



**Dictamen Jurídico.**

**Trabajo Fin de Máster.**

Dictamen elaborado por

Irina Belokopytova

Con objeto de la

**Expulsión del territorio nacional de extranjero comunitario  
con antecedentes penales**

**Diciembre 2017**

Director

Gerardo García Álvarez

## Índice

I. - ANTECEDENTES FÁCTICOS .....	4
II.- CUESTIONES JURÍDICAS .....	9
III.- NORMATIVA APLICABLE.....	10
IV.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS .....	11
4.1-. Marco jurídico de la expulsión.....	11
4.1.1 – Extranjeros .....	12
4.1.2 – Comunitarios.....	18
4.2-. Procedimiento sancionador y sus límites.....	23
4.2.1 – Modalidades del procedimiento sancionador.....	25
A-. Simplificado.....	25
B-. Preferente .....	25
C-. Ordinario .....	28
4.2.2 – Principio de proporcionalidad.....	30
A-. Arraigo e interés superior del menor .....	34
B-. Orden público y antecedentes penales .....	45
V.- PROCEDIMIENTO.....	55
5.1. Requisitos procesales y competencia.....	55
5.2. Estrategia a seguir.....	59
5.2.1.- Recurso contencioso-administrativo .....	59
5.2.2.- Recurso de Apelación .....	64
5.2.3.- Recurso de Amparo.....	67
5.3. Costas.....	69
VI.- CONCLUSIONES.....	71
ANEXO I.- JURISPRUDENCIA .....	77
ANEXO II.- BIBLIOGRAFÍA .....	80

## **ABREVIATURAS**

AAEE	Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, año 2000
CE	Constitución Española
CEDF	Carta Europea de los Derechos Fundamentales, año 2010
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos, año 1950
CIE	Centro de Internamiento de Extranjeros
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

LOTC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pùblicas
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
Nº Rec.	Número de Recurso
Nº Res.	Número de Resolución
p.	Página
pp.	Páginas
RD	Real Decreto
RELOEX	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LOEX.
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TIE	Tarjeta de Identidad de Extranjero
TUE	Tratado de la Unión Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
UE	Unión Europea
<i>vid.</i>	Véase

A requerimiento de Don Marcos Salvador Pacheco, con NIE número X123456-X, mayor de edad, con domicilio en calle Constitución 1, 3ºA, 50004, de Zaragoza, se da contestación por este despacho, a cargo de la Letrada que suscribe, a la consulta que, con los antecedentes que se exponen a continuación, se plantea, al objeto de evacuar dictamen técnico sobre las diferentes cuestiones jurídicas que suscitan los siguientes:

## **I. - ANTECEDENTES FÁCTICOS**

1-. Desde la Jefatura Superior de Policía de Aragón, Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, se emite denuncia por funcionario con carné XXXXX en fecha 6 de mayo de 2017 contra el cliente arriba reseñado, como consecuencia del control de extranjeros en la provincia de Zaragoza.

Se presentó en dependencias de dicha Brigada por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía adscritos a la Brigada Móvil, al cliente, ciudadano colombiano, de nombre Marcos Salvador Pacheco, nacido el XX/XX/1983 en Valle del Cauca (Colombia), indocumentado, con NIE número X123456-X, respecto del cual, además de constarle varias reseñas policiales, constan los siguientes antecedentes penales:

- Condena de tres años de prisión impuesta por la AP de Zaragoza, por un delito de tráfico de drogas en Ejecutoria XX/2009.
- Condena de un año de prisión impuesta por el Juzgado de lo Penal nº X de Zaragoza por un delito de atentado en Ejecutoria XX/2007.
- Condena de cuatro meses de días multa (8 euros/día) y accesorias impuesta por el Juzgado de lo Penal nº X de Zaragoza por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas en Ejecutoria XX/2015.

Por otra parte, se comprueba en los archivos informáticos que le consta una solicitud de residencia de familiar de comunitario inadmitida por la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza en fecha 2 de junio de 2016. El extranjero contrajo matrimonio con la ciudadana española Mercedes Escobar Peregrín, titular de DNI 12345678-A.

Que con la conducta descrita se pone en peligro de forma actual y grave el orden público, perturbando la paz social y atentando con ello a un interés fundamental de la sociedad, siendo intereses protegidos por la legislación, siendo en este caso concreto, una conducta constitutiva de delitos contra la salud pública y su posterior condena penal, lo cual tiene evidente trascendencia social a la vez que entraña un verdadero ataque al interés público, siendo dichas conductas contrarias al orden y a la seguridad pública, incluso por incidir en el derecho fundamental que es la vida y la integridad física y psíquica.

Todo ello, concluye la denuncia, puede ser constitutivo de la conducta prevista en el art. 15.1 en relación con el apartado 5.d) del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de Estados Miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, pudiendo imponerse la medida de expulsión, prevista en la letra c) del mencionado apartado, así como la prohibición de entrada establecida en el punto 2.

2.- En la misma fecha, 6 de mayo de 2017, vista la denuncia formulada y a la que se ha hecho referencia, el Comisario Jefe de la Brigada Provincial, emite acuerdo de iniciación de procedimiento ordinario para expulsión, previsto en la DA 2<sup>a</sup> del RD 240/2007, la cual se remite a la LOEX y a su reglamento de desarrollo, aprobado éste por RD 557/2011, de 20 de abril, en concreto a sus arts. 242 a 248 en relación con los arts. 216 a 233, pudiendo imponerse las medidas limitativas establecidas en los arts. 15.1 c), 2 y 3 del RD 240/2007, de expulsión del territorio por un período mínimo de 1 año y máximo de 10 años, así como la interrupción de residencia durante ese período.

Se produce en la misma fecha la notificación de dicho acuerdo de iniciación, disponiendo de un plazo de 15 días hábiles a partir del siguiente al de la notificación, para aportar las alegaciones, documentos y pruebas pertinentes.

3.- En fecha 16 de mayo de 2017, se presenta escrito de alegaciones respecto del acuerdo de iniciación, solicitándose el archivo inmediato del expediente sancionador. Centrándose los motivos de dicho escrito en:

- error de apreciación de la situación administrativa del mandante en España al presentar un permiso de residencia de familiar de comunitario en estado de trámite, habiéndose presentado su solicitud a principios de mayo de 2017, y que de acuerdo al

art. 12.2 del RD 240/2007 le permite trabajar y residir en España, por tanto no cabe expulsión por situación irregular. Se solicita rectificación de dicho error.

