

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24759 *Sala Segunda. Sentencia 124/2024, de 21 de octubre de 2024. Recurso de amparo 2799-2023. Promovido por don Anass Touil respecto de las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca y un juzgado de lo penal de su capital que autorizaron su expulsión gubernativa. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, de defensa y a un proceso con todas las garantías: resoluciones judiciales que prescinden materialmente de la garantía de la audiencia. Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2024:124

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2799-2023, promovido por don Anass Touil contra el auto de 23 de marzo de 2023, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, por el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 19 de febrero de 2023, del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Palma de Mallorca, también impugnado, por el que se desestimó, a su vez, el recurso de reforma contra la providencia dictada por el mismo órgano en fecha 7 de febrero de 2023, igualmente recurrida, por la que se autorizó la expulsión gubernativa del ahora recurrente en el marco del procedimiento de ejecutoria núm. 3022-2021. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel.

I. Antecedentes

1. Con fecha 27 de abril de 2023 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal Constitucional un escrito de la procuradora de los tribunales doña Magdalena Darder Balle, en nombre y representación de don Anass Touil, bajo la dirección letrada de doña María del Carmen Serra Badía, por el que se interpuso recurso de amparo contra las resoluciones ya reseñadas, en las que se acordó y se confirmó la autorización judicial para su expulsión del territorio nacional adoptada por la autoridad gubernativa correspondiente, en su condición de penado en un procedimiento de ejecutoria penal.

2. Los hechos con relevancia para la resolución del presente recurso de amparo y a los que se refiere la demanda son los siguientes:

a) El ahora recurrente fue condenado en dos sentencias de conformidad de 29 de junio y 30 de noviembre de 2021 que, en lo que ahora interesa, le impusieron, por un lado, una pena de dos años de prisión como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada; y, por otro, una pena de seis meses de prisión como autor de un delito de robo con violencia en grado de tentativa. Ambas penas fueron suspendidas en las propias sentencias por tiempo de tres años.

b) En fecha 7 de febrero de 2023, el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Palma de Mallorca, como encargado de la ejecución de una de las penas y en el marco del procedimiento de ejecutoria núm. 3022-2021, recibió una solicitud de la Dirección General de la Policía, Jefatura Superior de Policía en Illes Balears formulada por el subgrupo operativo de extranjería de la comisaría local de Manacor, en la que se interesaba la autorización judicial para proceder a la expulsión gubernativa del ahora recurrente, de nacionalidad marroquí, prevista para el día 9 de febrero de 2023.

La solicitud se basaba en lo dispuesto en el art. 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx). Según se indicaba en el oficio policial, al ahora recurrente le constaba un decreto de expulsión dictado por la Delegación del Gobierno de Illes Balears, fechado el 2 de agosto de 2022, con número de expediente 070020220009198, con una prohibición de entrada en territorio nacional por un periodo de cinco años. En el oficio también se decía que se adjuntaba el decreto de expulsión que, sin embargo, no consta en las actuaciones.

c) Por medio de diligencia de ordenación del mismo día 7 de febrero de 2023, la letrada de la administración de justicia del órgano judicial acordó dar traslado de la solicitud «al Ministerio Fiscal y demás partes personadas para que en el plazo común de una audiencia aleguen lo que a su derecho interesen». La diligencia fue notificada al Ilustre Colegio de Procuradores de las Illes Balears el mismo día 7, a las 12:26 horas, y a la procuradora de la parte a las 15:59 horas.

d) La representación del ahora recurrente formuló sus alegaciones el día 8 de febrero de 2023, siendo presentadas telemáticamente a las 19:44 horas. En su escrito se oponía a la autorización de la expulsión. A su juicio, la lectura conjunta de los arts. 57.7 LOEx y 247 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante, Real Decreto 557/2011), determinan que el juez ha de autorizar la expulsión salvo que aprecie circunstancias que justifiquen su denegación. Entiende que estas circunstancias han de venir referidas al hecho delictivo y a la condena impuesta, no a las de carácter personal. Se trata de valorar si la jurisdicción española puede o no renunciar al ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En el caso concreto, según aduce, la expulsión implicaría, en primer lugar, un perjuicio a la víctima, que se vería imposibilitada de recibir el pago de la responsabilidad civil fijada en la sentencia; en segundo lugar, también para el penado, puesto que el incumplimiento de la obligación de abonar la responsabilidad civil –que figuraba expresamente como condición para la suspensión de la ejecución de la pena– implicaría, a su vez, la revocación de la suspensión; y, en tercer lugar, para la administración de justicia, puesto que la expulsión dificultaría su ulterior localización para el cumplimiento de la pena, tras la eventual revocación de la suspensión. Además, el recurrente destacaba que la sentencia no había sustituido la pena por su expulsión y que, en todo caso, la ejecución de la expulsión administrativa podría realizarse en un momento posterior, una vez cumplidas todas las responsabilidades penales. Al margen de lo anterior, el recurrente advertía que no le constaba que se hubiera solicitado la pertinente autorización judicial en el otro procedimiento en el que también estaba condenado, y con obligación de abono de responsabilidad civil en favor de la víctima, lo que implicaría los mismos perjuicios que en el presente caso.

e) El Juzgado acordó la autorización de la expulsión en una providencia del mismo día 7 de febrero de 2023. En esta resolución se hizo constar lo siguiente: «Visto el oficio de fecha de hoy del Subgrupo [Operativo] de Extranjería de la Comisaría Local de Manacor, oído el Ministerio Fiscal en informe de hoy que no se opone, se autoriza la expulsión gubernativa [...] en esta ejecutoria cuya pena de dos años de prisión está suspendida en sentencia». Esta providencia fue notificada al Ilustre Colegio de Procuradores de las Illes Balears a las 9:26 horas del día 8 de febrero de 2023, y a la procuradora de la parte a las 14:16 horas.

