



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Dictamen elaborado por José Vera Martín

Con objeto de la defensa de ciudadanos extranjeros progenitores de menor de edad español en caso de propuesta de expulsión.

Directores

José Luis Bermejo Latre

Isabel Guillén Broto

Facultad de Derecho de Zaragoza

2017/2018

Índice

RELACIÓN DE ABREVIATURAS UTILIZADAS	3
I. ANTECEDENTES DE HECHO	5
1. DOCUMENTACIÓN.....	7
2. CUESTIÓN PLANTEADA	7
3. NORMATIVA	8
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	9
1. ARGUMENTOS DE FONDO	9
1.1 Tramitación de la expulsión por el procedimiento preferente.....	9
1.2 Motivo de expulsión.....	12
1.3 Arraigo familiar y no expulsión de ciudadanos españoles	13
1.4 Derechos de los menores de edad.....	15
1.5 Aplicación del CEDH.....	16
1.6 La expulsión administrativa de ciudadanos extranjeros después de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, Subdelegación del Gobierno en Guipuzkoa-Extranjería y Samir Zaizoune.....	17
1.7 Aplicación del Reglamento de Régimen Comunitario.....	24
1.8 Medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución recurrida	29
2. ARGUMENTOS PROCESALES	31
2.1 Vía administrativa	32
A) Procedimiento Preferente	33
B) Procedimiento Ordinario	35
C) Aplicación de los requisitos del Reglamento de Régimen Comunitario	36
2.2 Vía Contencioso-Administrativa.....	37
A) Recurso Contencioso-Administrativo	37
B) Recurso de apelación en vía contencioso-administrativa.....	38
C) Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo.....	39
a) Cuestión Prejudicial	41
2.3 Otros recursos posibles.....	43
A) Cuestión de inconstitucionalidad.....	43
B) Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional	45
C) Demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	47
III. CONCLUSIONES	50
IV. ANEXO DE RECURSOS EMPLEADOS	54

RELACIÓN DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

- Art.: Artículo.
- CE: Constitución Española.
- CEDH: Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
- F.D.: Fundamento de Derecho.
- F.J.: Fundamento Jurídico.
- LOEx: Ley Orgánica sobre Derecho y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
- LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.
- LRJCA: Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- UE: Unión Europea.
- *Vid.*: Véase.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

En primer lugar y antes de comenzar a dar una respuesta fundada en Derecho a la cuestión planteada, es necesario apuntar la situación existente de la que deriva el problema jurídico objeto de dictamen. Se ha recibido por parte de Dña. Julia, de nacionalidad venezolana y residente en España de forma continuada desde febrero de 2009, la encomienda de realizar un dictamen jurídico a fin de explicar y estudiar las posibilidades de defensa ante un procedimiento sancionador iniciado con fecha 9 de noviembre de 2017, derivado de una presunta infracción administrativa dentro del ámbito de extranjería, debido a su situación irregular en España. La cliente es madre de una niña menor de edad nacida el 21 de mayo de 2013 en España y de padre español. La niña padece una patología cardíaca diagnosticada, y se encuentra bajo guarda y custodia de la madre, tal y como consta en Sentencia de divorcio de fecha 14 de septiembre de 2013.

El conocimiento por parte de la Administración de estas circunstancias se debe a labores de control policial acerca de la situación jurídica en que se encuentra la solicitante de este dictamen dentro de nuestras fronteras. Tras ello, se produce denuncia por el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, adscrito a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, poniendo en conocimiento que por parte de la cliente se han realizado varios trámites para conseguir autorización de residencia temporal, pero que todos ellos han sido denegados. A su vez, se indica que existen reseñas suyas debido a delitos cometidos en nuestro país, tales como conducción sin permiso en fecha 12 de enero de 2010 y quebrantamiento de condena en fecha 2 de octubre de 2014. Estos hechos consideran que pueden ser constitutivos de una presunta infracción administrativa a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derecho y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, la 11/2003, de 29 de diciembre, la 14/2003, de 20 de noviembre y la 2/2009 de 11 de diciembre (en adelante LOEx), en concreto de la infracción contenida en el art. 53.1.a), que establece:

«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.»

Vista la denuncia relativa a Dña. Julia como ciudadana extranjera, se señala dentro del Acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador que atendiendo a los hechos expuestos y al precepto presuntamente infringido, la sanción que puede llegar a imponerse es la de multa en cuantía de 501 hasta 10.000 euros, según lo dispuesto en el art. 55.1.b) LOEx o la de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un periodo de hasta cinco años, de conformidad con el art. 57.1 LOEx, en relación con el 58.1 y el art. 245 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (en adelante Reglamento LOEx). Dicha prohibición de entrada será extensible, según el art. 96 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen a los Estados parte del mismo.

Debido a que, según se expone en el referido Acuerdo, se carece de elementos suficientes para determinar la existencia o no de riesgo de incomparecencia por su parte, se solicita se practiquen de forma urgente las actuaciones precisas para su averiguación, interesando que cuando se disponga de las mismas se concrete y notifique que el procedimiento puede continuar por el cauce preferente u ordinario.

Una vez realizadas las gestiones para conocer la existencia o no de riesgo de incomparecencia, se constata, a tenor de la resolución que acuerda que el procedimiento a seguir es el procedimiento preferente (art. 63.1 LOEx, en relación con los artículos 234 y siguientes del Reglamento LOEx), que no se ha facilitado domicilio, situación ésta que imposibilita cualquier tipo de notificación sobre su expediente; que, a su vez, no consta ninguna nueva gestión para regularizar su situación; que le constan, como ya se ha referido, antecedentes policiales; que se desconocen cuáles son las fuentes de ingresos de Dña. Julia, y por último, que se desconoce cualquier tipo de arraigo o vínculo familiar en España.

En dicha resolución también se comunica que, en atención a las circunstancias que concurren, y de conformidad con el art. 55.3 en relación con el 57.1 LOEx, se propondrá la expulsión del territorio nacional, con el efecto inherente a la misma de la prohibición de entrada al territorio indicado por un período máximo de cinco años.

1. DOCUMENTACIÓN

Como documentación de partida se ha contado, para realizar este dictamen, con los siguientes documentos: En primer lugar, la denuncia de fecha 9 de noviembre de 2017 derivada del control específico de detenidos por presuntos ilícitos penales para la comprobación de la situación legal en España de la presunta autora. En segundo lugar, con el Acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador dimanante de la LOEx de fecha 9 de noviembre de 2017. Por último, se ha tenido acceso a la resolución de igual fecha, que acuerda que el referido procedimiento administrativo sancionador sea el procedimiento preferente del art. 63.1 de la LOEx.

A su vez, se ha contado con la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Violencia, derivada del procedimiento de Familia Guarda y Custodia N.º 17/2013 de fecha 14 de septiembre de 2013 en la que se establece la guarda y custodia de la menor en favor de Dña. Julia. Por otro lado, se ha facilitado copia del pasaporte de la cliente, certificado de nacimiento de la menor, informe médico de cardiología de la menor, fotocopia del DNI del padre, certificado de empadronamiento de la cliente, sentencias del juzgado de lo penal derivadas del delito de conducción sin permiso de fecha 12 de enero de 2010 y del delito de quebrantamiento de condena de fecha 2 de octubre de 2014, providencias de fechas 15 de mayo de 2010 y 3 de mayo de 2015, en que constan cumplidos los mismos y otras solicitudes anteriores para la obtención de residencia temporal en nuestro país de fechas 6 de mayo de 2010 y 19 de junio de 2015.

2. CUESTIÓN PLANTEADA

Ante esta situación y atendiendo a la documentación aportada, se solicita respuesta fundada en Derecho acerca de las posibilidades de que este expediente administrativo finalice en expulsión administrativa del territorio nacional y las alternativas jurídicas para evitar que esto ocurra. Por ello, se solicita a este despacho profesional este dictamen, en el cual se debe informar sobre los argumentos que podrían ser empleados para evitar esta expulsión y el *iter* procesal a seguir, tanto en vía administrativa como judicial.

Hay que tener en cuenta que la expulsión de Dña. Julia podría suponer que su hija abandonara igualmente el país, puesto que se encuentra bajo su guarda y custodia y a su

vez, privaría de visitas al padre de la menor. Esta situación significaría la salida de nuestro país de una ciudadana española y por ende de la Unión Europea (en adelante UE) al verse expulsada la persona que ostenta su guarda y custodia, tal y como quedó establecido en la sentencia de divorcio.

Así, es necesario estudiar pormenorizadamente la referida situación, así como las posibilidades que existen de que no se lleve a efecto la posible expulsión del país de Dña. Julia, atendiendo a los posibles argumentos jurídicos que pueden ser empleados, observando las alternativas viables que se ven contenidas en la normativa relativa a este tipo de supuestos y en la jurisprudencia existente que pueda sernos de utilidad en su defensa. Una vez contemplados y examinados detenidamente todos los argumentos jurídicos favorables para una terminación satisfactoria de la situación, se irán relacionando y explicando los diversos procedimientos a seguir tanto en vía administrativa como judicial dentro del orden contencioso-administrativo en el supuesto de que no se vean observadas nuestras pretensiones.

3. NORMATIVA

Para la elaboración de este dictamen se ha tenido en cuenta la siguiente normativa:

- Constitución Española (en adelante CE).
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC).
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ).
- Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante Ley de Protección Jurídica del Menor).
- Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LRJCA).
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derecho y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por las leyes orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, la 11/2003, de 29 de diciembre, la 14/2003, de 20 de noviembre y la 2/2009 de 11 de diciembre (LOEx).
- 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 (Reglamento LOEx).

- 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 (en adelante Reglamento de Régimen Comunitario).
- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en adelante Directiva de Retorno).
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015).
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al cual se adhirió España mediante Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente (en adelante CEDH).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE).

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. ARGUMENTOS DE FONDO

Para analizar de forma exhaustiva la mejor defensa posible en su situación, derivada del acuerdo de iniciación del procedimiento preferente de expulsión en el que se propone la expulsión de territorio nacional con prohibición de entrada en España durante cinco años extensible a todos los territorios de los Estados parte del Convenio de participación del Acuerdo Schengen, es necesario ir desgranando las posibilidades de defensa ante el contenido del citado Acuerdo a fin de encontrar la mejor respuesta en Derecho para la salvaguarda de los intereses de Dña. Julia.

1.1 Tramitación de la expulsión por el procedimiento preferente

En primer lugar, este procedimiento sancionador debía haberse iniciado por el procedimiento ordinario y no por el preferente. La diferenciación de estos procedimientos

se encuentra en la LOEx y se explicará con detalle en el apartado dedicado a la vía administrativa de este dictamen.

Por este motivo, hay que dar respuesta al hecho de que en el Acuerdo de iniciación del procedimiento preferente de expulsión, se fundamenta su inclusión en el supuesto de infracción administrativa recogido en el art. 53.1 a) de la LOEx, según se manifiesta de contrario, en la comprobación de su situación actual en España, en la cual se omiten datos que son de especial trascendencia a los efectos de determinar la sanción susceptible de imponerse y se considera que esta situación es susceptible de encajar en el procedimiento preferente ante la existencia de riesgo de incomparecencia (art. 63.1.a) LOEx) de la cliente como expedientada y ante el riesgo que supone para el orden público y la seguridad pública.

De esta manera, se omite en la notificación recibida que Dña. Julia sí que posee un domicilio conocido en España, el cual incluso consta citado en el propio Acuerdo, por lo que la afirmación relativa a la inexistencia de domicilio conocido en España es incierta. De esta forma, es posible cualquier notificación sobre el citado expediente en dicho domicilio.

En cuanto a la afirmación por parte de la Administración de que no ha realizado ningún trámite para regularizar su situación, es incierta, puesto que en el mismo Acuerdo consta una autorización administrativa por circunstancias excepcionales en fecha de 27 de febrero de 2014. Dicha autorización vino derivada del procedimiento dimanante de la denuncia de violencia de género formulada contra su pareja y que se siguió ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer número 1 de los de Zaragoza.

Fruto del desarrollo de dicho procedimiento, se le asignó en el procedimiento de Familia Guarda y Custodia N.º 17/2013 la guardia y custodia de su hija menor, de nacionalidad española, Dña. Elisa con DNI 12345678-D. De conformidad con lo anterior se aportó sentencia dictada por el Juzgado de Violencia referido, resolución que en su fallo determinaba la asignación de la guarda y custodia de la menor de 4 años a Dña. Julia. En relación a este extremo, será necesario aportar todo tipo de documentación relativa a la niña, tal como el DNI, copia del libro de familia, copia de la tarjeta sanitaria, e incluso el certificado de nacimiento la menor.