- se afirma que tras la entrada en vigor del Reglamento de Extranjería (RD 557/2011) se ha impuesto el criterio de sustitución de la expulsión por una multa (o revocación de la misma) en los casos de expulsión por situación irregular de extranjeros que en el momento de la misma acrediten encontrarse bien en situación de arraigo temporal y laboral (llevar más de 3 años en España, contra con precontrato, carecer de antecedentes en España y en el país de origen), bien en situación de obtener autorización de trabajo y/o residencia a través de otros procedimientos legales. Por lo que, dado que el cliente se encontraba en el momento de la denuncia en situación de arraigo social, laboral y familiar (más de 3 años empadronado en España, esposa e hijos menores españoles, oferta de trabajo en firme), subsidiariamente, se afirma la inconveniencia e improcedente de la expulsión, por lo que se solicita su anulación.

Cabe destacar que en este escrito no se hace referencia alguna a los antecedentes penales del cliente.

4-. En fecha 25 de mayo de 2017 se recibe notificación de la propuesta de resolución del procedimiento ordinario, y por parte del Instructor del procedimiento se contesta a las alegaciones formuladas en el escrito previamente mencionado.

Así, contesta que las manifestaciones contenidas en el escrito no desvirtúan los hechos imputados, ajustándose la situación administrativa del expeditado a la infracción prevista en el art. 15.1 b) y c) en relación con el apartado 5 d) del RD 240/2007, donde se habla de la posibilidad de aplicar la medida de expulsión a ciudadanos comunitarios o a los miembros de su familia, cuando así lo impongan razones de orden público, seguridad pública o de salud pública, basándose para ello en un comportamiento que constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a la convivencia social.

Por lo que, según el Instructor, lo anterior desmiente lo afirmado en las alegaciones sobre la inconveniencia de la incoación del procedimiento por haber solicitado el extranjero con anterioridad una autorización de residencia, al no basarse el motivo de incoación en la estancia irregular de la LOEX (art. 53 y ss.) sino en el motivo del art. 15.1 RD 240/2007 (expulsión de comunitario por razones de orden público al

presentar antecedentes que atentan contra el interés general de la sociedad). Por tanto, siendo indiferente que el extranjero sea o no titular de una autorización de residencia de familiar comunitario para poder tramitarse el expediente al amparo del RD 240/2007.

Por los hechos probados se deduce que la conducta del extranjero supone un riesgo para el orden público, ya que ha sido condenado por delitos contra la salud pública, contra el orden público y contra la seguridad vial.

De modo que se acuerda la expulsión y prohibición de entrada del extranjero en territorio nacional por 5 años, interrumpiéndose la continuidad de la residencia en España una vez la resolución de expulsión se ejecute, disponiendo de un plazo de 15 días hábiles para presentar alegaciones, documentos y pruebas pertinentes.

5-. En fecha 30 de mayo de 2017 se remite escrito de alegaciones respecto de la propuesta de resolución, reiterando íntegramente los argumentos del escrito previamente mencionado.

6-. En fecha 3 de junio de 2017 se presenta también escrito de alegaciones complementarias para que se adjunte a lo ya expuesto documentación variada: DNI de la madre del extranjero (igualmente originaria de Colombia), informe de vida laboral (de más de 7 años, y donde figura alta a fecha de abril de 2017 con contrato laboral con empresa de catering y servicios), acreditación de realización de taller y curso (taller de informática y comunicación, y curso de manipulador de alimentos de alto riesgo), y acreditación de que el padre y el tío fueron asesinados por las FARC de Colombia en el año 2005.

7-. En fecha 1 de julio de 2017 se recibe notificación de resolución administrativa de la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza, de misma fecha, por la que se ordena la expulsión del Sr. Salvador, una vez estudiado el expediente sancionador y el informe de la Abogacía del Estado solicitado con carácter previo a la resolución administrativa, el cual estima procedente la expulsión.

Indica dicha resolución que:

- Dado que el ciudadano es familiar de un ciudadano de un país miembro de la UE, el procedimiento sancionador de expulsión de aplicación es el previsto en el art. 15 del RD 240/2007, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

- Que dichas razones de orden público se infieren de la conducta reflejada en las sentencias condenatorias de fecha 2007 (por delito de atentado), 2009 (por delito contra la salud pública) y 2015 (por delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas).

- Que se decreta la expulsión y prohibición de entrada por 5 años a contar desde que la expulsión efectivamente se ejecute, y dado que se trata de un procedimiento ordinario, y se aplican las disposiciones de la LOEX y su reglamento de desarrollo, se concede el plazo de un mes desde la notificación para dejar el país voluntariamente, en base al art 63 bis 2 LOEX.

Contra dicha resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe recurso de reposición en el plazo de 1 mes o directamente recurso contencioso administrativo en el plazo de 2 meses.

8-. Se interpone recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución de expulsión, basándose en los mismos motivos expuestos reiteradamente en los escritos de alegaciones antes referidos. Dicho recurso es desestimado por resolución de la Subdelegación de Gobierno en Zaragoza de fecha 1 de noviembre de 2017, de acuerdo a la cual no existen hechos nuevos que desvirtúen el contenido de la resolución recurrida, reiterando los hechos expuestos en dicha resolución, y finalmente desestimando el recurso.

Contra dicha resolución, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer en el plazo de 2 meses recurso contencioso- administrativo ante el Juzgado Contencioso-Administrativo de Zaragoza.

8-. La esposa del Sr. Salvador, acude al despacho para consultar sobre las posibilidades que existen de anular la expulsión y que su marido se quede en España.

## **II.- CUESTIONES JURÍDICAS**

En relación con los antecedentes fácticos expuestos, se plantean las siguientes cuestiones jurídicas a fin de determinar la mejor estrategia a seguir:

- 1) Marco jurídico de la expulsión, diferenciando entre extracomunitarios y comunitarios.
- 2) Procedimiento sancionador y sus límites, con la distinción entre las modalidades de procedimientos y el análisis del principio de proporcionalidad y su manifestación en el caso concreto.