f) El mismo día 8 de febrero de 2023, a las 21:57 horas, la defensa del ahora demandante de amparo interpuso recurso de reforma contra la citada providencia. En lo que ahora interesa, en el recurso se alegó la vulneración de los derechos a la defensa, a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. El grueso de la argumentación se centraba en una idea principal: que el juzgado había autorizado la expulsión antes de que la defensa hubiera presentado sus alegaciones y, por lo tanto, sin tenerlas en cuenta, con manifiesta indefensión. La defensa consideraba que había presentado las alegaciones en plazo, puesto que incluso podría haberlas presentado el mismo día 9 de febrero, según la normativa sobre Lexnet; y que la celeridad no estaba justificada por la fecha prevista para la ejecución de la expulsión, dado que, de un lado, se han de respetar en todo caso los plazos concedidos para alegaciones y, de otro, la expulsión se podría haber ejecutado en un momento posterior. El resto del recurso reiteraba el contenido del escrito de alegaciones presentado con anterioridad, a fin de que se pudieran valorar las circunstancias invocadas en el momento de resolverse la impugnación. Se interesaba expresamente la suspensión de la ejecución de la providencia impugnada.

g) El recurso de reforma fue desestimado por auto de 19 de febrero de 2023 del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Palma de Mallorca. Señala, en primer lugar, que la celeridad de la decisión adoptada estaba justificada por tratarse de una expulsión gubernativa (art. 57.7 LOEx), no judicial; en segundo lugar, que la diligencia de 7 de febrero de 2023 concedió un plazo para alegaciones que no estaba previsto legalmente, ya que el art. 57.7 LOEx solo exige la audiencia al Ministerio Fiscal, que fue evacuada el mismo día; en tercer lugar, que la pena de prisión estaba suspendida, por lo que la denegación de la autorización estaría inmotivada; y, en cuarto lugar, que como la expulsión fue materializada el 9 de febrero de 2023, el recurso carecía de objeto.

h) Frente a este auto se interpuso recurso de apelación, en el que se alegaron los mismos derechos ya invocados en el previo recurso de reforma y se utilizaron los argumentos que ahora se reiteran en este amparo. En síntesis: no se respetó el plazo otorgado a las partes para alegaciones, autorizando la expulsión con carácter previo a su finalización; el art. 247 del Real Decreto 557/2011, sí recoge un traslado a las partes para alegaciones; no se tuvieron en cuenta las circunstancias concurrentes expuestas en el escrito de alegaciones, en las que se insiste; y, finalmente, no hay carencia de objeto del recurso, puesto que el reconocimiento de la vulneración de los derechos obligaría a la declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas y a la retroacción de las actuaciones, por lo que nada impediría que el recurrente reingresara en el territorio nacional para continuar con el cumplimiento de su condena.

i) El recurso de apelación fue desestimado por el auto núm. 243/2023, de 23 de marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Tras hacer una reseña literal del art. 57.7 LOEx, la Sala considera que «ningún derecho del penado se ha conculcado por el Juzgado, sino que se ha aplicado lo establecido en la ley, además de dar traslado al penado». En cuanto a la concurrencia de circunstancias que pudieran justificar la denegación de la solicitud policial, la Sala «no comparte el criterio del recurrente referido a que la existencia de dos condenas en suspensión es circunstancia que justifique la denegación de la autorización de expulsión administrativa».

j) El recurrente fue expulsado a Marruecos el día 9 de febrero de 2023, estando actualmente en su país de origen, según se indica en el escrito de demanda.

3. La demanda identifica las tres resoluciones judiciales impugnadas e invoca formalmente la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Tras hacer una amplia reseña de los antecedentes fácticos y procesales del asunto, el recurrente defiende la existencia de lesión con base en dos argumentos:

a) Se autorizó su expulsión sin su previa audiencia, al no haberse respetado el plazo que el propio juzgado otorgó a las partes para formular alegaciones. El juzgado

dictó la resolución con anterioridad a que el recurrente presentara en plazo sus alegaciones, como efectivamente hizo, de modo que no se tuvieron en cuenta, sin que hubiera necesidad de actuar con urgencia, dado que la expulsión se podía materializar en un momento posterior al del vuelo programado para el 9 de febrero de 2023.

b) El traslado a las partes sí está previsto en la legislación de extranjería, en concreto, en el art. 247 del Real Decreto 557/2011 que, a juicio del recurrente, matiza y desarrolla lo dispuesto en el art. 57.7 LOEx, que solo contempla el traslado al Ministerio Fiscal. Por lo tanto, las resoluciones impugnadas incurren en un error de interpretación de la normativa vigente para justificar su actuación, al entender innecesario un traslado para audiencia al interesado que sí está previsto en el art. 247 del Real Decreto 557/2011 y que no se respetó.

En aras de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, el recurrente sostiene, entre otros argumentos, que «no ha encontrado ninguna sentencia emanada por parte de este tribunal en la que se indique si [...] [en un supuesto como el ahora planteado], se tiene que otorgar, con carácter previo a dictarse la resolución correspondiente, audiencia al Ministerio Fiscal, al interesado y demás partes personadas [...] o por el contrario solo se tiene que dar audiencia al Ministerio Fiscal».

La demanda solicita el otorgamiento del amparo, con el reconocimiento de la vulneración de los derechos invocados, la declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas y la retroacción de las actuaciones a fin de que se dicte una nueva resolución en la que se tengan en cuenta sus alegaciones.