A su vez, y si no fuera suficiente lo indicado hasta el momento para considerar que no hay motivo para la tramitación del expediente por el procedimiento preferente, ni

mucho menos para hacer efectiva sanción de expulsión alguna, hay que dejar constancia de que la menor tiene diagnosticada una importante y grave enfermedad cardíaca, consistente en ductus arterioso persistente que no le permite sufrir graves alteraciones ni cambios de domicilio que pudiesen perjudicar ni alterar su tratamiento. Por ello, será necesario aportar informes médicos del especialista que trata su dolencia, a fin de demostrar y dejar patente el cariz de esta enfermedad y la importancia de mantener el tratamiento médico en España.

También es importante reseñar, ante la afirmación de que se desconoce cualquier tipo de arraigo, que Dña. Julia lleva viviendo en España desde 2009 de forma continuada, motivo por el cual se encuentra totalmente arraigada en nuestro país, sin contar, como ya se ha expuesto que la presencia de la menor en nuestro país, pues es nacional del mismo, por sí solo ya es motivo suficiente de arraigo.

Ante las circunstancias expuestas, queda claro que no existe riesgo alguno de que la cliente no comparezca o que sea un riesgo para el orden público y la seguridad pública, ni se dan las circunstancias de urgencia alegadas en el Acuerdo, por lo que este expediente debería tramitarse por el procedimiento ordinario, siendo éste archivado puesto que a razón de lo expuesto no cabe incluirla en el supuesto de infracción administrativa contemplada en el art. 53.1 a) LOEx, y que en todo caso y de forma subsidiaria, se impusiera sanción con una multa de 501 a 10.000 €, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.1 b) LOEx, puesto que se trata de una infracción grave.

Por estos motivos, será necesario solicitar que el procedimiento siga por los trámites del ordinario y no por los del preferente, puesto que se está produciendo indefensión a la cliente al tener que realizar alegaciones en el plazo de 48 horas (art. 63.4 LOEx) y no en el establecido para el procedimiento ordinario, en que existe plazo de quince días (art. 232.1 Reglamento LOEx), todo ello sin motivos consistentes y vulnerando con esta decisión los artículos 24 CE (tutela judicial efectiva) y 9.3 CE (relativo a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos). Si dicha solicitud no es tenida en cuenta por la Administración en las alegaciones que han de realizarse en el momento actual, se deberá continuar por el procedimiento preferente, pero esta objeción se continuará formulando en los diferentes escritos que se presenten, pues en el supuesto de no verse observados nuestros argumentos, la invocación del art. 24 CE puede abrir la vía del recurso de amparo que más adelante se expondrá.

1.2 Motivo de expulsión

En primer lugar, hay que referir que en el Acuerdo de iniciación del procedimiento preferente de expulsión, se alegan antecedentes policiales desfavorables, lo cual no puede tener encaje en el supuesto de expulsión del territorio nacional contenido en el art. 57.2 LOEx, dado que ninguno es de la gravedad suficiente para poderse amparar en el citado artículo, puesto que no supera el año de pena privativa de libertad. El mencionado precepto establece 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».

Como se ha indicado anteriormente, ninguno de los supuestos delitos referidos en el acuerdo de expulsión puede considerarse dentro del mencionado precepto, puesto que uno de ellos simplemente es una denuncia que está en trámite y en virtud del principio «*in dubio pro reo*» no debe tenerse en cuenta dado que no existe resolución que declare un delito concreto cometido. A su vez, en lo relativo al resto de los delitos que se le imputan, en ellos no consta la fecha de los mismos por lo que perfectamente podrían estar ya cancelados o ser cancelables, como así ocurre con los mismos atendiendo a la documentación aportada por la cliente.

A su vez, en el Acuerdo de expulsión, se hace referencia a un delito de quebrantamiento de condena, pero deberíamos matizar el mismo a la hora de entrar a valorar la peligrosidad que comporta; en este caso se produjo el quebrantamiento de una medida de alejamiento del padre de la menor frente a Dña. Julia en una única ocasión, con motivo del internamiento hospitalario de la niña. Parece que había una causa de fuerza mayor que ocasionó el referido delito de quebrantamiento y si bien, dicha circunstancia pudo no tenerse en cuenta al momento de valorar el ilícito penal, si sería necesario tener dicha circunstancia a la vista en este momento en el que se trata de valorar la peligrosidad.

Por ello, se invoca por parte de la Administración el art. 53.1.a) de la LOEx en el que se contiene uno de los supuestos de infracción grave en materia de extranjería, en concreto:

«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.»

La situación reflejada en dicho artículo, en cuanto a Dña. Julia se refiere, sí podría prosperar, dado que la situación en la que se encuentra es subsumible en el citado precepto, si los argumentos empleados no fueran observados. En todo caso, como ya se ha referido anteriormente, habría que intentar la imposición de una sanción pecuniaria, es decir, el pago de una multa, en vez de la expulsión de nuestro país.

1.3 Arraigo familiar y no expulsión de ciudadanos españoles

Dicho lo anterior y entendiendo que no cabe la referencia a los antecedentes policiales y penales efectuada por la Administración ni a su vez, incluirla en el art. 53.1.a) LOEx, hay que atender a las particularidades concretas de esta situación, teniendo especial interés la relativa a la hija menor de edad de nacionalidad española de la cliente, por lo que puede tener más oportunidades que un ciudadano extranjero sin descendencia española.

Aunque en el Reglamento LOEx, en los artículos 123 y 124 existe la posibilidad de solicitar el arraigo por diversas razones, la existencia de antecedentes penales impide tal camino, puesto que la regla general es que no cabe autorización de residencia cuando se tienen antecedentes penales.

Esta regla general de no concesión de autorización ante la existencia de antecedentes penales, puede verse superada debido a esta situación de arraigo familiar, y conllevar tal circunstancia que no sea procedente la orden de expulsión, puesto que el ordenamiento jurídico nacional no permite la expulsión de ciudadanos españoles, como es el supuesto de la menor.

La anterior afirmación, puede verse reflejada en la jurisprudencia, por ejemplo, en la Sentencia 324/2005 de fecha 26 de enero de 2005 (Sección 5ª, Sala 3ª) del Tribunal

Supremo (recurso 1164/2001, ID CENDOJ: 28079130052005100016), en que se afirma en su F.D. SEXTO que:

«2ª.- El ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles. (La comisión por un español de un delito o de una infracción administrativa son castigados con determinadas penas o sanciones, pero nunca con la expulsión del territorio nacional; fuera del supuesto de medida cautelar o sanción penal, "los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional", según el artículo 19 de la Constitución Española).

3ª.- La orden de expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre, (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores). Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir que la madre de un español sea una pura extranjera y se la trate como a tal; que el hijo español tenga todos los derechos y su madre no tenga ninguno, y que, en consecuencia, pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos sus derechos, pero sólo y separado de su madre».

Asimismo, y al margen de los derechos que se verían vulnerados si se procediera con la expulsión, Dña. Julia tiene la guardia y custodia de la menor, con derecho del padre a visitas de fines de semanas alternos, tal y como consta en la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia N.º 1 de los de Zaragoza, situación que, de llevarse a cabo la expulsión, se vería vulnerada, dado que la gran distancia que existe entre España y Venezuela imposibilitaría el cumplimiento de dicho régimen de visitas.

Por estos motivos, si bien la concesión de la autorización, como ya se ha dicho es inviable en términos generales, debemos contemplarla como una posibilidad a raíz de la jurisprudencia citada.

1.4 Derechos de los menores de edad

Del mismo modo y en relación con lo anterior, es necesario hacer especial mención a la situación en que se vería la menor si la solicitante del dictamen es expulsada de territorio nacional, puesto que estaría obligada la niña a abandonar España al ser Dña. Julia quien tiene su guarda y custodia y puesto que la menor, amén de su enfermedad cardiaca, no puede valerse por sí misma debido a su edad.

La situación de cualquier menor y sus derechos tienen gran protección jurídica, tanto en el ámbito nacional como internacional. Así, los derechos de los menores quedan recogidos, en diversos cuerpos legales, como, por ejemplo, y en cuanto al ámbito europeo se refiere, en el CEDH, donde queda consagrado el derecho a la vida familiar y ya dentro de la normativa nacional, en la Ley de Protección Jurídica del Menor, en su art. 11.2 en que se establece que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes:

- a) La supremacía del interés del menor.
- b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés.
- c) Su integración familiar y social.

A su vez, y continuando con la normativa española, es necesario tener presente la CE, puesto que varios son los artículos que protegen la integridad y seguridad del menor. De esta manera, cabe hacer referencia al art. 18.1 CE en que se reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al art. 19.1 CE que recoge el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia y circular por el territorio nacional, además de tener en cuenta los principios rectores de protección social, económica y jurídica de la familia que se encuentran en el art. 39 CE y la protección integral de los hijos y las madres del art. 39.2 CE. Asimismo, y dentro del último artículo citado, cabe referir con especial interés el apartado 4º del mismo, puesto que se hace referencia a la ratificación de la protección de los derechos de los niños reconocidos en los acuerdos internacionales y el apartado 3º en que se establecen los deberes de los padres en cuanto a sus hijos se refiere.

1.5 Aplicación del CEDH

Ante este tipo de situaciones en que una decisión de expulsión implica la conmoción del núcleo familiar en el que existe un menor de nacionalidad española, es necesario observar todos los apoyos legales existentes para procurar tomar la decisión menos gravosa para ellos, tal y como ya se ha hecho referencia anteriormente. Por ello, resulta muy interesante detenerse en situaciones similares a la que nos ocupa, es decir, a las referentes a ciudadanos extranjeros en situación irregular que son padres de menores de nacionalidad española.

Interesante resulta el denominado como Caso «Albarracín» en el que se adopta la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) (Sección 3ª) de 17 de marzo de 2015, requête n.º 35765/14, G.A. contre l'Espagne. En este supuesto España anuló la resolución de expulsión de una ciudadana extranjera condenada a pena privativa de libertad de 4 años, la cual era madre de una niña de nacionalidad española. El TEDH aceptó la Declaración unilateral del Gobierno español, puesto que el mismo reconoció ante el TEDH que había vulnerado el derecho a la vida familiar y el derecho al recurso judicial efectivo de la mencionada mujer extranjera madre de una niña española.

Se admitió por tanto que, una expulsión de una ciudadana extranjera en situación irregular desde prisión por el art. 57.2 LOEx vulneraba los artículos 8 y 13 del CEDH, es decir, existía vulneración del derecho a un recurso efectivo previsto en el art. 13 en relación al derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH. Tal vulneración venía dada ante la errónea interpretación y aplicación del art. 57.2 de la Ley de Extranjería en relación a los criterios contenidos en el 57.5.b) de la referida norma, que exigen tener en cuenta las consecuencias que una expulsión, en tales circunstancias, tendría para el interesado y los otros miembros de su familia.

Por lo tanto, en estos supuestos es admitido que el enjuiciamiento debe hacerse respetando por parte de la jurisdicción ordinaria la necesaria interpretación integrada de los dos artículos citados, tal y como establece el Tribunal Constitucional, en Sentencia 186/2013, de 4 de noviembre, en su F.J. SÉPTIMO: «(...) verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 Ley de Extranjería que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana (...)».

1.6 La expulsión administrativa de ciudadanos extranjeros después de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, Subdelegación del Gobierno en Guipuzkoa-Extranjería y Samir Zaizoune

En relación a las posibilidades de sanción contenidas en la LOEx, en cuanto a sanción pecuniaria o expulsión en el supuesto que nos ocupa, la postura que parecía más adecuada, aunque no la más empleada siempre, era la de optar por la sanción de multa en los casos de estancia irregular sin concurrencia de otros datos negativos en la situación o conducta del ciudadano extranjero, circunstancia que había quedado reflejada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 12177/2014 de fecha 24 de septiembre de 2014 (Sección 10, Sala de lo Contencioso) (recurso 428/2014, ID CENDOJ: 28079330102014100687), en su F.D. QUINTO:

«Ello determina que resulte de aplicación al supuesto de autos la doctrina jurisprudencial expresada, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 y 31 de enero de 2006, 10 de febrero de 2006, 21 de abril de 2006, 19 de mayo de 2006, 30 de junio de 2006, 29 de septiembre de 2006, 22 de febrero de 2007, 19 de julio de 2007, y 27 de mayo de 2008, conforme a la cual en los supuestos de la infracción tipificada en el artículo 53.1 a) de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, constituida exclusivamente por la mera situación de permanencia irregular en España sin concurrencia de otros datos negativos que resulte inapreciables y le sean predicables al infractor, la Administración no puede optar discrecionalmente entre la imposición de la multa o la expulsión sin que esté debidamente justificado y motivado, por lo que la expulsión del territorio español, como sanción más grave y secundaria, precisa de la concurrencia de datos negativos y de una motivación específica, distinta o complementaria de la multa que, en el sistema de la citada Ley Orgánica constituye la sanción principal que corresponde a la pura permanencia ilegal».