### **III.- NORMATIVA APLICABLE**

Para la resolución de las cuestiones jurídicas planteadas, se puede acudir a la siguiente normativa que resulta de aplicación a las mismas:

- TUE, art. 3
- TFUE, art. 21, 83
- CEDH (1950), art. 8
- CEDF (2010), art. 7
- CDFUE (2000), art. 8, 45
- Directiva 2004/38/CE, Considerandos 23-25, 27, arts.30, 32
- CE, arts.9, 10, 13, 14, 18, 19, 24, 25, 39, 53, 103
- CC, art. 3, 21, 22, 67-70, 154
- CP, art. 136
- LOTC, art. 2, 44
- LEC, art. 241, 394
- LRJSP, arts. 27, 29
- LJCA, arts. 1, 3, 14, 19, 23, 25, 40, 45, 46, 51, 56, 78, 129, 130, 131, 132, 134, DF 1<sup>a</sup>
- LOEX, arts. 1, 5, 50-55, 57, 58, 61, 62, 63, 63 bis
- RD 240/2007, arts. 2, 12, 15, DA 2<sup>a</sup>
- RD 557/2011, arts. 216- 233, 235, 241-248

## **IV.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **4.1-. Marco jurídico de la expulsión**

La legislación establece una distinción entre extranjeros comunitarios y aquellos que no lo son, todo ello a raíz de que España se adhiriese a las Comunidades Europeas como Estado miembro de pleno derecho el 1 de enero de 1986.

La normativa básica reguladora de unos y otros es por tanto distinta: distinguimos entre el denominado Régimen General (extracomunitarios) y el régimen de los ciudadanos de la UE (comunitarios).

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (denominada Ley Orgánica de Extranjería por lo que en adelante se hará referencia a la misma como LOEX), indica en su art. 1 que se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de dicha Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española. No obstante, hay excepciones a su aplicación, por lo que añade, entre otros, que los nacionales de los Estados miembros de la UE y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la LOEX en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

La regulación del régimen general es la que figura en la LOEX (y en sus disposiciones de desarrollo, en concreto el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LOEX, en adelante RELOEX), pero como se ha mencionado, para aquellos que sean ciudadanos de otros Estados miembros de la UE y de los restantes Estados parte en el AEEE, son de aplicación las normas propias, siendo la LOEX supletoria; y en concreto, les es de aplicación el RD 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, que, al igual que la LOEX, en su Preámbulo afirma que de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.3 de la LO 4/2000, en su redacción dada por las Leyes Orgánicas 8/2000, 11/2003 y 14/2003, debe recordarse que dicha Ley Orgánica es de aplicación para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de este

real decreto – esto es, comunitarios– en aquellos aspectos que pudieran serles más favorables.

Así, debemos tener en cuenta que el régimen sancionador regulado en la LOEX se aplica a los extranjeros comunitarios únicamente en aquellos aspectos a los que la misma regulación para comunitarios, RD 240/2007, se refiera expresamente.

Establecida la aclaración anterior, en lo referente al procedimiento sancionador, a continuación:

- se expondrá en primer lugar la regulación de la LOEX, y en segundo lugar la aplicable al caso concreto que nos ocupa, la del RD 240/2007, ya que el cliente es familiar de una ciudadana comunitaria, al haber contraído matrimonio con una española. Es necesario estudiar ambas legislaciones dado que, como se puede comprobar en los antecedentes fácticos expuestos, desde la incoación del procedimiento ordinario de expulsión por parte de la Jefatura de Policía se ha determinado la infracción que motiva la expulsión de acuerdo a la normativa comunitaria (art. 15.1 RD 240/2007, expulsión por razones de orden público al presentar antecedentes penales), mientras que por parte de la defensa del expeditado se trae a colación tanto la comunitaria (art. 12.2 RD 240/2007, con la solicitud de la residencia comunitaria el extranjero puede residir y trabajar) como la regulación para extracomunitarios de la LOEX (art. 53.1 a), expulsión por situación irregular en territorio nacional); de modo que debemos partir de una aclaración de la normativa a aplicar.
- se expondrá igualmente, de acuerdo a la legislación correspondiente, la naturaleza jurídica de la expulsión.

#### **4.1.1 – Extracomunitarios**

Siendo la normativa básica la LOEX, el régimen sancionador en materia de extranjería para extracomunitarios se regula en su Título III, de las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, arts. 50 y ss.

Así, comienza el Título con la determinación de la potestad sancionadora, e indica que el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones

administrativas previstas, se ajustará a la dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo, y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (derogada por las actuales Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en adelante LRJSP, y Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en adelante LPAC).

Los extranjeros, regulares o irregulares en España pueden cometer tres tipos de infracciones administrativas según la Ley: leves, graves y muy graves (art. 51.2 LOEX), cuya responsabilidad es netamente administrativa, y traen aparejadas las siguientes sanciones, según correspondan: multas pecuniarias, expulsión del territorio español cuando el infractor sea un extranjero, clausura o cierre del establecimiento, entre otras. Estas infracciones pueden ser cometidas por extranjeros residentes, irregulares o nacionales relacionados con extranjeros.

Dentro de las infracciones graves, que son las que nos interesan en este caso, reguladas en el artículo 53 LOEX, nos encontramos con (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.
- b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.
- c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito. Cuando cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador.

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.

e) Cometer una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.

f) Participar 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.

g) Las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas.

h) Incumplir la obligación del apartado 2 del artículo 4 (en caso de expedición de visado o autorización de permanencia en España por período superior a 6 meses el extranjeros debe solicitar la TIE en el plazo correspondiente de 1 mes desde la entrada en territorio nacional).

Igualmente son infracciones graves (art. 53.2 LOEX):

a) No dar de alta en la Seguridad Social al trabajador que hubiera solicitado su autorización de residencia y trabajo y bajo las condiciones contractuales presentadas.

b) Contraer matrimonio o simular relación afectiva análoga o representación legal, con ánimo de lucro o para facilitar la residencia a un extranjero indebidamente.

c) Promover la permanencia irregular de un extranjero cuya entrada haya sido objeto de carta de invitación.

d) Empadronar extranjeros cuyo lugar de vivienda no sea real.

En lo que respecta a las sanciones, el art. 55 LOEX indica que las infracciones leves, graves y muy graves se sancionan con multas pecuniarias (leves con multa de hasta 500 euros, graves con multa de 501 hasta 10.000 euros, y las muy graves con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros; en todo caso teniéndose en cuenta la capacidad económica del infractor), y en los casos que corresponda además de la multa, puede

sancionarse con la clausura temporal o cierre del establecimiento, decomiso de los medios de transporte, entre otras sanciones<sup>1</sup>.