4. En virtud de providencia de la Sección Cuarta de fecha 12 de febrero de 2024 se acordó la admisión a trámite de este recurso de amparo, apreciando que concurre en él una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)], «porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)»]. Además, se acordó remitir atenta comunicación a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca y al Juzgado de lo Penal núm. 8 de Palma de Mallorca, a fin de que, en el plazo de diez días, remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los procedimientos en los que se dictaron las resoluciones impugnadas (recurso de apelación núm. 257-2023 y ejecutoria núm. 3022-2021, respectivamente). Del mismo modo, el juzgado debía emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer en el recurso de amparo.

5. En fecha 7 de marzo de 2024, el secretario de justicia dictó una diligencia de ordenación por la que se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, a fin de que presentaran sus escritos de alegaciones, conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTIC.

6. En fecha 10 de abril de 2024 se acordó dar un nuevo traslado para alegaciones a la parte recurrente, tras la subsanación de una incidencia informática puesta de manifiesto por medio de escrito presentado por su representación en fecha 9 de abril de 2024, para que pudiera acceder telemáticamente a las actuaciones remitidas por los órganos judiciales.

7. El 23 de abril de 2024, el fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó su escrito de alegaciones, en el que interesó la estimación del recurso de amparo.

Tras hacer una amplia reseña de los antecedentes de hecho que consideró de interés, de los motivos de amparo invocados por el recurrente, así como de la jurisprudencia y la normativa que entendió de aplicación, aborda la cuestión de fondo de forma sistematizada en tres bloques argumentales:

a) Falta de observancia del plazo de alegaciones. Para el fiscal, la evolución temporal expuesta pone de manifiesto que la providencia autorizando la expulsión se dictó antes de que transcurriera el plazo concedido al recurrente para presentar alegaciones. Con apoyo en el ATS 20607/2022, de 21 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:13781A), el fiscal entiende que el

plazo de una audiencia debía empezar a computarse el día 8 de febrero, por lo que finalizaba el día 9, sin perjuicio de la posibilidad de ampliación prevista en el art. 135.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), es decir, hasta las 15:00 horas del día 10 de febrero.

b) Errónea aplicación del art. 57.7 LOEx. Para el Ministerio Público, una vez firme la sentencia condenatoria, como era el caso, ya no puede hablarse de «procesado o imputado», sino de penado. En consecuencia, no resultaba de aplicación lo dispuesto en el art. 57.7 LOEx, sino el art. 89 del Código penal (CP).

c) Indefensión. El Ministerio Fiscal considera que el hecho de no respetar el transcurso del plazo concedido para alegaciones no pasaría de ser una mera irregularidad procesal si no fuera porque las alegaciones del recurrente no pudieron presentarse ni, por lo tanto, tenerse en cuenta a efectos de ponderar las circunstancias concurrentes y, en especial, la proporcionalidad de la medida. Por ello se generó la consiguiente merma del derecho de defensa y, por lo tanto, la correspondiente indefensión. Por otro lado, y a pesar de los términos taxativos del art. 57.7 LOEx, lo cierto es que el art. 89.3 CP, que sería el aplicable, exige la previa audiencia no solo al fiscal sino también a las demás partes. Añade que, además, la evolución jurisprudencial del Tribunal ha destacado la relevancia de la necesaria audiencia del interesado, tanto si se trata de un encartado, procesado o imputado como de un penado. Así, cita y reseña parcialmente la STC 24/2000, de 31 de enero (en relación con el art. 21.2 LOEx, en su redacción del año 1985, sobre la expulsión de un encartado), así como las SSTC 242/1994, de 20 de julio, y 113/2018, de 29 de octubre (en relación con la expulsión de un penado, recogida tanto en el anterior art. 21.2 LOEx como en el vigente art. 89 CP), y el ATC 189/2015, de 5 de noviembre, respecto del art. 89.1 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. El fiscal concluye que la inobservancia del plazo concedido, la errónea aplicación de la norma y la ausencia de la debida audiencia del recurrente determinaron que no se efectuara una ponderación de la proporcionalidad de la medida y su repercusión para el cumplimiento de la pena y para terceros, señaladamente, la víctima; con la consiguiente vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). El fiscal considera que el otorgamiento del amparo debe implicar la declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas.

8. Por medio de diligencia de 27 de mayo de 2024, el secretario de justicia hizo constar que, una vez presentado el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal y transcurrido el plazo conferido a la parte recurrente sin que conste la presentación de alegaciones, el recurso quedaba pendiente para deliberación cuando por turno correspondiera.

9. Por medio de providencia de 17 de octubre de 2024, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 21 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso y pretensiones de las partes.

Como se ha expuesto con detalle en los antecedentes de esta resolución, el presente recurso de amparo se dirige contra el auto de 23 de marzo de 2023, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, por el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 19 de febrero de 2023, del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Palma de Mallorca, también impugnado, y por el que se desestimó, a su vez, el recurso de reforma contra la providencia dictada por el mismo órgano en fecha 7 de febrero de 2023, igualmente recurrida, que autorizaba la expulsión gubernativa del ahora recurrente, en su condición de penado en el marco del procedimiento de ejecutoria núm. 3022-2021.

En su resolución, el Juzgado de lo Penal aplicó lo dispuesto en el art. 57.7 LOEx, de forma que autorizó la expulsión tras haber recabado únicamente el informe del Ministerio Fiscal exigido en ese precepto, sin esperar a la finalización del plazo concedido a las

demás partes personadas (señaladamente, al penado) para que presentaran sus alegaciones, que no se tuvieron en cuenta al dictarse la resolución con anterioridad a la expiración de ese plazo y a la presentación de los respectivos escritos. Los ulteriores recursos fueron desestimados con posterioridad a hacerse efectiva la expulsión.