Dicho lo anterior, y tras la referida Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa — Extranjería y Samir Zaizoune, han existido controversias acerca de nuestra legislación en materia de extranjería y en concreto en cuanto a la

posibilidad de optar entre la sanción de multa o expulsión del territorio, tal y como se venía haciendo hasta el momento.

Tal extremo se contiene en el art. 57.1 de la LOex:

«Artículo 57. Expulsión del territorio.

1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción».

Las controversias mencionadas anteriormente derivan de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular de Retorno (en adelante Directiva de Retorno) y de la adecuación de la ley nacional en materia de extranjería a dicha Directiva.

En concreto, la mayor divergencia existente entre los expertos en materia de extranjería es si, tras la referida STJUE, puede seguir siendo acorde a la normativa comunitaria la sanción de multa contenida en nuestra legislación. Ante esta disyuntiva existen vertientes dispares, unas a favor de su existencia y otras en contra de la misma.

Esta situación, aunque siempre había sido objeto de controversia en cuanto a cuál era el límite para la elección de multa o expulsión, no había generado el problema actual, puesto que no contravenía ninguna norma supranacional. En la actualidad sí lo hace, y fue esta sentencia la que lo puso de manifiesto.

Los hechos que propiciaron la cuestión prejudicial eran muy similares a los que nos encontramos en su caso. El Sr. Zaizoune, de nacionalidad marroquí, fue interceptado el 15 de julio de 2011 en territorio español por las fuerzas de orden público. Dado que no pudo presentar los documentos de identidad pertinentes, éste fue detenido, iniciándose en su contra un procedimiento administrativo para su expulsión de nuestras fronteras. Dicho procedimiento concluyó el 18 de octubre de 2011 mediante resolución de la

Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa en la que se ordenaba la expulsión del territorio español y la prohibición de entrada por cinco años.

Igualmente que el caso que nos ocupa, se empleó para la motivación de dicha resolución el art. 53.1. a) de la LOEx, es decir la situación irregular de este ciudadano marroquí y a su vez sus antecedentes penales en España. Por ello, el Sr. Zaizoune presentó recurso contra la resolución ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 2 de San Sebastián, el cual anuló la mencionada resolución administrativa sustituyéndola por una multa.

Ante el fallo dictado por el Juzgado, la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Ante esta situación, el Tribunal Superior de Justicia observa que las normas nacionales implicadas son interpretadas por el Tribunal Supremo en el sentido de que la sanción principal para la infracción de estancia irregular de nacionales de países terceros es la multa, siempre y cuando no concurren circunstancias agravantes que puedan justificar la sustitución de dicha multa por la expulsión del territorio nacional.

Por este motivo, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

«A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?»

Una vez analizada la cuestión y tras una breve argumentación, el fallo de la referida Sentencia del TJUE declara que:

«La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo

4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí».

Por los motivos expuestos, si bien, en la actualidad, la argumentación a favor de que la sanción pecuniaria sigue pudiendo aplicarse en nuestra legislación tiene sus detractores, los expertos que defienden esta posibilidad también siguen reiterándola. Así, LÓPEZ MARTÍNEZ, J.¹, considera que «Parece evidente que este razonamiento echa al traste la posibilidad de sancionar con multa a los extranjeros que se hallen en España en situación irregular, lo que obligará a una profusa modificación en la regulación actual y lo que afectará a miles de expedientes sancionadores en estado de tramitación y seguramente también a multitud de litigios judiciales en los que se esté dirimiendo esta cuestión en la actualidad».

Bien es cierto, que, por otro lado, aun defendiendo la postura de que la sanción mediante multa deberá desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico, refiere que existen pronunciamientos anteriores del TJUE, contrarios al que aquí estamos tratando. De esta manera, cabe hacer alusión la Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012, Sala Primera, asunto C-430/11, Tribunale di Rovigo (Italia)- Md Sagor, en que se decía que:

«La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, debe interpretarse en el sentido de que:

- No se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión, y (...)».

¹ Vid. LÓPEZ MARTÍNEZ, J., Expulsión o multa a un extranjero en situación irregular: nueva polémica tras la sentencia del TJUE, publicado el 30 de abril de 2015, Editorial Jurídica Sepin, consultada el día 08/11/2017 <https://blog.sepin.es/2015/04/expulsion-o-multa-extranjero-en-situacion-irregular-tjue/>

Esta situación es completamente contradictoria, tal y como considera LÓPEZ MARTÍNEZ, J.², puesto que: «Llama poderosamente la atención que el propio TJUE, con ocasión de resolver cuestiones prejudiciales de total similitud, llegue a conclusiones incompatibles entre uno y otro procedimiento, lo cual resulta especialmente grave en el seno de un procedimiento prejudicial cuya finalidad, recordemos, es explicar al Juez nacional la forma correcta de interpretar una norma comunitaria».

A su vez, AGUELO NAVARRO, P. y GRANERO SÁNCHEZ, H.V.³, también consideran que con la STJUE de 23 de abril de 2015: «[...] es posible que, por aplicación de la Directiva 2008/115/CE, cierre una vía que hasta el momento y desde el año 2.005 ha venido siendo útil en el ámbito del Derecho de Extranjería para la defensa de las personas migrantes en situación de estancia irregular –la de considerar que la sanción principal era la de multa y que la expulsión debía quedar reservada para aquellos supuestos en los que concurriera un “plus”-[...]».

Por otro lado, PEÑA PÉREZ, A.⁴, considera que ha existido por parte de algunos expertos en la materia una interpretación errónea sobre el contenido de la referida sentencia, puesto que se confunden dos conceptos, el expediente sancionador, es decir, la decisión de retorno, y el expediente de expulsión, es decir, la expulsión propiamente dicha, atendiendo al contenido de la Directiva de Retorno. De esta manera, si atendemos al contenido del art. 3.4 de la Directiva de Retorno, en que se define el concepto de decisión de retorno, se establece que: «una decisión o acto de naturaleza administrativa o

² Vid. LÓPEZ MARTÍNEZ, J., Expulsión o multa a un extranjero en situación irregular: nueva polémica tras la sentencia del TJUE, publicado el 30 de abril de 2015, Editorial Jurídica Sepin, consultada el día 08/11/2017 <https://blog.sepin.es/2015/04/expulsion-o-multa-extranjero-en-situacion-irregular-tjue/>

³ Vid. AGUELO NAVARRO, P. y GRANERO SÁNCHEZ, H.V., Comentarios a vuelapluma sobre la Sentencia del TJUE de 20.04.2015, publicado el 27 de abril de 2015, artículo en la página web de Abogacía Española, p. 5, consultada el 12/11/2017, <http://www.abogacia.es/2015/04/27/comentarios-a-vuelapluma-sobre-la-sentencia-del-tjue-de-23-04-2015/>

⁴ Vid. PEÑA PÉREZ, A., STJUE de 23 de abril de 2015: Una interpretación alternativa, publicado el 30 de abril de 2015, artículo en su página web Extranjería *ius cogens* Infante & Peña Abogados, consultada el día 08/11/2017, <http://extranjeriainuscogens.blogspot.com.es/2015/04/stjue-23-abril-2015-expulsion-multa-directiva.html>

judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno». En cuanto al concepto de expulsión, el art. 3.5 de la referida Directiva establece que dicho concepto es: «la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro».

Queda por ello claro que ambos conceptos tienen que estar necesariamente relacionados con el de «salida voluntaria» del art. 3.8 de la Directiva de Retorno: «el cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno», lo cual no indica que la Directiva imponga por ello la sanción de expulsión como automática en los supuestos de situación irregular. De esta forma, PEÑA PÉREZ, A., considera que: «Al contrario, la previsión expresa es imponer una Decisión de Retorno acompañado de una obligación de retornar (apartado 33 de la STJUE) y un plazo de tiempo para la salida voluntaria. Única y exclusivamente cuando se incumpla dicha salida voluntaria (Artículo 8.1) se podrá imponer la Expulsión coercitiva por parte del Estado miembro (apartado 35 de la STJUE)». Por estos motivos, entiende que: «la sanción de multa, según su reconocimiento literal en la LO 4/2000, y no su aplicación práctica generalizada, debe entenderse en todo momento como una sanción ante el hecho de encontrarse en situación administrativa irregular. Otra cosa muy diferente serán las consecuencias que dicha situación administrativa irregular pueda conllevar, una vez decretada la Decisión de Retorno (Expediente Sancionador) que es a lo que responde la Directiva 2008/115/CE: bien salida voluntaria (Artículo 3.8) bien expulsión (Artículo 3.5)», considerando absolutamente posible la imposición de la sanción de multa en lugar de la expulsión, sin que ello implique contravenir el contenido de la Directiva de Retorno.

Queda patente que las posiciones acerca de este tema son controvertidas y no faltas de disputa, por lo que hasta que el TJUE y el legislador no se pronuncien sobre la cuestión y esclarezcan la situación, ante la misma cabrá la interpretación que más interese a cada parte. Realidad ésta que queda reflejada en la jurisprudencia reciente sobre el tema, la cual sigue haciendo mención a la sanción pecuniaria, llegando a aplicarla, situación que indica que nuestros tribunales siguen contemplando esta posibilidad tras la STJUE de 23 de abril de 2015. A su vez, la misma jurisprudencia ha entrado a dar su opinión acerca de esta situación controvertida, tal y como puede observarse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco, Sentencia número 338/2017 de fecha 28 de junio de

2017, Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo) (recurso 859/2016, Aranzadi: JUR\2017\232530), que entre los extremos que trata, en su F.J. TERCERO considera que:

«Sin perjuicio de las consecuencias legislativas que pudieran o debieran derivarse de esta STJUE, ello no excluye que en el ámbito del derecho sancionador el art. 9.3 de la CE (RCL 1978, 2836) y el art. 25.1 de la CE llevan a la consideración de que no podrían imponerse consecuencias más desfavorables para el sujeto activo de la infracción administrativa, que las previstas en la legislación nacional, aunque la Directiva contemplara consecuencias más gravosas ante el mismo hecho. Es decir, en ningún caso operaría "en contra del reo", o más concretamente en contra del infractor. Y el principio de tipicidad se aplica tanto al tipo de la sanción como a las consecuencias sancionadoras, por lo que en tanto no se modifique la legislación interna, no podría aplicarse automáticamente una interpretación de la misma que excluyera la posibilidad de imposición de la sanción pecuniaria, expresamente prevista en la legislación vigente.

No compartimos, por lo tanto, la posición sostenida en la sentencia, puesto que entendemos que la STJUE de 23 de abril de 2015, no podría llevar a consecuencias sancionadoras en contra del infractor».

De esta forma, una vez afirmado lo anterior, entra a resolver la situación planteada en la apelación, considerando posible la imposición de multa como sanción en vez de la expulsión del territorio nacional.

Por los motivos anteriormente expuestos y a la luz de la jurisprudencia referida en que se considera posible la imposición de la sanción consistente en multa tras la STJUE de 23 de abril de 2015, queda patente que es factible la aplicación del artículo 57.1 LOEx en cuanto a la posibilidad de la imposición de multa en supuestos como el de la cliente y que por ello ésta será la opción que se solicitará puesto que a tenor de las circunstancias concretas del asunto no hay razón alguna para sancionar con la expulsión del territorio.

No obstante, dejando al margen la problemática referida anteriormente, y atendiendo a la situación concreta planteada, es necesario tener en cuenta otra normativa relativa a la extranjería, pero referente a ciudadanos comunitarios. Esta normativa es 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 (en adelante Reglamento de Régimen Comunitario).

1.7 Aplicación del Reglamento de Régimen Comunitario

Como ya se ha venido desglosando con anterioridad en este dictamen, la circunstancia de que Dña. Julia tenga una hija menor, de nacionalidad española, es de suma importancia, debido a que es necesario observar lo contenido en otra normativa al margen de la LOEx y su Reglamento de desarrollo.