En el caso específico de infracciones graves o muy graves cometidas por extranjeros podrá aplicarse en lugar de multa la expulsión del territorio español, previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo.

En ningún caso podrán aplicarse conjuntamente multa y expulsión (art. 57.3 LOEX).

La imposición de dichas sanciones corresponde al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

Es en el art. 57 LOEX donde se regula la expulsión del territorio. Se indica en el apartado primero de este precepto que cuando los infractores sean extranjeros y realicen las conductas tipificadas como muy graves o graves, de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53.1 LOEX, podrá aplicarse en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante resolución motivada. En su apartado segundo añade que, también constituirá causa de expulsión, 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.

A continuación el art. 58 LOEX, establece que la expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español, y la duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurren en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años. Excepcionalmente, cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años.

---

<sup>1</sup> MAGALLANES, C., DOMÉNECH GOMIS, M. *Todos los procesos de extranjería y sus actuaciones administrativas: todo sobre extranjería, nacionalidad, matrimonio, recursos administrativos y procedimientos relacionados con la práctica de extranjería en España*, 2ª Edición, Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, p.p. 288 a 300.

Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse expulsión, se afirma en el art. 61 LOEX que el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna o algunas de las medidas cautelares previstas, y que se detallarán más adelante (*vid. FJ 4.2.*).

Por último, en lo que a la naturaleza jurídica de la expulsión se refiere, en el art. 57.2 localizado en el Título III LOEX, destinado a las infracciones y sanciones en materia de extranjería, se añade por el legislador una causa de expulsión a la comisión de alguna de las infracciones graves o muy graves contempladas en el apartado 1 de dicho artículo, que llevan aparejada como sanción alternativa a la multa la expulsión; y en el art. 234 RELOEX, se establece que la tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión vía 57.2 LOEX se realizará por el procedimiento preferente. Esta ubicación, y el desarrollo reglamentario del procedimiento para acordar la medida, llevan a pensar que la expulsión del art. 57.2 LOEX es una sanción administrativa, sujeta por ello a los límites de la potestad sancionadora atribuida al poder público. Sin embargo, la condena penal del extranjero por la comisión de un delito doloso no se regula en realidad como una infracción administrativa porque no se recoge en el listado de infracciones en materia de extranjería establecido por los arts. 52, 53 y 54 LOEX, en consecuencia no lleva aparejada como sanción la multa (art. 55 LOEX), y por ende no está sujeta a la prescripción establecida (art. 56 LOEX) ni la acción para acordar la expulsión ni la expulsión efectivamente acordada. De esta regulación cabe concluir, en consecuencia, que la expulsión que tiene como causa la existencia de antecedentes penales no es una sanción propiamente dicha, sino que constituye una medida de política migratoria<sup>2</sup>.

En relación con las reiteradas alegaciones que se realizan durante la incoación del procedimiento sancionador, podemos observar que éstas se centraban en lo siguiente:

1) Art. 12.2 RD 240/2007. Situación legal del mandante en España por estar en trámite el permiso de residencia comunitario solicitado en mayo de 2017. Dicho precepto afirma que la solicitud y tramitación del certificado de registro o de las tarjetas

---

<sup>2</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión administrativa de extranjeros con hijos menores de edad españoles por aplicación del artículo 57.2 de la Ley 4/2000, de 11 de enero. El caso de la STC 186/2013, de 4 de noviembre», *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 28, enero-diciembre 2014, p.p. 316 y 317.

de residencia no supondrá obstáculo alguno a la permanencia provisional de los interesados en España, ni al desarrollo de sus actividades. Por lo que, al estar el permiso en trámite, el Sr. Salvador tiene derecho a trabajar por cuenta ajena y por cuenta propia, pudiendo darse de alta en la Seguridad Social. De ello se deduce que no cumple los requisitos para ser expulsado. Motivo por el que se solicitó la rectificación del error – la afirmación en la denuncia de la situación de indocumentación del Sr. Salvador.

Se invoca la STS de 22 de julio de 2000, Referencia repertorio Aranzadi 7160/2000, la cual tiene base en la STC 94/1993 de 22 de marzo que asienta la doctrina de la suspensión de los procedimientos de expulsión durante la regularización de la residencia<sup>3</sup>.

Subsidiariamente, se hace referencia a la regulación del RELOX, en concreto al art. 241.2, el cual afirma que cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de las previstas en la LOEX, se comprobase que consta contra el solicitante una medida de expulsión no ejecutada por concurrencia de una infracción de las previstas en las letras a) y b) del artículo 53.1 de la LOEX, ésta será revocada siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales (esto es, arraigo, ya sea social, familiar o laboral).

Como se indica en los antecedentes fácticos, se alega que desde la entrada en vigor de la LOEX y su reglamento (RD 557/2011), se ha impuesto el criterio de sustitución de la expulsión por la multa o revocación directa de la misma en el caso de expulsiones decretadas por motivo de situación irregular de acuerdo al art. 53.1 a) y de reunirse las condiciones referidas. Motivo por el que subsidiariamente se solicitó la aplicación de este criterio, revocando la expulsión, sustituyéndola por multa, por cumplir el Sr. Salvador con los requisitos para el arraigo.

2) Art. 53.1 a) LOEX. Esto es, que en el momento de la detención del expeditado, éste estaba en situación regular, por el hecho de que en el mes de mayo de

---

<sup>3</sup> *La expulsión de extranjeros que se encuentran en trámite de regularización*, Thomson Reuters (<http://www.graduadosocial.org/archivos/extranjeros.pdf>).

2017 había solicitado una autorización de residencia de familiar de ciudadano de la UE que se le fue denegada en julio de 2017.

En conclusión, en las alegaciones se defiende a través de la normativa comunitaria que la mera solicitud del permiso comunitario supone residencia legal y derecho a trabajar, por lo que no cabe expulsión, no obstante la infracción a la que se hace referencia corresponde a la normativa de extracomunitarios (situación irregular del art. 53.1 a) LOEX).

Al Sr. Salvador, siendo familiar de ciudadano comunitario, le debe ser de aplicación la normativa comunitaria correspondiente, sin dejar de ser cierto que su solicitud de permiso comunitario le supone una situación regular, por lo que, en definitiva, la infracción no es por encontrarse «sin papeles», siendo indiferente en este caso, que tuviese denegada o no dicha solicitud, tal y como ya afirmaba en su momento la denuncia.