El recurrente considera que las resoluciones impugnadas vulneran los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), así como los derechos a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), sobre la base de dos argumentos principales: por un lado, que la resolución que acordó autorizar su expulsión se dictó antes de que el recurrente presentara sus alegaciones y, por tanto, sin tener en cuenta sus argumentos, con la consiguiente indefensión; y, por otro, que el traslado a las partes para informe está previsto en la normativa sobre extranjería que, en consecuencia, se ha infringido.

El fiscal ha interesado la estimación del recurso de amparo por entender que las resoluciones impugnadas, a partir de la inobservancia del plazo procesal concedido, de una errónea aplicación de la norma (art. 57.7 LOEx en vez del art. 89 CP) y de la falta de la debida audiencia del recurrente, no efectuaron una ponderación de la proporcionalidad de la medida y determinaron su indefensión, vulnerando así sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías sin indefensión (art. 24.2 CE).

En atención al planteamiento de la demanda y las observaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal, resulta imprescindible efectuar varias precisiones iniciales sobre el objeto del recurso. La lesión constitucional que el recurrente denuncia –invocando los derechos a la tutela judicial efectiva, a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 y 2 CE)– se imputa a la ausencia de audiencia previa a la autorización por el juez de la expulsión administrativa. A diferencia del planteamiento más global mantenido en la jurisdicción ordinaria, en el que junto a la falta de audiencia se alegó reiteradamente sobre las concretas razones contrarias a autorizar la expulsión gubernativa, en la demanda de amparo no se llega a cuestionar la decisión de fondo que convalidó la ejecución de la expulsión administrativa. El reproche a la actuación judicial es previo: haber adoptado la decisión sin la debida audiencia, por lo que, en buena lógica, se insta la nulidad de las resoluciones impugnadas y la retroacción al momento anterior al dictado de la providencia inicial, para que se tengan en cuenta en el momento de la decisión las alegaciones de la parte. De otro lado, la queja nuclear de la demanda es la indefensión lesiva del art. 24.1 y 2 CE que se imputa a la falta de audiencia, o para ser más precisos, a la falta de verificación efectiva de la audiencia acordada previa a la autorización. En tal medida, la referencia normativa a la distinta previsión del art. 57.7 LOEx y del art. 247 del Real Decreto 557/2011, constituye un argumento secundario o derivado, dirigido a cuestionar el razonamiento de los órganos judiciales de que la falta de previsión normativa de la audiencia justificaba su ausencia, no la indefensión que se denuncia con carácter principal.

Delimitados así los términos del debate constitucional suscitado, este tribunal no va a entrar a dilucidar cuál es la normativa aplicable, la penal (art. 89 CP) o la administrativa (arts. 57.7 LOEx y 247 del Real Decreto 557/2011), ni, por ende, a determinar si es posible ejecutar la expulsión administrativa, cuyo concreto origen no se ha determinado, cuando se pretende no respecto a un imputado o encausado, sino respecto a un condenado (cuya ejecución de la pena privativa de libertad se halla en suspenso), ni, en fin, si, en la hipótesis de que cupiera tal expulsión en abstracto, era pertinente en el caso y estaba sometida a la previa autorización judicial. No se plantea en la demanda el carácter indebido de la autorización por un error en la selección de la norma aplicable ni se ha discutido al respecto en el proceso a *quo*. Y, por otro lado, como ya se ha dicho, la demanda no se dirige contra la decisión de permitir la expulsión en sí, sino contra el procedimiento seguido para ello.

En suma, la cuestión que nos corresponde resolver es la compatibilidad con el art. 24 CE, desde la perspectiva del derecho de defensa y la proscripción de indefensión, de la resolución judicial que autoriza la ejecución de una expulsión gubernativa sin dar

audiencia real y efectiva al interesado y, por ello, sin atender a sus alegaciones, así como de las posteriores resoluciones que la confirmaron. Es precisamente la definición de las garantías de defensa del interesado en esta situación, no abordada, como se verá a continuación, en la amplia doctrina constitucional sobre las garantías procesales en materia de expulsión de extranjeros, la que confiere trascendencia constitucional al recurso.

2. Doctrina constitucional concernida.

a) Prohibición de indefensión y derecho de defensa.

El art. 24.1 CE comprende el derecho a no sufrir indefensión, que en nuestra jurisprudencia se entiende como un derecho a la defensa contradictoria y se vincula con las garantías del proceso debido, reconocidas en el art. 24.2 CE, que requiere indefensión material (STC 94/2024, de 2 de julio, FJ 7.3.1, con ulteriores referencias). La proscripción de la indefensión puesta en relación con el reconocimiento del derecho de defensa, en el apartado segundo del mismo precepto constitucional, «significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes» (STC 29/2023, de 17 de abril, FJ 2, también con numerosas referencias). Se garantiza así «a los litigantes, en todo proceso y en todas sus instancias y recursos, un adecuado ejercicio del derecho de defensa que respete los principios de audiencia, contradicción e igualdad de armas procesales, asegurándoles la oportunidad de ser oídos y de hacer valer sus respectivos derechos e intereses legítimos» (STC 23/2003, de 10 de febrero, FJ 2).

El derecho a la defensa con contradicción «impone a los órganos judiciales el deber de excluir la indefensión, por lo que, cuando su actuación haya impedido a una parte, en el curso del proceso, el ejercicio de las facultades de alegación y, en su caso, de justificación de sus derechos e intereses legítimos, bien para la defensa de sus propias posiciones o bien para rebatir las posiciones contrarias, se vulnera el principio de contradicción y, por ende, el derecho a la tutela judicial (STC 1/1992, de 13 de enero), al no ser admisible un pronunciamiento de los jueces o de los tribunales sobre materias respecto de las que no ha existido la necesaria contradicción» (STC 23/2003, FJ 2).

