocido, el artículo 89.4 CP establece que no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulta

desproporcionada. No obstante, establece dos umbrales de excepcionalidad más cuando nos encontremos ante un ciudadano de la Unión Europea: sólo procederá su expulsión cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales. Más compleja es la expulsión cuando el extranjero comunitario hubiera residido durante los diez años anteriores en España.

Esta graduación escalonada implica una diferenciación no razonable, que no es acorde con los objetivos de la política criminal y que, además, no es coherente tampoco, por más que lo aparente, con el Derecho de la Unión. Desde nuestro punto de vista, la proporcionalidad sólo concierne a la peligrosidad criminal del sujeto penado en tanto en cuanto riesgo concreto y materializado para el orden o seguridad públicas. El resto de consideraciones suponen una inasumible discriminación en razón de la nacionalidad del condenado, estableciendo “*dos velocidades*” según se sea ciudadano comunitario o de tercer país. Esta reflexión igualmente la juzgamos extensible a la distinción entre [ciudadanos europeos](#) con menos y más de diez años de residencia en nuestro país.

No es respetuoso con el Derecho de la Unión, por ejemplo, cuando la STS 164/2018, de 6 de abril, de lo Penal, considera que, a efectos del artículo 89. 4, no merece el mismo tratamiento un ciudadano nacional de un Estado miembro de la Unión Europea y un residente en el espacio comunitario. No es tan simple como acudir al tenor literal del precepto y más cuando se invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como fundamento. “*Ciudadano de la Unión Europea*” a estos efectos no es sólo el nacional de un Estado miembro (artículo 9 del Tratado de la Unión) sino también el residente, puesto que la piedra de toque de la expulsión judicial no puede ser ni más ni menos que el arraigo y la peligrosidad criminal.

En este sentido, aunque tratamos de un contexto diferente, la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea extiende sus efectos no sólo a los ciudadanos de la Unión Europea sino también a nacionales de terceros países ubicados en un Estado miembro de la Unión. Regula el traslado para el cumplimiento al Estado en el que el ciudadano de la UE o tercer país viva, entendiendo éste como el lugar en el que posee vínculos, atendiendo a su residencia habitual y a criterios como los lazos familiares, sociales y profesionales; inspirándose en el fallo del Tribunal de Justicia en el asunto *Kozłowski*. En el meritado asunto, el TJUE declaró que el término “residente” significa que la persona ha establecido su residencia real en éste y habita en él, si, a raíz de una permanencia estable de cierta duración en ese Estado miembro, ha creado vínculos en ese Estado que tengan una fuerza similar a los resultantes de una residencia.

### **III. Lecciones de la jurisdicción contencioso-administrativa para la penal: la proporcionalidad como *ratio decidendi* alinea la expulsión judicial con su objetivo político-criminal y la primacía del Derecho de la Unión**

En suma, según nuestro criterio, aprovechando el interés redoblado y papel central asignado al principio de proporcionalidad por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tiene la oportunidad de realizar un paralelismo entre la expulsión administrativa o gubernativa y la expulsión judicial.

Jurisprudencialmente, reconduciendo la idoneidad de la expulsión judicial a los pilares de la peligrosidad criminal y arraigo, esto es, exigiendo un *plus* (circunstancias agravantes) a la mera perpetración delictiva cuando existe un mínimo arraigo en nuestro país.

Asimismo, asimilando, en consonancia con el Derecho de la Unión a efectos de ejecución de penas, la condición de ciudadano de la UE a la de *residente* extracomunitario. Todo ello de *lege lata*.

Y, por último, *de lege ferenda*, aconsejando una reforma del artículo 89 CP para, al menos, exigir en todo

supuesto, que sólo proceda la expulsión (salvedad hecha de que por ella opte el penado, que, en la práctica y contrariamente a su conceptualización dogmática y legislativa, puede verla menos gravosa) cuando la seguridad u orden públicos se vean amenazados por la actuación criminal del extranjero en una afectación material y concreta o riesgo ostensible. Sólo así el sentido último de la medida es respetado.