Una vez determinado lo anterior, esto es, que la normativa que es de aplicación es la comunitaria y por tanto la regulación de las infracciones y medidas legales a adoptar es la correspondiente a dicha normativa, en el caso de proceder a la interposición de un recurso contencioso- administrativo, será necesario modificar la hasta ahora seguida estrategia de defensa, procediéndose conforme a la regulación comunitaria que a continuación se analiza.

#### **4.1.2 - Comunitarios**

La normativa específica para comunitarios tiene su origen en el derecho de las personas a circular y residir libremente dentro de la UE, que constituye la piedra angular de la ciudadanía de la Unión que creó el Tratado de Maastricht en 1992. Tras la supresión gradual de las fronteras interiores conforme a los Acuerdos de Schengen, se adoptó la Directiva 2004/38/CE (Diario Oficial de la Unión Europea -DOUE- L158, de 30 de abril de 2004) relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros.

La regulación de este derecho la encontramos en el art. 3.2 del TUE, en el art. 21 TFUE, y art. 45 CDFUE. Mientras que en el derecho interno, se manifiesta en el art. 19 CE (en relación con el art. 13 CE) y art. 5 LOEX. Derecho que, incluso, como veremos más adelante, se extiende a sus hijos menores españoles, y se pone en relación con los derechos familiares de éstos, garantizados por el art. 39 CE (*vid. FJ 4.2.2 A-.*).

El concepto de la libre circulación de personas ha ido evolucionando desde su creación. Las primeras disposiciones en la materia, que se encontraban en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957 (1.1.1, 3.1.3 y 3.1.4), se referían únicamente a la libre circulación de trabajadores y a la libertad de establecimiento, es decir, a las personas en cuanto empleados o prestadores de servicios. El Tratado de Maastricht introdujo el concepto de ciudadanía de la UE. Todos los nacionales de un Estado miembro son automáticamente ciudadanos de la Unión. La ciudadanía de la Unión es la que sustenta el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. El Tratado de Lisboa confirmó este derecho, que también se incluye en las disposiciones generales sobre el espacio de libertad, seguridad y justicia.

El hito fundamental en la creación de un mercado interior con libre circulación de personas fue la celebración de los dos Acuerdos de Schengen: el Acuerdo de Schengen propiamente dicho, de 14 de junio de 1985, y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, que se firmó el 19 de junio de 1990 y entró en vigor el 26 de marzo de 1995. Como la mayor parte de las normas de Schengen ya forman parte del acervo de la Unión, los Estados que se adhieren no pueden optar, desde la ampliación de la Unión Europea del 1 de mayo de 2004, por acogerse a la cláusula de exclusión.

A fin de transformar la Comunidad en un auténtico espacio de libertad y movilidad para todos sus ciudadanos, en 1990 se adoptaron varias directivas para que se pudiera conceder el derecho de residencia a personas que no fueran trabajadores, confluendo finalmente todas ellas, junto con la extensa jurisprudencia en materia de libre circulación, en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los

miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (miembro de la familia se considera, entre otros, el cónyuge)<sup>4</sup>.

«La circunstancia de que, entre otros, los ciudadanos miembros de los países que integran la Unión Europea no son, propiamente en España, ni españoles, ni extranjeros, sino que son ciudadanos comunitarios, determina la existencia de un régimen jurídico específico de los mismos, próximo, pero no idéntico, al de los españoles en territorio nacional y que nace del principio, y derecho, a la libertad de circulación y residencia que los ciudadanos comunitarios tienen respecto de los territorios de los estados que integran dicha Unión Europea y de que se hacen eco, actualmente y entre otros, los artículos 3.2 del Tratado de la Unión Europea en la versión vigente desde el 1 de diciembre de 2009; el artículo 21.1, 45 y siguientes y concordantes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, con idéntica vigencia; y 45 de la actual Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Preceptos que establecen, en lo que ahora interesa, el principio de libre circulación de los ciudadanos comunitarios en los países de la Unión Europea y el derecho a residir en los mismos. » (STSJ de Catilla y León 505/2017, Sala de lo Contencioso, Sección 3<sup>a</sup>, de 28 de abril de 2017).

Así, dentro del derecho interno, y como consecuencia de la Directiva 2004/38/CE mencionada, se dio lugar al RD 240/2007 que es de aplicación a este caso. Dicho RD establece en su art. 2.1 a) que se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el AEEE, cuando le acompañen o se reúnan con él, entre otros, a su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal.

En este caso el Sr. Salvador está casado con una ciudadana de nacionalidad española, por lo que es familiar –cónyuge– de una ciudadana comunitaria.

Así, la regulación de la expulsión la encontramos en el Capítulo VI de dicho RD, arts. 15 y ss., de las limitaciones por razones de orden público, seguridad pública y salud pública. Recordemos que en la propuesta de resolución de expulsión –ratificada por el Abogado del Estado y que es la definitivamente impuesta por la Subdelegación

---

<sup>4</sup> Fichas técnicas sobre la Unión Europea – 2017  
([http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_2.1.3.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.1.3.pdf))

del Gobierno–, se determina la comisión de la infracción regulada en el art. 15.1 b) y c) en relación con el apartado 5 d) del RD 240/2007.

Se establece en el art. 15.1 que cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la UE o de otro Estado parte en el AEEE, o con los miembros de su familia:

- a) Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4 del presente real decreto.
- b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.
- c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Por su parte, el apartado 5 d) del precepto añade en relación a la adopción de las medidas mencionadas, que deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, 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.

El motivo de la imposición de dicha infracción radica en las tres condenas por sentencia firme que presenta el Sr. Salvador:

- 1) Una condena de un año de prisión por un delito de atentado (lesiones) en Ejecutoria XX/2007.
- 2) Una condena de tres años de prisión por un delito de tráfico de drogas en Ejecutoria xx/2009.
- 3) Una condena de cuatro meses de días multa por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas en Ejecutoria XX/2015.

Estos antecedentes penales, según la Administración, suponen una conducta grave, una amenaza real, actual y suficientemente grave que atenta contra la convivencia social.