Tan reiterada como la anterior jurisprudencia es la que limita la relevancia constitucional de la indefensión a la indefensión material: «la indefensión, que se concibe constitucionalmente como una negación de [la] garantía [de la tutela judicial] y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 CE, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión «material» y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de esta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquella. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías 'en relación con algún interés' de quien lo invoca (STC 90/1988)» (STC 181/1994, de 20 de junio, FJ 2, por todas).

b) Derecho de defensa y prohibición de indefensión en caso de expulsión de un extranjero del territorio nacional: garantía de audiencia.

La doctrina constitucional ha subrayado, en concreto, la importancia de la garantía de audiencia para asegurar el derecho de defensa de quien puede verse expulsado del territorio nacional y evitar su indefensión, tanto si la expulsión tiene un origen gubernativo como si obedece a la decisión del juez penal de sustituir la pena. Esta exigencia entronca con el deber de las autoridades competentes, judiciales o administrativas, de valorar «las circunstancias personales y familiares de la persona afectada, lo que implica efectuar un juicio de proporcionalidad de la medida entre sus consecuencias para el

expedientado y su núcleo familiar, y la finalidad perseguida por la ley con su ejecución, con el posible resultado de que tal medida resulte no ser procedente en el caso concreto» (STC 151/2021, de 13 de septiembre, FJ 2, con numerosas referencias y amplia descripción de los distintos supuestos). Ya la STC 242/1994, FJ 6, subrayaba que «[p]ara lograr esta adecuada ponderación, y la salvaguardia de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental [...], pues solo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita».

La verificación de la garantía de ponderación, singularmente la consideración de la existencia de arraigo social y familiar alegada, se ha exigido incluso cuando no estaba expresamente prevista en la norma aplicable (ATC 180/2015, de 3 de noviembre, FJ 4, y STC 29/2017, de 27 de febrero, FJ 5, ambas respecto del art. 89 CP en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio), habida cuenta de que en las instituciones que implican directa o indirectamente la salida del territorio nacional está en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como del art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (SSTC 46/2014, de 7 de abril, FJ 6; 131/2016, de 18 de julio, FJ 6, y 201/2016, de 28 de noviembre, FJ 3). De modo reflejo, la audiencia al penado deviene imprescindible para efectuar una correcta ponderación de los intereses y derechos en juego, debiendo arbitrarse aun cuando no se halle expresamente prevista en la norma (ATC 180/2015, FJ 4, y STC 113/2018, FFJJ 5 y 6).

En relación con la expulsión sustitutiva de la pena de prisión, el Tribunal ha especificado que la conexión entre la exigencia de audiencia y el deber de ponderar se extiende no solo a las circunstancias personales del interesado obstativas, sino también a aquellas otras que, aunque proceda la expulsión desde tal perspectiva, puedan, sin embargo, fundar la decisión excepcional de hacer cumplir la pena de prisión impuesta (o una parte de la misma) «para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito», tal y como prevé el art. 89.1 CP (STC 113/2018, FJ 5). En estos casos, el trámite de alegaciones «posibilita que el acusado pueda ejercer su derecho constitucional de defensa sobre la concreta forma de cumplimiento de la pena que se le va a imponer, pudiendo alegar acerca de cualquier circunstancia que estime conveniente» (STC 113/2018, FJ 5), haciendo factible la ponderación que debe efectuar el órgano judicial a través de una evaluación individualizada. En el asunto resuelto en la STC 113/2018 se estimó que la decisión judicial de acordar una sustitución solo parcial de la pena de prisión por expulsión sin dar audiencia a las partes para pronunciarse sobre esa posibilidad, que no habían estado presentes en el debate previo, en el que solo se discutió sobre la existencia de arraigo (que se descartó), vulneró el derecho de defensa, «sin que el hecho de que dicho trámite no estuviera previsto en la norma impida al órgano judicial realizar una interpretación más conciliadora con los principios que deben regir el proceso penal» (FJ 6).

También se ha pronunciado este tribunal sobre los casos en los que, tratándose del sujeto encartado, procesado o imputado, se solicita autorización al juez penal para ejecutar una expulsión administrativa (antiguo art. 21.2 LOEx, sobre el que se pronuncia la STC 24/2000, hoy prevista en el art. 57.7 LOEx). Esa resolución judicial no sustituye a la resolución administrativa, de modo que la medida sigue siendo una sanción administrativa, pero resulta necesaria para que la administración pueda llevar a efecto la expulsión de un extranjero. Corresponde al juez penal comprobar que concurre el presupuesto material que justifica la actuación administrativa, si bien el control pleno de la expulsión corresponde a los tribunales contencioso-administrativos, esto es, verificar que se cumple el presupuesto procesal penal (según el art. 57.7 LOEx, que el extranjero se encuentre «procesado o imputado») y decidir «si la autorización resulta preferible a la

continuación del procedimiento penal, ponderando las circunstancias concurrentes del caso» (STC 24/2000, FFJJ 4 *et passim*). De forma paralela al supuesto en el que se resuelve sobre una expulsión parcial en sustitución de la pena respecto de un condenado «expulsable» desde la consideración de sus circunstancias de arraigo (STC 113/2018), también aquí resulta decisiva la ponderación individualizada para decidir sobre la concurrencia o no de circunstancias que justifiquen la denegación. Serán elementos vinculados al proceso penal y al ejercicio del *ius puniendi* los que, en su caso, pueden justificar no autorizar la expulsión gubernativa, por más que la sanción administrativa sea procedente conforme a la legalidad y las circunstancias del caso, en especial, las personales y de arraigo del interesado. Y en tal medida, el juez debe resolver tras haber oído al interesado, tal y como, por otro lado, dispone el art. 247 del Real Decreto 557/2011.