Por ello, y añadiéndose a todos los derechos reconocidos a los ciudadanos de la UE en nuestro ordenamiento jurídico, hay que atender a lo establecido en el Reglamento de Régimen Comunitario y al TFUE, puesto que, al ser familiar de un ciudadano miembro de la UE, los derechos que se derivan de esta circunstancia son favorables en la defensa de los intereses de la cliente.

En primer lugar, hay que hacer referencia a que, a los familiares de ciudadanos de la UE, cualquiera que sea su nacionalidad, en concreto a los ascendientes, les es de aplicación el referido Reglamento de Régimen Comunitario, a tenor de su art. 2. d) «A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja». Bien es cierto que Dña. Julia no ha solicitado adquirir dicha condición y no podría considerarse que vive a cargo de su hija menor de edad, pero esto no obsta para que pueda ser aplicado, pues existen casos en que ha sido aplicada por los tribunales en supuestos de expulsión de ciudadanos extranjeros que no tenían la condición de familiar de ciudadano de la UE, ya que el régimen sancionador contenido en el Reglamento de Régimen Comunitario es más beneficioso y se necesitan más requisitos para que se produzca una expulsión administrativa del territorio nacional.

Estos requisitos mencionados se encuentran en el art. 15 del Reglamento de Régimen Comunitario, en el cual se contienen las medidas por razones de orden público, seguridad pública y salud pública, entre las cuales se contiene la expulsión del territorio español en el apartado 1. c). Así, en el art. 15.1 *in fine*, se establece que únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión sobre, entre otros, miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública.

Para llevar a cabo la referida decisión de expulsión, el referido precepto refiere que será necesario tener en cuenta: «la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen».

Asimismo, en el apartado 5. d) del art. 15 del Reglamento de Régimen Comunitario, se precisa que, cuando las medidas se adopten por razones de orden público o de seguridad pública, éstas deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal del ciudadano que se vaya a expulsar, estableciendo que «en todo caso deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente» y añadiendo que, no será razón suficiente para adoptar las medidas contenidas en el art., entre ellas la expulsión del territorio, la existencia de condenas penales anteriores.

Esta regulación, como es evidente, es más exigente que la contenida en la LOEx y en su Reglamento, pues los requisitos que se requieren para proceder a la expulsión del territorio nacional son más amplios, dado que no se trata simplemente de una situación objetiva concreta, como es residir de forma irregular en el país, sino que es necesario demostrar que dicha estancia conlleva una amenaza para el orden público y la seguridad pública. De esta manera, la subjetividad de la regulación expuesta implica la necesidad de una mayor motivación en la decisión de expulsión de un ciudadano extranjero, por lo que la defensa del mismo consta de más argumentos manejables en el supuesto de que se llegara a la posibilidad de expulsión del territorio nacional.

Como se ha mencionado anteriormente, la aplicación de esta normativa a ciudadanos extranjeros que no son ciudadanos de la UE, ni tienen la consideración de familiares de ciudadanos de la UE, es posible en determinados supuestos en que, no siendo susceptible de aplicación debido a la situación administrativa del ciudadano, existen motivos para que el mismo tenga tal consideración. De esta forma, ser progenitor de un menor de edad ciudadano de la UE habilita, según la opinión del TJUE y de diversos tribunales españoles, la posibilidad de ser incluido dentro del ámbito de aplicación de la norma comunitaria, puesto que en estos casos puede prevalecer el interés superior del menor y los derechos que tiene conferidos por ser nacional de un país miembro en el supuesto de la decisión de expulsión de sus progenitores.

Por este motivo, es capital detenerse en la Sentencia del TJUE de 13 de septiembre de 2016, asunto C-165/14, Alfredo Rendón Marín y Administración del Estado, la cual, ha facilitado la aplicación del Reglamento de Régimen Comunitario a ciudadanos extranjeros que no se encontraban dentro del ámbito de aplicación de la norma.

El asunto hace referencia al Sr. Rendón Marín, ciudadano colombiano, el cual es padre de dos hijos menores de edad, nacidos en Málaga, uno de ellos de nacionalidad española y el otro de nacionalidad polaca, residentes desde su nacimiento en España. Ante la ausencia de la madre de los niños, cuyo domicilio se desconoce, el Sr. Rendón Marín obtuvo la guarda y custodia de sus hijos en exclusiva, según sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Málaga. Al Sr. Rendón Marín le constaban antecedentes penales, siendo condenado a una pena de nueve meses de prisión, no obstante se le concedió una suspensión provisional de dos años de esta pena desde el 13 de febrero de 2009. Así, el 20 de marzo, a fecha del auto de remisión de la pena, todavía quedaba pendiente la cancelación de los referidos antecedentes. En febrero de 2010, el Sr. Rendón Marín, había presentado una solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales, la cual fue denegada por la existencia de los citados antecedentes penales. Ante esta situación se recurre la mencionada resolución denegatoria de la autorización de residencia solicitada, siendo desestimado el recurso por sentencia e interponiéndose recurso de casación contra esa sentencia ante el Tribunal Supremo.

El recurso interpuesto por la representación del Sr. Rendón Marín se basó por un lado en la incorrecta interpretación de diversas Sentencias del TJUE. La doctrina que en dichas sentencias se recogía, se consideraba apropiada para que hubiera sido concedida la solicitud de residencia solicitada. Asimismo, el referido recurso se basaba en la vulneración del art. 31 LOEx en que se contiene la situación de residencia temporal de ciudadanos extranjeros.

Ante esta situación, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento ante las dudas que el supuesto presentaba y plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, preguntando si:

«¿Es compatible con el artículo 20 [TFUE], interpretado a la luz de las sentencias de 19 de octubre de 2004[, Zhu y Chen (C-200/02, EU:C:2004:639),] y [de] 8 de marzo de 2011 [Ruiz Zambrano (C-34/09, EU:C:2011:124)], una legislación nacional que

excluye la posibilidad de otorgar permiso de residencia a un progenitor de un ciudadano de la UE, menor de edad y dependiente de aquél, por tener antecedentes penales en el país donde formula la solicitud, aunque ello lleve aparejada la salida forzosa del territorio de la UE del menor al tener que acompañar al progenitor?».

Así, el TJUE, reformulando la solicitud realizada por el Tribunal Supremo, e incluyendo en la misma el examen del art. 21 TFUE, en la potestad de interpretación de la normativa comunitaria que tiene conferida, después de un extenso estudio del supuesto y sus circunstancias, considera aplicable al Sr. Rendón Marín la normativa comunitaria que le permite al mismo formar parte del ámbito de aplicación de la misma y por ende, ser sujeto pasivo de los derechos derivados de sus hijos ciudadanos de la UE, Por este motivo, no pueden ser tenidos en cuenta los antecedentes penales existentes a efectos de la concesión de una autorización de residencia, sino que es necesario valorar si la conducta personal del interesado es una amenaza real y actual para el orden público.

La anterior sentencia, como queda claro, es de gran importancia debido a las posibilidades que abrió para un gran número de supuestos afines que, hasta el momento nunca lograban ser estimados. Por ello, la argumentación reflejada en la STJUE descrita anteriormente, de aplicar el Régimen Comunitario a ciudadanos extranjeros, también ha tenido su reflejo en la jurisprudencia española. Así puede observarse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, 1155/2016 de fecha 30 de septiembre de 2016 (Sección Primera, Sala de lo Contencioso) (recurso 101/2016, ID CENDOJ: 50297330012016100312), en que se aplica este régimen sancionador a una ciudadana extranjera, madre de ciudadana de la UE, así en su F.D SEGUNDO se indica que:

«En el presente caso, como resulta de lo actuado y así vino a reconocerlo el Juzgado, se trata de la madre de una niña española menor de edad -nacida el NUM000 de 2008-, que tiene atribuida por sentencia su guarda y custodia, por lo que la expulsión de aquella podría llevar como consecuencia que ésta se viera obligada a abandonar el territorio nacional; de manera que -siguiendo los términos de la referida sentencia- le podría acarrear la privación del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos que le confiere el estatuto de ciudadano de la Unión, y, por tanto, tal situación está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión».

«Pues bien, en el caso, atendidas las concretas circunstancias del caso, y en concreto las condenas penales de las que fue objeto la recurrente, no cabe apreciar que su conducta personal constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público. Y es que, en efecto se trata de condenas por delitos de conducción sin permiso -en sentencia de 3 de junio de 2009, a la pena de 8 meses de días/multa-, de quebrantamiento de condena o medida cautelar -en este caso como cómplice, por hechos cometidos en octubre de 2008, en sentencia de 27 de septiembre de 2013 a la pena de tres meses de prisión-, y de lesiones- por hechos cometidos en octubre de 2011, en sentencia de 3 de diciembre de 2013 a la pena de 2 años de días multa, ya cumplida-. No obran en las actuaciones tales sentencias condenatorias, desconociéndose los concretos hechos que las determinaron, más en ningún caso de las mismas se evidencia que constituya un peligro actual para el orden público, por lo que, atendido el principio de proporcionalidad y el interés superior de la menor, junto con las demás circunstancias concurrentes, como el tiempo que lleva la recurrente en España, la edad y salud de la menor, y la relación que sigue manteniendo con su padre español, con el que tiene un régimen de visitas establecido en la sentencia de separación, no procede en el caso la expulsión acordada en las resoluciones administrativas recurridas, las que, en consecuencia, deben ser anuladas».

A su vez, la posibilidad de aplicar el Reglamento de Régimen Comunitario a ciudadanos extranjeros queda reflejada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, 752/2017 de fecha 2 de octubre de 2017 (Sección Primera, Sala de lo Contencioso) (recurso 197/2017, ID CENDOJ: 07040330012017100392), F.D. QUINTO, estableciendo que:

«Pero como tiene la condición de familiar de ciudadano comunitario, tenga o no concedida la tarjeta, ya que es madre de dos menores de edad españoles, hemos de valorar si se dan las circunstancias que el artículo 15-5 d) del RD 240/2007 señala para que pueda aplicarse esa expulsión por razones de orden público, esto es la apreciación o valoración de la conducta del actor como constitutiva de una amenaza real que afecte a un interés fundamental de la sociedad, lo cual constituiría la motivación que la parte apelante argumenta que no existe en el supuesto de autos.

Y la Sala considera que ciertamente no se da esa motivación. En efecto la existencia de condenas penales no es sinónimo de una peligrosidad real para el orden público del país tal y como establece el artículo 15-5 d) del RD 240/2007, y en el asunto que nos ocupa sólo existe un antecedente penal por un delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada.

Todo ello concluye en que deba prosperar la apelación interpuesta contra la Sentencia dictada por el Juzgado que debemos revocar, debiendo estimar el recurso contencioso interpuesto contra la Resolución de la Delegación de Gobierno de les Illes Balears de 16 de noviembre de 2015, que anulamos por ser contraria a derecho».

Tal y como se refleja en las sentencias anteriormente reseñadas, el impacto de la STJUE relativa al Sr. Rendón Marín es claro, pues se posibilita la aplicación del Reglamento de Régimen Comunitario a efectos sancionadores en este tipo de supuestos, por lo que no solamente se tiene en cuenta la existencia o no de antecedentes penales para denegar de forma automática autorizaciones de residencia, sino que es necesario el examen de las circunstancias de cada caso y que los delitos cometidos no deben ser de carácter grave ni la conducta personal del ciudadano que se pretende expulsar puede tener la consideración de amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, la posibilidad de solicitar la aplicación del Reglamento de Régimen Comunitario en el supuesto planteado es factible, puesto que ya ha sido empleado en otros casos sustancialmente similares al mismo. De esta manera, la defensa del caso tendría más viabilidad, ya que existirían mayores argumentos a favor de Dña. Julia que por los trámites contenidos en la LOEx y su Reglamento.

1.8 Medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución recurrida

Sería conveniente solicitar durante la tramitación del procedimiento administrativo una medida cautelar suspensiva de la expulsión, a fin de evitar la ejecución de la misma con antelación a que la referida medida sea llevada a cabo.

Por ello y al amparo del art. 117 de la Ley 39/2015 (mientras el procedimiento siga la vía administrativa) y de los artículos 129 y siguientes de la LRJCA (en el caso de tener que continuar el asunto en el Contencioso-Administrativo, tal y como se desarrollará posteriormente en este dictamen) se solicitará la referida medida cautelar de suspensión

de la ejecución de la resolución que pueda provenir de la Oficina de Extranjeros de la Delegación del Gobierno en Aragón hasta tanto no se resuelva el recurso que se presente.