Por último, en lo referente a la naturaleza jurídica de la expulsión, dentro del régimen preferente que sobre la presencia de los ciudadanos comunitarios y sus familiares en España se establece, ha de considerarse que, a los efectos de las expulsiones, mientras que la regla general del artículo 57.2 de la LOEX, es que la condena de un ciudadano extranjero, dentro o fuera de España, por un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, sea causa de expulsión, en lo que toca a los ciudadanos comunitarios y asimilados, el art. 15.1 c) del RD 240/2007 dispone que cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la UE o con los miembros de su familia: Ordenar la expulsión o devolución del territorio español. Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión si existen motivos graves de orden público o seguridad pública, atendiéndose a una serie de criterios. En este sentido, según la jurisprudencia (STSJ Castilla y León, Valladolid, 505/2017 *cit.*) « la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo [o asimilados] no es propiamente una sanción administrativa, desde el momento en que, en nuestro derecho, y tal y como se sigue de la dicción del artículo 129.1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Común [actual art. 27 LRJSP], “Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.-Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.-2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley”. Siendo así que la expulsión de un ciudadano de la UE y de otros Estados parte en el AEEE en los términos en que se halla regulada, no se halla vinculada la infracción de un precepto legal que lo considere como tal, no puede hablarse legalmente de una infracción administrativa, y, por ello, no son propiamente aplicables las normas rectoras del derecho administrativo sancionador; no obstante lo cual, la evidente naturaleza perjudicial para el administrado de la consecuencia que puede determinar su salida forzosa del territorio nacional, sí guarda un paralelismo con el régimen administrativo sancionador que permiten aplicar, analógicamente y en cuanto beneficien al ciudadano, sus principios, aunque modulando su regulación a su naturaleza.»

## **4.2-. Procedimiento sancionador y sus límites**

Como hemos visto en el apartado anterior (*vid. FJ 4.1.*), la expulsión puede ser una medida a adoptar tanto si se trata de un extranjero extracomunitario, en caso de estar en situación irregular o bien tener antecedentes penales, como de uno comunitario, por razones de orden público o seguridad pública<sup>5</sup>.

Igualmente, debemos recordar que en el caso que nos ocupa se ha incoado un procedimiento ordinario de expulsión del territorio nacional, otorgándose al Sr. Salvador un período de salida voluntario de un mes.

En este sentido, debemos distinguir los tipos de procedimiento sancionador que la normativa regula. El art. 217 RELOEX afirma que el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la LOEX, se tramitará por los procedimientos ordinario, preferente y simplificado, según proceda conforme a lo dispuesto en dicha LO y en este Reglamento.

Las modalidades de tramitación del procedimiento sancionador se regulan en el Título XIV, Capítulo II del RELOEX, arts. 226 y ss.

La Circular 1/2000, de 25 de enero, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil –en la que se advierte que se trata de un «documento de uso restringido para unidades de extranjería y fronteras del Cuerpo Nacional de Policía» y que se encuentra «prohibida su reproducción, difusión, publicación o utilización por personal ajeno a estas unidades»–, imparte unas instrucciones a las Unidades de Extranjería que dejan en manos del funcionario policial la opción por el procedimiento ordinario o por el preferente –así, la Circular 1/2010, de 20 de enero, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, advierte que «se tramitará el procedimiento preferente cuando el extranjero se halle en situación irregular y, además, concurra el hecho de: carecer de domicilio; carecer de documentación; exhibir documentación caducada; aun teniendo

---

<sup>5</sup> Merece aquí aclarar el término «comunitario» que se emplea respecto del Sr. Salvador. El cliente, al haber solicitado una autorización de residencia de familiar de ciudadano de la UE (por ser su esposa una ciudadana comunitaria, nacional española), se asimila a un extranjero comunitario, y es por ello que se le aplica la calificación de comunitario; y es por ello también que la legislación que le es aplicable a efectos prácticos es el RD 240/2007 (dirigida a comunitarios y a sus familiares, quienes son los asimilados).

domicilio, éste no sea fijo ni estable, sino temporal o de tránsito; si con anterioridad fue sancionado, por ejemplo, con sanción de multa por estancia irregular; o, inclusive, si incumplió una salida obligatoria», y que también se seguirá el procedimiento preferente cuando se constate «carencia de fuentes de ingresos o de ingresos, falta de arraigo, (...), existencia previa de sanciones o condenas o incumplimientos de salidas obligatorias, etc.»<sup>6</sup>.

Por lo que, en definitiva, parece que el condicionamiento de que concurran en el momento de la incoación del expediente sancionador alguna de las circunstancias que exige la normativa para poder tramitar por el procedimiento preferente las infracciones previstas, como a continuación veremos, provoca que el procedimiento que con carácter general deba ser aplicado sea el ordinario. De un modo u otro, lo cierto es que la opción por el preferente está condicionada a que concurran los supuestos regulados por ley, en este sentido afirma el art. 226 RELOEX que el procedimiento seguido será el ordinario salvo en los supuestos especificados en el art. 234, que se tramitarán por el procedimiento preferente; debiendo además motivarse el acuerdo de iniciación por exigirlo así el art. 235.1 RELOEX.

Y, como última nota a considerar, una vez el funcionario policial opte por un procedimiento u otro, la normativa a aplicar será en función de si el extranjero es extracomunitario (se aplica la LOEX), o comunitario (se aplica el RD 240/2007). En este sentido, debemos tener en cuenta que el RD 240/2007 establece en su DA 2<sup>a</sup> sobre la normativa aplicable a los procedimientos, que en lo no previsto en materia de procedimientos en dicho RD, se estará a lo dispuesto en la LOEX, en su Reglamento, en la LPAC, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos. Por lo que en este caso, al estar el Sr. Salvador en situación asimilada a la de un comunitario, es de aplicación el RD 240/2007, y de forma supletoria la LOEX y el RELOEX.

---

<sup>6</sup> CGAE, Subcomisión de Extranjería, *Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería*, Thomson Reuters, Lex Nova, Valladolid, D.L. 2012, p.p. 13 y 14.

#### **4.2.1 – Modalidades del procedimiento sancionador.**

##### **A-. Simplificado**

Su regulación se encuentra en los arts. 238 a 240 RELOEX, y se tramita cuando los hechos denunciados se califiquen como infracción de carácter leve prevista en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 52 LOEX.

Se inicia de oficio por acuerdo dictado al efecto por alguno de los órganos competentes establecidos en el artículo 219.2 RELOEX o por denuncia formulada por los agentes del Cuerpo Nacional de Policía, excepto cuando la infracción imputada sea alguna de las establecidas en las letras c), d) y e) del citado artículo 52, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el artículo 55.2 LOEX.

Este procedimiento simplificado deberá resolverse en el plazo máximo de dos meses desde que se inició.