El anterior repaso ofrece un panorama completo de las exigencias de ponderación y audiencia que requiere no solo la decisión de expulsar a un extranjero, tenga un origen gubernativo o penal, sino también la autorización por parte del juez penal de una expulsión acordada por la autoridad gubernativa. La jurisprudencia constitucional es consciente de que toda decisión relativa a la expulsión del territorio nacional de un extranjero –sea adoptada por la autoridad gubernativa o por el juez penal, también la autorización por este juez de la ejecución de la expulsión administrativa– incide de forma radical en la situación de la persona y afecta a sus derechos fundamentales, además de concernir a otros intereses constitucionales. Esta premisa impone la exigencia de audiencia real y efectiva del interesado, aun cuando no exista disposición específica en la ley que la indique (SSTC 242/1994, FJ 6, y 113/2018, FJ 6, y ATC 189/2015, FJ 5), con la finalidad de propiciar el debate contradictorio tanto sobre las razones que abonan la expulsión como sobre las que avalan la permanencia en España, en particular, las vinculadas al ejercicio del *ius puniendi* y, en último término, al cumplimiento de una condena.

3. Enjuiciamiento del caso.

La aplicación de esta doctrina lleva a apreciar la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías, como se denuncia en la demanda.

Conforme se ha descrito en los antecedentes, en el asunto que ahora se analiza:

(i) La pena de prisión de dos años a la que, entre otras, fue condenado el recurrente no se tradujo en su expulsión como sustitutivo penal, sino que se hallaba suspendida por tiempo de tres años, sin que conste en la sentencia las circunstancias –personales, de arraigo o vinculadas a finalidades punitivas– que fundaron tal decisión.

(ii) En el marco de la ejecución de la sentencia la Policía solicitó, en oficio de 7 de febrero de 2023, al Juzgado de lo Penal núm. 8 de Palma de Mallorca autorización para ejecutar la expulsión gubernativa del condenado el día 9 de febrero de 2023. Para responder a la solicitud, el juez concedió un plazo común de una audiencia al Ministerio Fiscal y demás partes personadas. Sin embargo, el mismo día del traslado, 7 de febrero de 2023, el fiscal informó que no se oponía a la autorización y, sin solución de continuidad, por providencia de la misma fecha el juzgado accedió a la expulsión gubernativa.

(iii) El día siguiente, 8 de febrero, se notificó la providencia a la representación procesal del recurrente y se comunicó al subgrupo operativo de extranjería de la comisaría local de Manacor. Esa misma tarde, dentro del plazo de audiencia conferido, el recurrente formuló escrito de alegaciones en el que solicitaba la denegación de la autorización de expulsión en atención a las circunstancias del hecho delictivo y de la condena impuesta. Y, al mismo tiempo, recurrió en reforma la mencionada providencia, solicitando la suspensión urgente de la ejecución recurrida.

(iv) Las autoridades policiales comunicaron al Juzgado de lo Penal núm. 8 de Palma de Mallorca, en oficio de 9 de febrero, que el recurrente había sido trasladado el día anterior para su expulsión por vía aérea.

(v) El auto de 19 de febrero de 2023 del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Palma de Mallorca desestimó el recurso de reforma, con base en la previsión de audiencia solo al Ministerio Fiscal del art. 57.7 LOEx, motivo que reiteró la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el auto que desestimó la apelación.

La anterior secuencia, no controvertida en las resoluciones judiciales, muestra que la decisión que autorizaba la expulsión –y descartaba implícitamente la existencia de razones contrarias a su adopción– se tomó sin oír al interesado y, por ello, sin atender sus alegaciones. El órgano judicial desconoció la necesidad de someter a debate contradictorio una decisión que, si bien no es la de expulsión, condiciona su ejecución, y en la que debe realizarse una ponderación individualizada de circunstancias, incluso si se parte, como sostenía el demandante en su escrito de 8 de febrero de 2023, de que los daños a valorar no son circunstancias personales, sino relacionados con el hecho delictivo y la condena impuesta: imposibilidad de abonar la responsabilidad civil con perjuicio para la víctima y riesgo de revocación, falta de control del cumplimiento de las condiciones de la suspensión, no haberse acordado la expulsión en la sentencia condenatoria o falta de autorización en la otra ejecutoria, en la que igualmente se perdería el control del cumplimiento.

Frente al planteamiento del demandante tanto en el proceso *a quo* como en su recurso, es cierto que, como aduce el fiscal, el art. 57.7 LOEx, que invocan y aplican las resoluciones impugnadas, no atañe a la expulsión administrativa de un penado, sino a la de un imputado o procesado, sin que la ley contenga una previsión paralela en relación con la eventual posibilidad de expulsar a un condenado; menos aún, a aquel cuya pena de prisión se halla suspendida. Como se precisó en el primer fundamento, no corresponde aquí dilucidar cuál era la norma aplicable al caso ni, en general, si es posible ejecutar un decreto de expulsión relativo a un penado que está cumpliendo su condena, cuestiones que no fueron objeto de debate previo en la jurisdicción penal ni planteadas en la demanda de amparo. Nos corresponde apreciar si, abierto un incidente en la ejecutoria penal para la autorización de la expulsión gubernativa del condenado – que tiene tanta trascendencia para la esfera de derechos e intereses del penado, para los intereses de terceros, víctimas o perjudicados, y para los intereses generales–, el órgano judicial competente obvió la audiencia real y efectiva del interesado que era imprescindible para garantizar su derecho de defensa y, en último término, una resolución que ponderara todas las circunstancias relevantes.