La argumentación a exponer, volvería a hacer hincapié en que la interesada tiene a su cargo a una hija de nacionalidad española menor de edad y atribuida la custodia de la misma a su favor, por lo que la ejecución de la expulsión supondría unos perjuicios graves de imposible o difícil reparación (motivo contenido en el art. 117.2 a) de la Ley 39/2015) para la niña pues conllevaría o la separación de su madre o la ruptura de la relación con su padre y los vínculos con su país de origen, amén de todo lo desarrollado anteriormente en este dictamen.

En el supuesto de que llegue a materializarse la expulsión, se producirían perjuicios de imposible reparación, puesto que la escolarización de la menor se vería interrumpida en el supuesto de que tuviera que abandonar el país junto a su madre; a su vez, la enfermedad que padece la hija de la cliente podría empeorar si no es controlada de forma periódica y bajo observación médica adecuada. Por ello, es importante tener presente que su presencia en España no causa ningún daño y en todo caso beneficia a la hija menor de edad. A su vez, cabe examinar si atendiendo las circunstancias concretas del caso, la adopción de la medida cautelar interesada puede causar un perjuicio grave de los intereses generales, tal y como se establece en el art. 117.2 de la Ley 39/2015 para la vía administrativa y el art. 130.2 LRJCA, para la vía Contenciosa.

En el caso concreto que nos ocupa, suspender la mencionada expulsión administrativa no perjudica al interés general de España, sobre todo si se tiene en cuenta que la hija española está bajo la guarda y custodia de la madre. Asimismo, existe abundante jurisprudencia favorable a la suspensión de la ejecución de actos administrativos que conllevan salida obligatoria o expulsión del territorio nacional cuando éstos puedan causar graves perjuicios de muy difícil resarcimiento, pudiendo citar la STS 7392/2007 de fecha 8 de noviembre de 2007 (Sección 5ª, Sala de lo Contencioso) del Tribunal Supremo (recurso 8074/2002, ID CENDOJ: 28079130052007100883), F.D. SEGUNDO:

«Acerca de la medida cautelar de suspensión de la resolución administrativa impugnada, debe indicarse que nuestro Tribunal Supremo tiene establecido al respecto que "... procede acordar la suspensión cuando la persona afectada tiene acreditado arraigo

en nuestro país, en razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la decisión de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que, en parte, podrían afectar a su esfera personal...". (SS. 15 de enero de 1997 y 14 de marzo de 2000); [...]».

También los Tribunales Superiores de Justicia han seguido este criterio, tal y como puede observarse en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 9571/2015 de fecha 30 de julio de 2015 (Sección 10ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo) (Recurso 466/2015, ID CENDOJ: 28079330102015100485) en su F.D. QUINTO:

«En el ámbito de las resoluciones de expulsión de extranjeros del territorio nacional, el Alto Tribunal tiene declarado, entre otras consideraciones, que " el arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España, por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general ". Y añade que " el mantenimiento de esos vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, una o la finalidad legítima del recurso, en el sentido en que este concepto jurídico indeterminado es utilizado en la norma recogida en el artículo 130.1 de la actual Ley de la Jurisdicción ". A título de ejemplo, cabe citar las sentencias de 9 de enero de 2008 (casación 2975/2004) y 24 de noviembre de 2004 (casación 6922/2002)».

De esta forma, y atendiendo a la problemática referida, esta posibilidad debe tenerse también en cuenta, a fin de evitar la expulsión del territorio nacional antes de que pueda verse finalizado el procedimiento.

2. ARGUMENTOS PROCESALES

Una vez visto el posible espectro argumentativo que puede hacer frente a la expulsión que se pretende por parte de la Administración, es necesario hacer una relación de las vías por las que ha de tramitarse el asunto, referidas tanto al ámbito meramente administrativo, como al judicial. Así, este epígrafe del dictamen irá desgranando primeramente la vía administrativa, en la cual nos encontramos, para continuar con la vía

del orden contencioso-administrativo, señalando los posibles recursos existentes y el procedimiento pertinente para poderse entablar los mismos, a fin de que llegado el caso no existan dudas acerca de los siguientes pasos a seguir si no se estiman nuestros argumentos en anteriores instancias.

2.1 Vía administrativa

De esta forma, dentro de la vía administrativa, y atendiendo a la LOEx en su art. 50, se ha iniciado un procedimiento sancionador, el cual puede transcurrir mediante el procedimiento preferente contenido en el art. 63 de la LOEx, por el procedimiento ordinario del art. 63.bis o por el procedimiento simplificado del art. 238 y siguientes del Reglamento LOEx. En relación a este último procedimiento no se hará referencia, pues su incidencia es escasa en la práctica.

Así, y dentro del procedimiento preferente que se ha iniciado, se concede en este momento la posibilidad de realizar alegaciones en el plazo de cuarenta y ocho horas a contar desde la recepción de la notificación. Acto seguido, se procederá por parte de la Administración a elevar el expediente administrativo, junto con la propuesta de resolución a la autoridad competente para resolver. En el supuesto de que las alegaciones no sean observadas, se formulará por parte de la Administración la oportuna resolución de expulsión, ante el cual se podrá interponer recurso potestativo de reposición, puesto que la resolución emitida agotará la vía administrativa tal y como establece el art. 65 LOEX, la disposición adicional decimocuarta del Reglamento LOEx y el 123 de la Ley 39/2015. Dicho recurso podrá ser estimado, desestimado mediante contestación por parte de la Administración o directamente desestimado mediante silencio administrativo.

Una vez referida la posibilidad existente de interponer recurso de reposición, es necesario aconsejar que en este caso concreto no se interponga el mismo, puesto que en los supuestos de expulsión la posibilidad de retrasar en el tiempo la respuesta de la Administración en poca medida beneficia a los interesados. Ello se debe a que estos actos administrativos tienen carácter de ejecutivos desde que son dictados, por lo que prorrogar un mes el plazo (establecido en el art. 128.1 de la Ley 39/2015) en que puede ser ejecutiva la decisión de expulsión no beneficia la defensa de los intereses de la cliente y sí la posibilidad de que la expulsión se lleve a cabo. Por ello es más conveniente renunciar a la interposición del recurso de reposición y acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, solicitando allí, en su caso, la medida cautelar de suspensión

de la ejecución recurrida y no en vía administrativa dentro del recurso potestativo de reposición.

Así, en el supuesto de que se interponga recurso de reposición, y tampoco se vean satisfechas nuestras expectativas en dicho recurso, se abre la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo en vía judicial. Mientras que, en el caso de no ser interpuesto el referido recurso, se acudiría directamente a la vía judicial.

A su vez, se hará una breve alusión al régimen contenido en el Reglamento de Régimen Comunitario que, si bien no dista mucho de los procedimientos contenidos en la LOEx, añade otros requisitos necesarios para que la expulsión pueda llevarse a término, tal y como se ha ido exponiendo a lo largo de este dictamen. Antes de entrar a valorar cual debía haber sido el procedimiento correcto para iniciar el expediente, es necesario dar una breve explicación de estos procedimientos a fin de comprobar sus diferencias.

A) *Procedimiento Preferente*

Este procedimiento, contenido como se ha dicho con anterioridad en el art. 63 de la LOEx, se aplica en los supuestos siguientes: a los mencionados en el art. 53 LOEx, en concreto al supuesto de los apartados 1.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») y 1.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», al supuesto del art. 54.1.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») y 1.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»), y a lo contenido en el art. 57.2 («Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con

pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados»).

De la misma manera, el procedimiento preferente será de aplicación cuando existiendo las infracciones del art. 53.1.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»), se diera alguna de estas circunstancias: que exista riesgo de incomparecencia, que el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos o que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, sin que sea posible en estos supuesto el periodo de salida voluntario.

Tanto en la tramitación del procedimiento como en la fase de ejecución de la expulsión que pudiera recaer, será posible adoptar medidas cautelares e internamiento. Las medidas cautelares se contienen en el art. 61 y se pueden referir a: la presentación periódica ante las autoridades competentes, a la residencia obligatoria en determinado lugar, a la retirada de pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, a la detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un periodo máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento (siendo necesario en cualquier otro supuesto de detención la puesta a disposición judicial en un máximo de 72 horas), el internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento, o cualquier otra medida cautelar que el juez pueda estimar adecuada y suficiente.

Durante el procedimiento, se habrá de garantizar el derecho del ciudadano extranjero a la asistencia letrada que, en su caso, será proporcionada de oficio. A su vez, tiene el derecho de ser asistido por intérprete en el supuesto de no comprender o no hablar el español, siendo de forma gratuita si se careciese de medios económicos para poder costearlo.

Una vez iniciado el expediente sancionador, se deberá dar traslado al interesado del acuerdo de iniciación, el cual deberá estar debidamente motivado y por escrito, para que se realicen las alegaciones pertinentes dentro del plazo de 48 horas, con la advertencia de las consecuencias de no producirse de esta forma. En el caso de no realizar alegaciones

ni proposición de prueba sobre el contenido del referido acuerdo de iniciación por parte del interesado o su representante, o en el supuesto de que estas no se admitiesen, bien fuera por improcedentes o innecesarias, el instructor de forma motivada, sin cambiar la calificación de los hechos, procederá a considerar el acuerdo de iniciación del expediente como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver la cuestión. En el supuesto de que la proposición de prueba fuera estimada, ésta deberá realizarse en el plazo máximo de tres días. En el supuesto de encontrarse el extranjero irregularmente en territorio español o en el supuesto de estar trabajando en España sin autorización de trabajo, cuando el ciudadano extranjero pueda acreditar que ha solicitado anteriormente autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente (contenidas en el art. 31.3 LOEx), el órgano que deba tramitar la expulsión deberá suspender ésta hasta que se vea resuelta la solicitud, continuando con el expediente en caso de denegación. La ejecución de la orden de expulsión dictada será ejecutiva de forma inmediata.

En el supuesto de que las alegaciones que se realicen no sirvan para detener el procedimiento, cabrá interponer recurso de reposición, tal y como se desprende del art. 65.1 LOEx en relación con el art. 123.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, puesto que la resolución dictada al efecto pondrá fin al procedimiento y por ende la vía administrativa, quedando expedita la contencioso-administrativa.

B) Procedimiento Ordinario

Tal y como expusimos al comienzo de este dictamen en el apartado 1.1 del epígrafe «ARGUMENTOS DE FONDO», el inicio de este expediente sancionador, debía haberse realizado por los trámites del procedimiento ordinario pues no existía riesgo de incomparecencia por parte de la interesada, ni representaba un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, tal y como se ha podido argumentar en apartados anteriores de este dictamen y que se trata de motivos que habilitan la utilización del procedimiento preferente.

El procedimiento ordinario, se regula en el art. 63. bis de la LOEx y es susceptible de ser empleado en el resto de supuestos que contiene la ley. La resolución en que se adopte la expulsión que haya seguido los trámites del procedimiento ordinario, debe

incluir un plazo de cumplimiento voluntario y que de esta forma el extranjero pueda abandonar las fronteras nacionales por sí solo. La duración de este plazo irá desde los siete a los treinta días, comenzando a contar desde que se notifique la resolución, pudiéndose prorrogar el mismo durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias del caso concreto, tales como la duración de la estancia en el país, estar a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares o sociales. Al igual que en el procedimiento preferente pueden adoptarse medidas cautelares, tanto en la tramitación del procedimiento como a lo largo del plazo de cumplimiento voluntario, a excepción del internamiento preventivo en centros de internamiento.

En este procedimiento, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento preferente, el período existente para realizar alegaciones ante el instructor del procedimiento es de 15 días, tal y como se recoge en el art. 232.1 Reglamento LOEx).

C) Aplicación de los requisitos del Reglamento de Régimen Comunitario

En atención a la situación familiar de la cliente, en concreto a la circunstancia de que es madre de una ciudadana de la UE menor de edad, y a la jurisprudencia citada con anterioridad en este dictamen, creemos que es plenamente posible la aplicación del Reglamento de Régimen Comunitario en el expediente sancionador abierto contra la misma.

El uso del contenido de este Reglamento implicaría que, para poder alcanzar la pretendida expulsión del territorio nacional, sería necesario observar los requisitos del art. 15 del mismo. Así, solamente podrá expulsarse a un ciudadano de la UE o familiar de ciudadano de la UE (tal y como es su caso, pues la jurisprudencia entiende que en supuestos como el que nos ocupa puede incluirse a ciudadanos extranjeros dentro del ámbito de aplicación de la norma) cuando existan motivos graves de orden público o seguridad pública, teniendo en cuenta para ello la duración de residencia, la integración social y cultural del extranjero en España existente, la edad, el estado de salud, la situación económica y familiar, y la importancia de los vínculos que pudieran existir con su país de origen. Asimismo, si se decide adoptar la medida de expulsión por parte de la Administración, será necesario su fundamentación exclusivamente en la conducta personal de la persona que se pretende expulsar, y siempre que constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave para los intereses fundamentales de la sociedad. Esta

condición de amenaza deberá ser valorada con base a informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que puedan obrar en el expediente administrativo, sin que las condenas penales anteriores, en el caso de que las hubiera, constituyan por si solas razones para adoptar la medida de expulsión.