##### **B-. Preferente**

La orden de expulsión es una resolución que ordena de forma inminente salir del país al extranjero que se encuentre irregular en España, por infringir la normativa nacional interna.

El procedimiento preferente se encuentra regulado en el art. 63 LOEX, así como en los arts. 234 a 237 RELOEX. A través de este procedimiento se tramitan únicamente aquellos expedientes de los extranjeros que son factibles de ser expulsados por cometer alguna de las faltas contempladas en los arts. 53.1 d) y f), 54.1 a) y b) y 57.2 de la LOEX.

Por tanto, el procedimiento tendrá carácter preferente:

- (art. 53.1 d) por la comisión de infracción grave consistente en 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 LOEX.

- (art. 53.1 f) por la comisión de infracción grave consistente en la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- (art. 54.1 a) por comisión de infracción muy grave consistente en participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LO 1/1992 antes mencionada.
- (art. 54.1 b) por comisión de infracción muy grave consistente en 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.
- (art. 57.2) por presentar el extranjero condenas por conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.
- Igualmente, el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en el art. 53.1 a) –encontrarse irregularmente en territorio español–, se diera alguna de las siguientes circunstancias:
  - riesgo de incomparecencia
  - el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos
  - el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional

En los supuestos de procedimiento preferente no cabe la concesión de un período de salida voluntaria.

Por último, el art. 63 en su apartado segundo indica que durante la tramitación del procedimiento preferente, así como en la fase de ejecución de la expulsión que hubiese recaído, podrán adoptarse las medidas cautelares y el internamiento en el CIE establecidas en los artículos 61 y 62 LOEX.

Las medidas cautelares pueden ser las siguientes (art. 61.1 LOEX):

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b) Residencia obligatoria en determinado lugar.
- c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.
- d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.
- e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento (CIE)
- f) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

Desde el momento en que el extranjero es detenido y procede la incoación de un procedimiento preferente de expulsión, se asigna Letrado en el plazo máximo de 8 horas, bien de oficio o particular. El Instructor valorará las circunstancias personales del detenido tales como: arraigo familiar, laboral o social, causas penales, domicilio y ante la falta de alguno de éstos, puede considerar riesgo de incomparecencia, situación que hará que el Instructor opte por alguna de las siguientes medidas:

- Valorar la posibilidad de solicitar a la autoridad judicial, el internamiento del extranjero irregular en el CIE –esto ocurre si por alguna circunstancia el extranjero podría evitar o dificultar su expulsión, de acuerdo a los arts. 61 y ss. LOEX).
- Acordar su puesta en libertad aplicándole alguna de las medidas cautelares recogidas en el art. 61.1 LOEX.

- O determinar su expulsión en el plazo de 72 horas, sin necesidad de autorización judicial, siempre y cuando no existan causas penales abiertas y se encuentre documentado<sup>7</sup><sup>8</sup>.

Iniciado el expediente, se da traslado al interesado del acuerdo de iniciación debidamente motivado y por escrito, para que alegue lo que considere adecuado (63.4 LOEX), y de no efectuarse alegaciones ni realizarse proposición de prueba, o si no se admitiesen, de forma motivada, por el instructor, sin cambiar la calificación de los hechos, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver (63.5 LOEX).

La ejecución de la orden de expulsión en los supuestos previstos en el art. 63 se efectúa de forma inmediata (63.7 LOEX), como hemos visto sin período de salida voluntaria.

## C-. Ordinario

En el caso que nos ocupa, el procedimiento elegido por el funcionario policial es el ordinario –elección que no se motiva pero que en todo caso supone la vía ordinaria y la más favorecedora–, cuya regulación encontramos en el art. 63 bis LOEX, así como en los arts. 242 a 248 en relación con los arts. 216 a 233 RELOEX, por tanto, cuando se tramita la expulsión para supuestos distintos de los previstos en el apartado anterior (*vid. FJ 4.2.1 A-. y B-.*), el procedimiento a seguir es el ordinario.

La resolución en la que se adopte la expulsión, a diferencia de lo que ocurre durante el procedimiento preferente, sí debe incluir un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional, tal y como ocurre en este caso, en el que se concede el plazo de un mes. La Ley establece que dicho plazo puede oscilar entre siete y treinta días y comienza a contar desde el momento de la notificación de citada resolución. Es más, este plazo de cumplimiento voluntario podrá

---

<sup>7</sup> MAGALLANES, C., DOMÉNECH GOMIS, M. *Todos los procesos ...sic*, p.p. 287 a 300

<sup>8</sup> Consulta en: <https://www.iberley.es/temas/expulsion-multa-procedimiento-sancionador-materia-extranjeria-51101> (fecha consulta 09/11/2017). Así como: <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/regimen-general/expulsion#Resoluci%C3%B3n%20de%20expulsi%C3%B3n> (fecha consulta 09/11/2017).

prorrogarse durante un tiempo prudencial en atención a las circunstancias que concurren en cada caso concreto, como pueden ser, la duración de la estancia, estar a cargo de niños escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales.

Tanto en la fase de tramitación del procedimiento como durante el plazo de cumplimiento voluntario, podrá adoptarse alguna o algunas de las medidas cautelares establecidas en el art. 61 LOEX y que hemos detallado anteriormente, excepto la de internamiento en el CIE.

Las fases de este procedimiento, tal y como se deduce de la secuencia en los antecedentes fácticos, son las siguientes:

- 1) Iniciación del procedimiento mediante denuncia, que se comunica al instructor y a los interesados, en éste último caso para que presenten alegaciones en un plazo de 15 días.
- 2) Recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo previsto mencionado, el órgano instructor podrá acordar la apertura de un período de prueba.
- 3) Concluida en su caso la prueba, el órgano instructor formula la propuesta de resolución en la que fija de forma motivada los hechos probados, determina la infracción y la persona o personas responsables, y fija la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales a adoptar, o bien propone la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad. Propuesta que se comunica a los interesados, concediéndose igualmente un plazo de 15 días para alegaciones.
- 4) El órgano competente dicta resolución motivada, que decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del procedimiento, que se comunica a los interesados, con indicación de los recursos que contra ella puedan interponerse, órgano ante el que hubiera de presentarse y plazo para su presentación. La resolución que acuerde la expulsión llevará consigo la prohibición de entrada al territorio español. Dicha prohibición de entrada se hará extensiva a los territorios de los Estados con los que España haya suscrito acuerdo en ese sentido.