Pues bien, el Tribunal considera que carece de la más absoluta lógica jurídica ofrecer audiencia al afectado, y posibilitar que formule alegaciones en defensa de sus intereses, para luego desentenderse del método del contradictorio y despreciar cualesquiera de sus argumentos, ignorándolos completamente al dictar la resolución antes incluso de que transcurriera el plazo concedido y sin que hubiera podido materialmente presentar su escrito. La garantía de audiencia, consustancial al derecho de defensa, resulta indispensable para que puedan exponerse las circunstancias y datos que han de tenerse en cuenta en la ponderación judicial. Al prescindirse de ella se colocó al recurrente en una situación objetiva de indefensión, porque se impidió que sus alegaciones sobre aspectos básicos determinantes de una eventual alteración sustancial de su situación procesal fueran tenidas en cuenta por el órgano judicial. Elementos y circunstancias que luego adujo el recurrente y no pudieron ser objeto de ponderación judicial. De manera que la autorización de la expulsión administrativa se pronunció, por ausencia de contradicción, sin tomar en consideración factores relevantes sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas en la suspensión de la ejecución de la pena, responsabilidad civil, los intereses de víctimas y perjudicados, que implicaban la pérdida del control de la ejecución penal por el órgano judicial.

La actuación descrita, al impedir al recurrente presentar alegaciones y al no valorar las razones que ofreció en plazo para oponerse a la convalidación judicial de la expulsión

gubernativa, produjo una merma de su derecho de defensa, afectación que se consolidó al ejecutarse la expulsión inmediatamente.

Por todo ello, este tribunal considera que la actuación judicial en este caso, al suprimir de *facto* la audiencia previa del interesado, vulneró su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), puesto en relación con el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Conforme a lo solicitado por el recurrente, la estimación del presente recurso, además del reconocimiento de los derechos fundamentales vulnerados, conlleva la declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas para retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la providencia de 7 de febrero de 2023, para que el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Palma de Mallorca, a la vista de las alegaciones que presentó en plazo el ahora recurrente, decida la solicitud de autorización de expulsión previa adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo formulado por don Anass Touil y, en su virtud:

1.º Declarar que han sido vulnerados sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas. En concreto, la providencia de 7 de febrero de 2023, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Palma de Mallorca en el marco del procedimiento de ejecutoria núm. 3022-2021; así como el auto de 19 de febrero de 2023 del mismo juzgado y el auto de 23 de marzo de 2023, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, por los que se desestimaron, respectivamente, los recursos de reforma y apelación interpuestos contra la citada providencia.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la providencia de 7 de febrero de 2023, a fin de que el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Palma de Mallorca dicte una resolución que sea respetuosa con los derechos fundamentales del recurrente, en los términos señalados en esta sentencia.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil veinticuatro.—Inmaculada Montalbán Huertas.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—César Tolosa Tribiño.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan los magistrados don Enrique Arnaldo Alcubilla y don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2799-2023

Con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulamos el presente voto particular para exponer las razones de nuestra discrepancia con la fundamentación y el fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 2799-2023, el cual, a nuestro juicio, debió ser desestimado.

La sentencia de la que discrepamos estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a la defensa y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), de don Anass Touil, porque dictada una resolución administrativa de expulsión, se recabó autorización judicial para su ejecución y esta autorización se otorgó sin «oír al interesado».

No obstante, entendemos que ni los hechos que han dado lugar al presente recurso de amparo ni el marco jurídico que le sirve de sustento permiten llegar a esa conclusión, dado que para ejecutar la resolución administrativa firme de expulsión en cuestión no era necesaria autorización judicial alguna –ni por ende audiencia previa al recurrente– ni tampoco es posible concluir que se produce indefensión cuando dicha supuesta falta de audiencia es recurrida en dos instancias judiciales distintas que dan respuesta a sus alegaciones; los pronunciamientos de este tribunal en los que la sentencia de la mayoría se apoya para estimar el recurso de amparo se refieren a supuestos distintos que no son extrapolables, no siendo posible deducir en ningún caso de la doctrina consolidada de este tribunal una suerte de requisito general de dar una audiencia judicial antes de ejecutar cualquier resolución administrativa de expulsión, con abstracción del marco jurídico que es procedente aplicar en cada caso.

1. No era necesaria la autorización judicial para ejecutar la expulsión acordada en una resolución administrativa.

Como se relata en los antecedentes de hecho de la sentencia, don Anass Touil, el recurrente, había sido condenado en dos sentencias de conformidad de 29 de junio y 23 de noviembre de 2021, que le impusieron sendas penas de dos años de prisión como autor de un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada, y de seis meses de prisión como autor de un delito de robo con violencia en grado de tentativa, penas que fueron suspendidas en las propias sentencias por tiempo de tres años.

Pues bien, es evidente que en este supuesto no era necesaria autorización judicial alguna, autorización judicial que únicamente se exige conforme al artículo 57.7 LOEx, y al artículo 247 del Real Decreto 557/2011, cuando el extranjero se encuentre «procesado» o «imputado» en un procedimiento penal –con excepción de determinados delitos– mientras que en el presente supuesto el recurrente ya había sido «condenado», no existiendo procedimiento penal en curso alguno.

La sentencia hace abstracción de esta cuestión que es fundamental y después de afirmar como principio que no es necesario entrar a dilucidar si era o no necesaria la autorización judicial en este supuesto, se desdice posteriormente para afirmar sin examen alguno del marco jurídico aplicable, y en contra de esta premisa general, que «[e]l órgano judicial desconoció la necesidad de someter a debate contradictorio una decisión que, si bien no es la de expulsión, condiciona su ejecución, y en la que debe realizarse una ponderación individualizada de circunstancias», e incluso que «el órgano judicial competente obvió la audiencia real y efectiva del interesado que era imprescindible para garantizar su derecho de defensa y, en último término, una resolución que ponderara todas las circunstancias relevantes».