De esta manera y tras la explicación de cada uno de los procedimientos, queda claro que el procedimiento ordinario es el apropiado en su caso, por lo que como ya se ha referido en el apartado 1.1 de este dictamen, será necesario dejar constancia de nuestro desacuerdo con la aplicación del procedimiento preferente en este caso en los escritos y recursos que se realicen, quedando constancia en ellos de la vulneración que supone a los artículos 24 y 9.3 CE. Asimismo, y atendiendo a la situación familiar de la interesada, tal y como se ha venido desarrollando en este dictamen, tendrían que ser de aplicación los requisitos contenidos en el Reglamento de Régimen Comunitario, puesto que la ampliación de los mismos en relación a los contenidos en la LOEx facilita en gran medida la defensa de su situación, ya que también sería necesario valorar los derechos de la menor ciudadana de la UE, los cuales se verían vulnerados en el supuesto de que la expulsión se llevara a término.

2.2 Vía Contencioso-Administrativa

En el supuesto de que no se estimen los argumentos empleados en la vía administrativa, bien en las alegaciones presentadas o en el recurso potestativo de reposición, la siguiente vía es la jurisdicción contencioso-administrativa. En esta jurisdicción, existen diferentes recursos que pueden ser interpuestos en caso de que las resoluciones dictadas no sean favorables a los intereses de Dña. Julia, los cuales serán relacionados a continuación a fin de que se tenga conocimiento de los pasos que se pueden seguir en esta jurisdicción.

A) Recurso Contencioso-Administrativo

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, y como ya se ha adelantado, hay que referir que la jurisdicción competente para conocer del pretendido recurso es la contencioso-administrativa a tenor de los artículos 1, 2 y 8.4 de la LRJCA. El mencionado recurso contencioso-administrativo se interpondrá o bien contra la eventual denegación del recurso de reposición interpuesto contra la orden de expulsión, en caso de que éste se interpusiera, o bien directamente contra la posible orden de expulsión dictada.

En cuanto al procedimiento a seguir, deberá ser el Abreviado, según se contiene en el art. 78.1 LRJCA: «Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de este Orden Jurisdiccional conocen, por el procedimiento abreviado, de los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 30.000 euros».

A su vez, se trata de un acto administrativo impugnabile dentro de este orden jurisdiccional. Así atendiendo a la impugnabilidad del acto, la presentación de demanda es admisible a tenor del art. 25.1 LRJCA en que se establece que: «El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expesos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos». Por ello y al tratarse de un asunto relativo a extranjería, puede interponerse en el orden Contencioso-Administrativo el recurso que se pretende. En cuanto a la cuantía del asunto será indeterminada, cuestión importante a efectos de posibilitar el acceso al recurso de apelación, aunque el Letrado de la Administración de Justicia debe fijar la misma, según el art. 40.1 LRCJA, el recurso habrá que incardinarlo en el art. 42.2 primer párrafo *in fine* LRJCA, puesto que se trata de una pretensión no susceptible de valoración económica.

B) Recurso de apelación en vía contencioso-administrativa

Este recurso cabrá interponerlo en el supuesto de que la sentencia que se dicte en primera instancia no satisfaga, bien en parte, bien en su totalidad, las pretensiones planteadas. Así, en el caso de que no se anule la resolución que ordene su expulsión del territorio nacional, es posible interponer este recurso, puesto que al haberse fijado la cuantía en indeterminada en el procedimiento anterior, la interposición de la apelación queda expedita. Dicho lo anterior, cabe decir que la interposición de este recurso estará unida al contenido de la sentencia en concreto, puesto que el referido recurso habrá que basarlo en dicha sentencia y en el fallo de la misma, no pudiendo repetir sin razón alguna

la argumentación empleada en el recurso anterior, puesto que no se considerará admisible por parte del tribunal un recurso absolutamente igual al anterior.

De esta manera, el art. 81 de la LRJCA posibilita la interposición de recurso de apelación contra sentencias de los juzgados de lo Contencioso-Administrativo por la persona que se encuentre legitimada para ello (art. 82 LRJCA). El recurso de apelación habrá de interponerse dentro de los quince días siguientes al de la notificación de la sentencia dictada en instancia puesto que, si no se realiza en el referido plazo, la sentencia será declarada firme por el Letrado de la Administración de Justicia, y deberá interponerse ante el Juzgado que dictó la sentencia, según se establece en el art. 85.1 de la LRJCA. El órgano que dictará nueva sentencia en caso de considerarlo oportuno será la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Tras ser admitido el asunto por parte del tribunal y una vez desarrollado el procedimiento en esta instancia, la Sala dictará sentencia en el plazo de diez días que se deberán contar desde la declaración de que el pleito está concluso para sentencia, como así dispone el art. 85.9 del mismo cuerpo legal.

C) Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo

Nuevamente, y en el caso de no obtener una sentencia favorable en apelación, es posible en determinados supuestos interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Esta posibilidad viene contenida en los artículos 86 y siguientes de la LRJCA.

Serán susceptibles de recurso de casación, entre otras opciones, las sentencias dictadas en apelación por la Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, tal y como se establece en el art. 86.1 del citado cuerpo legal. Asimismo, para que la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia pueda ser susceptible de recurso de casación, es necesario que el mismo se funde en infracción de normas de Derecho estatal o de la UE y que dicha infracción sea relevante y determinante del fallo que se impugne con el recurso, siempre y cuando estas normas hubieran sido invocadas en el proceso o fueran tenidas en consideración por la Sala sentenciadora (art. 86.3 de la LRJCA).

Una vez cumplidos los anteriores requisitos, y siempre en el caso de que la sentencia de apelación infrinja alguna norma estatal o de la UE, será necesario cumplir nuevamente otros requisitos contenidos en los artículos 88 y 89 de la LRJCA relativos al

interés casacional objetivo y al contenido del recurso respectivamente, respetando el contenido del Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de veinte de abril de 2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera, para que el Tribunal admita el recurso a trámite. Así, será necesario invocar una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto de ámbito procesal como sustantiva, o relativa a la jurisprudencia, tal y como se establece en el art. 88.1 de la LRJCA.

En cuanto al interés casacional objetivo necesario para que el Tribunal Supremo admita a trámite el recurso tras la reforma que entró en vigor el día 22 de julio de 2016, es necesario indicar que varias son las posibilidades contenidas en el art. 88 de la LRJCA que pueden dar acceso al recurso de casación. En el apartado 2 del art. 88 de la LRJCA se hace referencia a las opciones tasadas que permiten apreciar que existe interés casacional objetivo en la resolución que se impugna por parte del Tribunal Supremo, mientras que, y a diferencia de las posibilidades del apartado 2, el art. 88.3 de la LRJCA establece los motivos que conllevarán que el interés casacional objetivo se presuma en la resolución que se recurre siempre y cuando se trate de los contenidos en el referido precepto; aunque el Tribunal puede inadmitir el asunto en tres supuestos incluidos en el mismo si «carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», tal y como se contiene en el art. 88.3 de la LRJCA *in fine*.

El recurso se tendrá que preparar ante la Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución que se pretende recurrir, estando legitimados quienes hayan sido parte en el proceso o hubieran debido serlo (art. 89.1 de la LRCJA). El escrito de preparación deberá realizarse observando los requisitos contenidos en el art. 89.2 de la LRCJA, relativos al plazo, la legitimación, la recurribilidad de la resolución que se pretende impugnar, la necesidad de identificar las normas o jurisprudencia vulneradas y la justificación de que la infracción cometida en la resolución que se recurre ha sido relevante.

Una vez realizados los trámites de preparación y si el recurso se ve admitido, será necesario presentar el escrito de interposición, el cual deberá también observar ciertos requisitos en relación con los ya referidos del escrito de preparación (art. 92.3 de la LRCJA). Desarrollado el procedimiento, la Sección competente (o el Pleno de la Sala en determinados casos) dictará sentencia en un plazo de diez días desde que se termine la deliberación para votación y fallo (art. 92.8 de la LRJCA). Tras ello, la sentencia deberá

fijar la interpretación de las normas sobre las que se considera necesario un pronunciamiento del Tribunal, resolviendo las cuestiones y pretensiones objeto del proceso y anulando la sentencia en todo o en parte, o en su caso confirmándola. En el supuesto de que se considere necesario podrá ordenarse la retroacción de actuaciones al momento del procedimiento oportuno para corregir el error detectado (art. 93.1 de la LRJCA).

a) Cuestión Prejudicial

Con anterioridad, en este dictamen ya se hizo referencia a la cuestión prejudicial cuando se citaba la Sentencia de 23 de abril de 2015 del TJUE, en que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco lo solicitó.

Dado que se trata de una posibilidad que nuestro marco jurídico nos permite, nos parece adecuado darle unas breves notas acerca de cuándo puede ser invocada esta posibilidad y cuál es su funcionamiento.

La cuestión prejudicial se encuentra incluida dentro de los procedimientos que pueden ser ejercitados ante el TJUE. El referido procedimiento puede ser empleado por los jueces nacionales de los Estados miembros de la UE, pudiendo consultar al TJUE sobre la interpretación o la validez del Derecho europeo en el transcurso de un litigio. Aunque esta posibilidad de consulta es viable para todos los órganos jurisdiccionales, los que más suelen hacer uso de ella son los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo, motivo por el cual hemos incluido esta referencia a la cuestión prejudicial en este apartado.

Hay que dejar patente que la cuestión prejudicial no se trata de un recurso contra ningún acto europeo o nacional, sino una consulta acerca de la aplicación del Derecho europeo, por lo que se trata de una herramienta muy útil para la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el mencionado TJUE a fin de lograr una uniforme aplicación del Derecho europeo dentro de la UE.

De esta forma, si en el desarrollo de un litigio se plantea algún problema con la aplicación de una norma de Derecho europeo, el Tribunal que esté viendo el asunto podrá plantear dicha cuestión al TJUE para que éste la resuelva. Dentro de esta posibilidad existente, existen dos tipos de procedimiento prejudicial: La solicitud de interpretación de la norma europea, es decir, la posibilidad de que el juez nacional solicite al TJUE que

concrete una interpretación acorde al Derecho europeo para poder aplicar el juez nacional la norma de forma correcta. El segundo tipo se trata de la cuestión sobre la validez de un instrumento europeo de Derecho derivado, en que el juez nacional puede solicitar al TJUE que controle la validez de un acto del Derecho europeo.

Aunque queda patente que la referida cuestión prejudicial es propia de jueces, también puede ésta ser solicitada por una de las partes en el pleito, siendo el órgano al que se le solicita quien toma la decisión de remitirla al TJUE si considera necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo, sin estar obligado a ello. En el supuesto de que dicha cuestión se suscite en un asunto ante un órgano jurisdiccional nacional ante el que no quepa recurso ulterior dentro del Derecho interno, ese órgano jurisdiccional estará obligado a remitir la cuestión planteada al TJUE, tal y como se establece en el TFUE, excepto que el TJUE ya se haya pronunciado al respecto o que la interpretación sea obvia y se necesite de tal cuestión prejudicial.

Ante la cuestión prejudicial, el TJUE no puede negar la respuesta, pero sí que podría oponerse a responder si la referida cuestión no se encuentra dentro de su ámbito competencial. De esta manera, una vez remitida la cuestión prejudicial, el procedimiento judicial nacional debe quedar paralizado hasta que el TJUE se pronuncie al respecto. Una vez emitida la decisión del TJUE, ésta tiene fuerza de cosa juzgada, es decir, no podrá volver a solicitarse su opinión al respecto y será obligatoria tanto para el órgano jurisdiccional que haya remitido la cuestión prejudicial como para todos los órganos jurisdiccionales del resto de Estados miembros.

Atendiendo a la explicación anterior, ésta sería otra posibilidad que podría ser tenida en cuenta en el supuesto de que sea necesario acudir a la vía judicial, puesto que como ya ha quedado reflejado, que se trata de una herramienta de una utilidad clara, pero también con riesgos implícitos en cuanto al desconocimiento de qué decisión puede ser emitida por el TJUE. Por ello, y aunque la referida cuestión prejudicial puede plantearse ante cada uno de los órganos jurisdiccionales ante los que se interpongan recursos, es conveniente señalar que la mejor opción sería plantear la cuestión en el recurso de apelación, dado que hacerlo en el primer recurso que se interponga cerrará el acceso a los siguientes recursos posibles en caso de que la respuesta del TJUE sea perjudicial para los intereses de la cliente.