No compartimos que se establezca una suerte de requisito general de audiencia «judicial» antes de ejecutar cualquier resolución administrativa de expulsión sin tener en cuenta el marco jurídico aplicable, que solo exige autorización judicial en determinados y concretos supuestos, y sin que las sentencias en las que se apoya esta postura sean extrapolables, tal y como explicamos a continuación.

2. Los pronunciamientos en los que se basa la sentencia no son extrapolables al supuesto que nos ocupa.

La sentencia de la mayoría hace un examen sesgado de los pronunciamientos de este tribunal deduciendo una suerte de principio general de «audiencia» al extranjero que va a ser expulsado que no es proyectable en el presente recurso de amparo por las siguientes razones:

a) Por un lado, se traen a colación aquellas sentencias en las que hemos hecho referencia a la necesidad de ponderar las circunstancias personales y familiares por quien tiene atribuida legalmente la competencia para adoptar una decisión, bien una autoridad administrativa, bien una autoridad judicial, pero en virtud de una facultad decisoria que a esta autoridad se le ha atribuido legalmente.

(i) Este es el supuesto de la STC 151/2021, en la que se apoya la mayoría, que cuando explica la necesidad de dar audiencia por autoridades «judiciales o administrativas» para valorar las circunstancias personales y familiares, lo establece para los supuestos en los que se tiene que valorar y ponderar en atención a dichas circunstancias si es procedente dictar una resolución administrativa de expulsión. Es una valoración que corresponde, en primer término, a la autoridad administrativa que tramita el expediente administrativo que conduce a adoptar dicha decisión administrativa de expulsión, y, en su caso, a la autoridad judicial que revise en sede judicial dicha decisión administrativa; pero la valoración judicial en este supuesto lo es únicamente en la medida en que la jurisdicción contencioso-administrativa es revisora de la actuación administrativa, no porque sea necesaria autorización o valoración judicial alguna para adoptar una resolución administrativa de expulsión.

(ii) De forma similar la sentencia de la mayoría hace uso de la doctrina constitucional sobre la necesidad de que el órgano judicial valore el arraigo al acordar la sustitución de la pena por la expulsión, supuesto previsto en el art. 89 CP, tal y como dijimos en la STC 29/2017, en la que se apoya la sentencia de la mayoría; pero de nuevo este criterio no es extrapolable, al presente caso, porque una cosa es que el órgano judicial pondere las circunstancias concurrentes antes de adoptar una decisión judicial que solo a él le compete legalmente –acordar en su caso la sustitución de la pena por la expulsión– y otra muy distinta es exigir una ponderación de un órgano judicial al que no le corresponde adoptar decisión alguna.

b) Por otro lado, la sentencia de la que discrepamos hace también un uso inadecuado de la STC 24/2000, pronunciamiento que se limita a analizar determinados aspectos del trámite de la autorización del juez penal para ejecutar una expulsión administrativa del «encartado», «procesado» o «imputado»; de nuevo, estamos ante un trámite que existe *ex lege*, y la valoración judicial es procedente porque el órgano judicial tiene que dar cumplimiento al mandato del artículo 57.7 LOEx y del artículo 247 del Real Decreto 557/2011, que exigen autorización judicial en dichos supuestos.

El hecho de que para ejecutar la expulsión del «encartado», «procesado» o «imputado», se exija legalmente una autorización judicial no puede ser base para considerarla idónea en el presente recurso de amparo donde ya existe una condena penal. La razón de que se exija una autorización judicial en el primer supuesto, como explica la STC 24/2000, radica en la necesidad de que el Juzgado de Instrucción verifique «si la autorización resulta preferible a la continuación del procedimiento penal, ponderando las circunstancias concurrentes del caso (arts. 21.2 y 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985)», lo cual no es necesario cuando ya existe una condena penal.

3. No puede haber indefensión por no realizar un trámite inexistente.

Es cierto que por oficio de la policía se dio traslado –de forma incorrecta– al Juzgado de lo Penal solicitado autorización judicial para proceder a la ejecución del decreto de expulsión, y que dicha autorización se otorgó por providencia de 7 de febrero de 2023, oído solo el Ministerio Fiscal, pero ninguna indefensión se le pudo materialmente producir al recurrente por no ser oído porque no existiendo la obligación de solicitar dicha autorización judicial, no era necesaria tampoco la audiencia cuya falta se denuncia: falta el presupuesto de la existencia de una irregularidad.

A lo que se debe añadir que en los recursos de reforma y apelación que el recurrente interpuso se le dio respuesta a las alegaciones de fondo planteadas, explicando más concretamente el auto de 23 de marzo de 2023, dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que desestima el recurso de apelación, que no se ha conculcado ningún derecho al penado, sino que solo se ha aplicado lo establecido en la ley, además de dar traslado al penado, y que en cuanto a la concurrencia de circunstancias que justifiquen la denegación de la autorización explica que la existencia de dos condenas en suspensión no es circunstancia que justifique la denegación de la autorización de expulsión administrativa.

En conclusión, y a la vista de todo lo expuesto, no puede afirmarse que existió una indefensión material, ni tan siquiera formal –pues el trámite de autorización, insistimos, no era exigible–, de modo que no ha existido un perjuicio real y efectivo para el recurrente en sus posibilidades de defensa.

Y en este sentido emitimos el presente voto particular.

Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil veinticuatro.–Enrique Arnaldo Alcobilla.–
César Tolosa Tribiño.–Firmado y rubricado.