2.3 Otros recursos posibles

Una vez examinados los recursos posibles dentro de la vía Contencioso-Administrativa hay que señalar tres últimas posibilidades que podrían ser empleadas si no se hubiera logrado satisfacer sus pretensiones todavía.

Por ello, cabe referirse a la cuestión de inconstitucionalidad y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por un lado y a la demanda ante el Tribunal de Derechos Humanos. A continuación, se dará una breve explicación de estas opciones a fin de completar la lista de posibles vías para poner fin a su controversia.

A) *Cuestión de inconstitucionalidad*

Esta primera vía se basa en la posibilidad que viene contemplada tanto en el art. 5.2 de la LOPJ, como en la LOTC, en su art. 35.1, estableciendo este último: «Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley».

De la misma forma que se ha referido anteriormente en relación a la cuestión prejudicial, la cuestión de inconstitucionalidad, en el supuesto de que esta opción sea interesante para los intereses de la cliente, será conveniente plantearla en apelación, ya que de otra manera, en el caso de que el Tribunal Constitucional emita una sentencia desfavorable, ésta impedirá recursos posteriores que eventualmente puedan ser favorables a las pretensiones planteadas.

El órgano podrá plantear la referida cuestión de inconstitucionalidad tras la conclusión del procedimiento judicial y dentro del plazo para dictar la resolución que procediera, debiendo concretar la ley o norma con fuerza de ley que considere pueda no ser acorde a nuestra Constitución, el precepto de la CE que se pueda ver vulnerado y justificando en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma (art. 35.2 de la LOTC). Esta situación conllevará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la cuestión planteada, tal y como se establece en el art. 35.3 de la LOTC.

Una vez concluido el procedimiento, contenido en los artículos 35 y siguientes de la LOTC, el Tribunal Constitucional pondrá en conocimiento su fallo al órgano judicial

que esté conociendo del asunto en que se planteó la cuestión, a fin de que se notifique a las partes la sentencia constitucional. El referido órgano judicial y las partes personadas quedarán vinculados a la sentencia dictada (art. 38 de la LOTC).

En el supuesto de que la sentencia declare la inconstitucionalidad de la ley puesta en cuestión, el Tribunal Constitucional, a su vez, declarará la nulidad de los preceptos que hayan sido impugnados al igual que los que estén relacionados con los mismos, según se contiene en el art. 39 de la LOTC.

Aunque no se trata propiamente de un recurso, resulta relevante dejar constancia del mismo puesto que se trata de otra opción a tener en cuenta en el futuro. Como ya se ha referido anteriormente en este dictamen, varios son los derechos constitucionales que pueden verse afectados en este supuesto. Así, como ya se ha indicado anteriormente, se debe hacer referencia al art. 18.1 CE en que se reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al art. 19.1 CE en relación al derecho a elegir libremente la residencia y circular por territorio nacional, a los principios rectores de protección social, económica y jurídica de la familia que se encuentran en el art. 39 CE y a la protección integral de los hijos y las madres del art. 39.2 CE. También es conveniente tener presente el apartado 3ª del art. 39 en que se establecen los deberes de los padres en cuanto a sus hijos y el apartado 4º en relación a los derechos de los menores contenidos en acuerdos internacionales.

Los referidos artículos 18.1, 19.1 y 39 CE hay que ponerlos en relación con la ley que supone su vulneración, por lo que será necesario hacer referencia, por un lado a la LOEx, en su art. 57.1, puesto que al proponer sanción de expulsión no se atiende en este caso al principio de proporcionalidad referido en la Ley. Y a su vez, será conveniente invocar el Reglamento de Régimen Comunitario, en su art. 15.1.c) *in fine* en cuanto a la no consideración en el expediente de su situación familiar y social. Queda patente que los artículos 57.1 LOEx y 15.1.c) *in fine* del Reglamento de Régimen Comunitario pueden vulnerar los preceptos constitucionales citados, ya que los derechos del art. 18.1 CE relativos a la intimidad personal y familiar de la cliente se verán completamente vulnerados en caso de llevarse a cabo la expulsión, impidiendo la realización efectiva de estos derechos. A su vez, los derechos del art. 19.1 CE en cuanto a la libre elección de residencia y libertad de circulación también se verían conculcados por la referida decisión de expulsión, puesto que impediría a la cliente hacer uso de las libertades protegidas.

Asimismo, los principios rectores relativos a la familia contenidos en el art. 39 CE no serían respetados, ya que la expulsión del territorio implicaría necesariamente la inobservancia de los mismos al no tener en cuenta la Administración la situación de la solicitante del dictamen y en especial los derechos que tiene la menor de edad.

En esta posibilidad existente, hay que indicar que si bien puede ser planteada al órgano judicial por nuestra parte, será este último el que decida si eleva dicha cuestión ante el Tribunal Constitucional o no.

B) Recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se basa en la protección ante vulneraciones de los derechos y libertades que se encuentran reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 CE, cuando estas vulneraciones tengan su origen en disposiciones, actos jurídicos, omisiones o vías de hecho de los poderes públicos del Estado, Comunidades Autónomas o cualquier ente público territorial, corporativo o institucional (incluyendo al personal a su servicio) tal y como se establece en el art. 4. dos de la LOTC. Por este motivo, la pretensión debe ser la necesidad de restablecimiento o preservación de los derechos o libertades que hayan sido quebrantados.

La normativa que regula este recurso es la LOTC y en ella se contienen tres posibles tipos⁵ de recurso de amparo según el origen del acto al que se imputa la vulneración que se alegue. Puesto que en el supuesto de emplear este recurso, lo será a razón de la decisión judicial (art. 44 de la LOTC) emitida por el Tribunal Supremo, nos centraremos en esta modalidad, omitiendo por ello las otras dos opciones, ya que se refieren a recurso de amparo contra decisiones parlamentarias (art. 42 de la LOTC) o contra decisiones gubernativas y administrativas (art. 43 de la LOTC), si bien esta última podría estudiarse como posibilidad, puesto que la decisión contenida en la posible orden de expulsión que se dicte podría vulnerar igualmente los derechos amparados por este recurso.

⁵ Hay que señalar que la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General prevé dos posibles recursos de amparo contra actos y decisiones de la Administración electoral: recurso de amparo contra los Acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de candidatos y candidaturas (contenido en su art. 49.3) y el recurso de amparo contra los Acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de Presidentes de las Corporaciones locales (art. 114.2).

En cuanto a quién puede interponer el mencionado recurso, puede hacerlo quienes hayan sido parte en el proceso judicial del que trae causa el recurso de amparo, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal (art. 46. b) LOTC). Por otro lado, será necesario cumplir los requisitos del art. 44 de la LOTC para poder interponer el recurso, es decir, haber agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales dentro de la vía judicial, que la violación del derecho o libertad pueda ser imputada de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial, sin importar los hechos que fueron motivo para el inicio del proceso, ya que sobre éstos no entrará a conocer el Tribunal. A su vez, es necesario que se hubiera denunciado formalmente durante el procedimiento, siempre que se pudiera y lo antes posible, el concreto quebrantamiento del derecho constitucional afectado. Asimismo, será absolutamente necesario cumplir el requisito de justificar la especial trascendencia constitucional que tiene el recurso, lo cual no se trata de la fundamentación propiamente dicha de la vulneración concreta derivada de la decisión judicial, que también deberá quedar reflejada, sino la importancia a efectos constitucionales de la importancia que supone el recurso presentado en cuestión. El plazo para poder interponer el recurso es de treinta días, contados a partir de la notificación de la resolución dictada en la vía judicial previa (art. 44.2 de la LOTC).

Este recurso se debe iniciar mediante demanda ante el Tribunal Constitucional, la cual, aparte de los requisitos mencionados anteriormente, debe quedar constancia con precisión los hechos que motivan la interposición del recurso, los preceptos de la Constitución que se consideran infringidos y la fijación precisa del amparo que se está solicitando para la preservación o restablecimiento efectivo del derecho o libertad vulnerado (art. 49 de la LOTC).

Para que el Tribunal Constitucional decida admitir el recurso, como ya se ha dicho, será necesario que el contenido de la demanda pueda justificar una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal, debido a la especial trascendencia constitucional que se desprenda del asunto, valorando su importancia a efectos de la aplicación de la Constitución o en cuanto a su general eficacia, o para la determinación del contenido y alcance de los concretos derechos fundamentales atinentes al caso (art. 50.1 de la LOTC).

En el supuesto de inadmisión, se deberá explicar el requisito que se ha visto incumplido, siendo solamente recurrible esta decisión por el Ministerio Fiscal en súplica en el plazo de tres días (art. 50.3 de la LOTC). Si el recurso es admitido, y tras haberse

desarrollado el procedimiento, la Sala o la Sección cuando conozcan el fondo del asunto, en su sentencia se pronunciará a favor del otorgamiento de amparo o denegando el mismo (art. 53 de la LOTC). A su vez, hay que señalar, que cuando se conozca del recurso por parte del Tribunal en relación a decisiones de jueces o tribunales, se limitará aquel concretar si se han violado derechos o libertades de la persona que interpone el recurso y a la preservación y restablecimiento de los derechos y libertades concretas, absteniéndose de otras consideraciones en cuanto a la actuación efectuada por el órgano judicial del que deriva la decisión (art. 54 de la LOTC).

Si la sentencia otorga el amparo, ésta se pronunciará de alguna de estas formas: o bien declarando la nulidad de la decisión impugnada, reconociendo el derecho o libertad pública vulnerado, o restableciendo al recurrente en la integridad del derecho o libertad, mediante las medidas necesarias (art. 55 de la LOTC).

Aunque la interposición del recurso de amparo, con carácter general, no suspende los efectos derivados de la decisión impugnada, el Tribunal, bien de oficio o a instancia de parte, puede suspender total o parcialmente los efectos de la decisión, cuando considere que la ejecución de la misma pudiera producir al demandante un perjuicio que hiciera vaciar de utilidad la finalidad del amparo solicitado, siempre y cuando la suspensión no ocasione una perturbación grave a intereses constitucionalmente protegidos. También puede el Tribunal aplicar las medidas cautelares o resoluciones provisionales contenidas en el ordenamiento jurídico que puedan ser empleadas en el proceso, a fin de evitar que se pierda la finalidad del referido recurso (art. 56 de la LOTC).

De esta forma y atendiendo a lo anteriormente expuesto, podrán invocarse los artículos 18.1, 19.1 y 39 CE, tal y como se ha indicado en el apartado anterior relativos al derecho a la intimidad personal y familiar, a la libre elección de residencia y libertad de circulación por territorio nacional y a la protección a la familia, y a su vez el art. 24 CE en cuanto a la vulneración que supone a la tutela judicial efectiva seguir los trámites del procedimiento preferente en este supuesto concreto, impidiendo un mayor plazo para realizar alegaciones sin existir motivos reales para ello.

C) Demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La posibilidad de interponer demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) viene posibilitado por la ratificación de España del

Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶ (en adelante CEDH). El proceso derivado de la presentación de la demanda ante el TEDH es un instrumento jurídico internacional para la protección de los derechos fundamentales y libertades que el CEDH y sus protocolos admiten, operando como una garantía europea suplementaria a la proveniente de cada Estado firmante del Convenio. Se trata de un procedimiento de amparo internacional ante la vulneración de un derecho o libertad por actos o decisiones del Estado demandando, a través de un proceso contradictorio que, en caso de estimarlo pertinente, concluirá con una sentencia declarativa de la vulneración alegada. En el caso que nos ocupa, será necesario invocar el derecho al respeto a la vida privada y familiar, contenido en el art. 8 del CEDH puesto que, al llevarse a cabo la expulsión pretendida sin atender a las circunstancias concretas de la cliente, el referido derecho se vería conculcado de forma arbitraria por parte de los Poderes Públicos de nuestro país.

En cuanto a la competencia del TEDH, esta viene atribuida por el agotamiento de los recursos internos del Estado miembro, como requisito para acudir a esta vía (art. 35.1 CEDH). De esta manera, si el derecho que se considera vulnerado puede verse amparado mediante un recurso ante el Tribunal Constitucional, será necesario agotar previamente esta vía, mientras que, si no se trata de un Derecho Fundamental contenido en la CE, simplemente será necesario agotar los recursos judiciales pertinentes hasta que la resolución tenga carácter firme.

La demanda podrá ser presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares cuando se consideren víctimas de la vulneración de los derechos reconocidos en el CEDH o en sus protocolos por una de las Altas Partes Contratantes (art. 34 CEDH). El plazo para interponer la demanda será de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva (art. 35.1 CEDH). La referida demanda debe realizarse por medio de un formulario contenido en la página web <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/forms/spa&c=>

⁶ Realizado mediante Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, siendo depositado ante el Secretario General del Consejo de Europa (según el art. 59.1 CEDH) el 4 de octubre de 1979.

En cuanto a la admisibilidad de los asuntos, el Tribunal no admitirá a trámite la demanda si: es anónima, o sea sustancialmente igual a otra demanda examinada con anterioridad por el Tribunal. A su vez, no será admisible si la demanda no es compatible con las disposiciones contenidas en el Convenio o en sus Protocolos, esté mal fundada o sea abusiva, o que el demandante no haya sufrido un perjuicio importante, pudiéndose valorar este aspecto por parte del Tribunal (art. 35 CEDH).

En los asuntos que se inicien ante el Tribunal, podrá el Estado, del que el demandante sea nacional, presentar observaciones por escrito y participar en la vista que se sustancie (art. 36.1 CEDH).

Asimismo, el Tribunal, en cualquier momento, podrá cancelar la demanda del registro de entrada cuando el demandante ya no quiera mantener la misma, cuando el litigio hubiera sido ya resuelto o cuando ya no tenga justificación la prosecución del examen de la demanda. De todas formas, el Tribunal, si lo considera oportuno, podrá continuar el examen de la demanda si así lo precisa el respeto de los Derechos Humanos contenidos en el CEDH y en sus Protocolos (art. 37 CEDH).

También cabe la posibilidad de transacción en cualquier fase del procedimiento, por lo que el Tribunal podrá interceder entre las partes para conseguir una transacción sobre el asunto que se esté tratando, siempre atendiendo e inspirándose para realizar dicha transacción en el respeto a los Derechos Humanos contenidos en el CEDH y sus Protocolos y siendo este procedimiento confidencial (art. 39 CEDH).

En cuanto a la sentencia dictada en el asunto, la cual deberá estar motivada (art. 45.1 CEDH), las emitidas por las Salas serán definitivas siempre y cuando las partes declaren que no se solicitará la remisión del asunto a la Gran Sala, en el caso de que no se haya solicitado tal remisión en el plazo de tres meses después de la fecha de la sentencia o que se rechace la demanda de remisión por el colegio de la Gran sala (art. 44.2 CEDH). Por ello, en el plazo de tres meses desde que se dictó la sentencia, cualquier parte puede solicitar la remisión a la Gran Sala en casos excepcionales, que será admitida si el asunto sugiere una cuestión grave en relación a la interpretación o aplicación del CEDH, de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general (art. 43 CEDH).

La sentencia dictada bien por las Salas, bien por la Gran Sala, tendrán fuerza obligatoria, por lo que las Altas Partes Contratantes deberán atender la misma, siendo ésta

transmitida al Comité de Ministros para que vele por la correcta ejecución (art. 46 CEDH).

III. CONCLUSIONES

Una vez finalizada la exposición de los epígrafes que forman este dictamen, es necesario señalar que la situación en la que se encuentra Dña. Julia es defendible, aunque el resultado no depende únicamente de nuestros esfuerzos, puesto que son la Administración y en su caso los tribunales quienes han de decidir sobre el asunto.

Dicho lo anterior, tal y como se ha indicado anteriormente en este dictamen, es necesario dejar claro en primer lugar que el procedimiento preferente en este asunto y atendiendo a las circunstancias concretas del mismo no es el apropiado. Esto es así ya que no se da el motivo contenido en el art. 63.1.a) LOEx en cuanto al riesgo de incomparecencia de la cliente, como queda patente atendiendo a la documentación aportada. La objeción al procedimiento empleado por la Administración para tramitar el expediente será reiterada incluso en la vía judicial, pues se dificulta la defensa del asunto debido al menor plazo existente para presentar alegaciones.

Una vez puesto de manifiesto lo anterior, hay que indicar nuevamente que las referencias a los antecedentes penales de la cliente en el acuerdo de iniciación del procedimiento preferente de expulsión no implican que los mismos reflejen ningún tipo de amenaza o peligrosidad para el orden público por parte de la misma, ni a su vez que dichos antecedentes puedan tenerse en cuenta como motivo de expulsión, puesto que no se hace referencia por parte de la Administración al art. 57.2 LOEx en el mencionado acuerdo y dado que ninguno de ellos es de pena privativa de libertad superior a un año.

En cuanto al art. 53.1.a) LOEx, como ya se ha indicado, sí puede ser objeto de aplicación, puesto que la cliente se encuentra en situación irregular en nuestro país. Por ello, es necesario argumentar contra la inclusión en el mencionado precepto y en todo caso, en cuanto a la sanción pecuniaria, solicitar la misma de forma subsidiaria a la expulsión, ya que tal y como se ha reflejado, aun existiendo discrepancia acerca de su adecuación a la normativa comunitaria, la jurisprudencia sigue contemplándola como posibilidad frente a la sanción de expulsión.

Por estos motivos y a fin de ampliar las posibilidades de defensa, es conveniente hacer hincapié en que si se procede a hacer efectiva la expulsión, la situación de la hija

menor de edad que padece una grave enfermedad cardíaca quedaría completamente en desamparo, puesto que se encuentra bajo la guarda y custodia de la madre tal y como consta en la sentencia de divorcio que se ha facilitado. Como se ha reiterado en varias ocasiones anteriormente, la circunstancia de que Dña. Julia sea madre de una ciudadana de la UE, puede facilitar la defensa de la situación planteada, pues hay que contar con los derechos derivados de ella como ciudadana española y europea a la hora de valorar su situación, y por ello si la expulsión es prevalente al conjunto de circunstancias concretas del supuesto. Por ello, será necesario solicitar que se tenga en cuenta el Reglamento de Régimen Comunitario para proceder a la valoración de la expulsión, ya que deberán incrementar los esfuerzos para motivar la misma.

De esta manera, y bajo el amparo del Reglamento de Régimen Comunitario, las posibilidades de defensa en este asunto son mayores, puesto que los requisitos y circunstancias a tener en cuenta por parte de la Administración en relación al art. 15 del Reglamento de Régimen Comunitario son más amplias, dado que es necesario tener en cuenta la duración de residencia e integración social y cultural del familiar del ciudadano de la UE en España, además de su edad, estado de salud, situación familiar y económica y los vínculos con su país de origen. A su vez, es necesario que la interesada genere algún tipo de peligro para el orden público o la seguridad pública, y que su conducta pueda considerarse una amenaza real, actual y suficientemente grave para el mismo. Ninguna de estas circunstancias concurre en la solicitante del dictamen.

En relación a las vías de actuación que existen en el caso de que las alegaciones que se puedan presentar no se tengan en consideración, como ya ha quedado patente, largo es el camino que se puede recorrer en defensa de este asunto. Así, tras las alegaciones administrativas, cabe recurso potestativo de reposición, el cual ya se ha indicado que se desaconseja, puesto que no aumentaría las posibilidades de éxito del asunto de ninguna forma, sino que podría perjudicar a los intereses de Dña. Julia. En el supuesto de que no se interponga el referido recurso potestativo de reposición ante la eventual resolución que dicte la expulsión, cabe iniciar la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa, pudiéndose interponer recurso contencioso-administrativo ante la posible resolución que acuerde la expulsión, recurso de apelación ante la sentencia dictada en el procedimiento anterior, recurso de casación ante el Tribunal Supremo y las tres opciones también planteadas, la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y la demanda ante el TEDH. Por otro lado, es

conveniente tener presente también la posibilidad de solicitar la suspensión de la ejecución de la resolución que pueda dictarse por parte de la Administración, a fin evitar que se lleve a cabo la expulsión con anterioridad a que el asunto se vea resuelto completamente.

Para alcanzar el objetivo que se pretende, será necesario recalcar todos y cada uno de los argumentos que se han ido exponiendo en este dictamen, teniendo especial importancia la jurisprudencia citada, tanto nacional como comunitaria. De esta forma, todas las sentencias a las que se ha hecho referencia anteriormente deben ser invocadas a fin de que órganos jurisdiccionales vean observadas las pretensiones planteadas y revoquen la eventual orden de expulsión futura, puesto que las situaciones que en ellas se resuelven benefician en inmensa medida las pretensiones de Dña. Julia.

Es necesario remarcar que, aunque se han explicado todas las opciones existentes, tras el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, la posibilidad de éxito es menor, pues para que se admita un asunto a casación ante el Tribunal Supremo son muchos los factores que tendrán en cuenta para entrar a conocer o no el asunto, en relación a que éste presente o no interés casacional objetivo. De esta forma, según la estadísticas publicadas en la web <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Te-puede-interesar---/Estadisticas-/> a fecha de 31 de mayo de 2017, de los 2.976 recursos ingresados, solo 1.432 han obtenido resolución de la sección de admisión y de estos solo han sido admitidos 245, cifras que dejan patente la dificultad de acceso a esta vía.

También es conveniente recalcar que las posibilidades atinentes al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y el TEDH, también son escasas, amén de muy costosas tanto económicamente como en cuanto a dilatación en el tiempo se refiere. Son opciones existentes, que podrán ser barajadas en el futuro si fuera oportuno, pero que se consideran poco viables.

Para finalizar y a tenor de todo lo anteriormente expuesto, el asunto que se plantea, como ya se ha referido, es defendible y tiene en mayor posibilidad de concluir satisfactoriamente en la actualidad, en relación a supuestos similares planteados con anterioridad, puesto que la reciente jurisprudencia referida amplia en gran medida las posibilidades de éxito ante la Administración y posteriormente ante los tribunales, pudiendo conseguirse de esta manera que las pretensiones que se plantean puedan verse

observadas y se consiga de esta forma la revocación de la posible expulsión del territorio nacional o en su caso, la sustitución de la referida expulsión por un sanción pecuniaria.

Este es nuestro dictamen que sometemos a cualquier otro fundado en mejor Derecho.

En Zaragoza a 11 de noviembre de 2017.

Fdo. José Vera Martín.

IV. ANEXO DE RECURSOS EMPLEADOS

ARTÍCULOS

- PEÑA PÉREZ, A., STJUE de 23 de abril de 2015: Una interpretación alternativa, 30 de abril de 2015, artículo en su página web Extranjería *ius cogens* Infante & Peña Abogados, consultada el día 08/11/2017.
Web: consultada el día 08/11/2017
<http://extranjeriaiuscogens.blogspot.com.es/2015/04/stjue-23-abril-2015-expulsion-multa-directiva.html>

- AGUELO NAVARRO, P. y GRANERO SÁNCHEZ, H.V., Comentarios a vuelapluma sobre la Sentencia del YJUE de 20.04.2015, 27 de abril de 2015, artículo en la página web de Abogacía Española, consultada el 12/11/2017.
Web: consultada el 12/11/2017
<http://www.abogacia.es/2015/04/27/comentarios-a-vuelapluma-sobre-la-sentencia-del-tjue-de-23-04-2015/>

- LÓPEZ MARTÍNEZ, J., Expulsión o multa a un extranjero en situación irregular: nueva polémica tras la sentencia del TJUE, 30 de abril de 2015, Editorial Jurídica Sepin.
Web: consultada el día 08/11/2017
<https://blog.sepin.es/2015/04/expulsion-o-multa-extranjero-en-situacion-irregular-tjue/>

RECURSOS WEB

- <http://www.aranzadigital.es/maf/app/authentication/signon?legacy>
Web: consultada el día 03/11/2017

- <http://derecho.isipedia.com/optativas/procesos-de-amparo/08-la-demanda-de-amparo-ante-el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-i>
Web: consultada el día 06/11/2017

- <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>
Web: consultada el día 20/10/2017
- <http://www.abogacia.es/>
Web: consultada el día 04/10/2017
- <http://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>
Web: consultada el día 20/10/2017
- <http://www.migrarconderechos.es/>
Web: consultada el día 11/11/2017
- <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>
Web: consultada el día 12/11/2017
- <https://curia.europa.eu/>
Web: consultada el día 20/10/2017
- <https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx>
Web: consultada el día 10/11/2017
- <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Portal-de-Transparencia/Te-puede-interesar---/Estadisticas-/>
Web: consultada el día 13/12/2017