#### **4.2.2 – Principio de proporcionalidad.**

El art. 50 LOEX y el art. 112 y la DA 2<sup>a</sup> del RELOEX, como ya se ha mencionado, configuran el derecho aplicable subsidiariamente en caso de lagunas en la legislación de extranjería. Así, el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas se ajusta a lo dispuesto en la LOEX, en su Reglamento y en la LPAC.

Por tanto, el diseño del procedimiento de la potestad sancionadora está plenamente adaptado a los principios creados en su momento por la Ley 30/1992 y el Reglamento de la potestad sancionadora aprobado por el RD 1398/1993, de 4 de agosto, derogados por las actuales LPAC y LRJSP.

Así, toda actuación administrativa debe estar inspirada por los principios recogidos en la CE, es decir, sirviendo con objetividad los intereses generales, actuar bajo los principios de eficacia y con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE).

El TC ha establecido un mimetismo entre la sanción penal y la sanción administrativa, es decir, la jurisprudencia del TC se inspira en los valores del derecho penal y los aplica al derecho administrativo sancionador, dando un carácter de rigor, independencia, seguridad jurídica y garantías al procedimientos sancionador, conforme a la prohibición de arbitrariedad que establece el art. 9.3 CE<sup>9 10</sup>.

La LRJSP en su Título Preliminar, Capítulo III, arts. 25 a 31, recoge los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, siendo éstos: legalidad (art.25), irretroactividad (art. 26), tipicidad (art. 27), responsabilidad (art. 28),

---

<sup>9</sup> MARTÍN SANZ, L.V., *Movilidad, extranjería y nacionalidad*, Ediciones CEF (Centro de Estudios Financieros), Madrid, D.L. 2016, p.p. 386 a 389

<sup>10</sup> « Ha de dejarse constancia de la reiterada doctrina jurisprudencial cuyo conocimiento excusa su cita que pone de relieve que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al Derecho administrativo sancionador, de ahí que la Administración venga obligada acreditar los hechos constitutivos de la infracción que motiva la imposición de la sanción administrativa, aplicable el derecho a la presunción de inocencia, que sólo cede ante una prueba plena de los hechos imputados y de las circunstancias objetivas y subjetivas que determinan la responsabilidad» (STSJ de Logroño 236/2005, Sala de lo Contencioso, Sección primera, de 19 de abril de 2005).

proporcionalidad (art.29), prescripción (art. 30) y no concurrencia de sanciones o *non bis in ídem* (art. 31).

Centrándonos en el principio de proporcionalidad, éste se encuentra regulado en el art. 25.3 CE así como en el art. 29 LRJSP, y supone que las sanciones administrativas no podrán nunca privar de libertad a las personas; además, las sanciones deben ser adecuadas a la gravedad de los hechos.

El TS en sus Sentencias 8138/2005 de 22 de diciembre de 2005 y 6010/2007 de 20 de septiembre de 2007<sup>11</sup>, hace referencia a que ya en la LO 7/1985, de 1 de julio (primera ley que, desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, con pretensión de generalidad, recoge los principios que deben informar la situación de extranjería) «la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27, al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión.»

En la LOEX, cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, pero introduce unas previsiones en cuanto a la graduación de las sanciones que se basan precisamente en el principio de proporcionalidad. Así, dicha Ley y su reglamento, establecen tres clases de infracciones (leves, graves y muy graves), correspondiendo a cada clase un cuadro de sanciones diferentes que habrá que moderar según criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia (art. 55.3 LOEX). Incluso, en lo que a la expulsión del territorio respecta, siempre en atención a dicho principio de proporcionalidad se podrá aplicar la sanción de multa (como regla general) o bien, la de expulsión del territorio español.

---

<sup>11</sup> STS 8138/2005, Sala de lo Contencioso, Sección quinta, N° Rec.6096/2003, de 22 de diciembre de 2005 y STS 6010/2007, Sala de lo Contencioso, Sección quinta, N° Rec. 2187/2004, de 20 de septiembre de 2007.

Por su parte, el RELOEX también hace mención de dicho principio cuando prescribe que, respecto a la propuesta de resoluciones en los procedimientos sancionadores, en todo caso, la determinación de la propuesta de sanción será realizada en base a criterios de proporcionalidad, debiendo tenerse en consideración el grado de culpabilidad de la persona infractora, así como el daño o riesgo producido con la comisión de la infracción (art. 231 y 234.4 RELOEX).

De dicha regulación se deduce, según afirma también la STS mencionada, que «en el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional”. En cuanto sanción más grave y secundaria (STS 7749/2005, Sala de lo Contencioso, de 9 de diciembre, FJ 4: «sanción secundaria, alternativa y excluyente de la multa»), la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55.3, (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.»

«Es indiscutible que todas las sanciones administrativas han de respetar el principio de proporcionalidades ex artículo 131 de la Ley 30/92 [actual art. 29 LRJSP], del que es fiel trasunto el artículo 55.3 de la LO 4/2000 , que recuerda como criterios de proporcionalidad a seguir tanto para la elección de la sanción a imponer (privativa de derechos o multa) como para la determinación de su extensión cuantitativa (importe en el caso de las multas), el grado de culpabilidad y, en su caso el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. Para transitar por este extenso recorrido, la regulación del principio de proporcionalidad, entre la gravedad del hecho y el fin protector perseguido por la norma sancionadora que establece el artículo 55.3 de la precitada ley Orgánica, requiere que se valore, en primer lugar, el grado de culpabilidad de la persona infractora. Cabe así interpretar que los supuestos de imprudencia culpable, incluida la forma menos agravada de imprudencia constituida por

la simple inobservancia de reglamento y los errores vencibles que disminuyan el grado de imprudencia, en principio, no debieran ser tenidos por suficientes para justificar la sanción de expulsión del territorio español, prevista para la infracción grave del apartado a) del artículo 53 de la LO 4/2000. Quedando, por tanto, reservada la sanción de expulsión del territorio español en el supuesto del apartado a) del artículo 57.1 de la LO 4/2000, para los casos en que se aprecie en la persona infractora una posición individual de actuación dolosa o una actuación imprudente con un grado de antijuridicidad en la acción superior a la mera inobservancia. Ofrecido este primer presupuesto, definidor de la proporcionalidad que atiende a las circunstancias que determinan un suficiente grado de antijuridicidad en la acción individual de la persona imputada, el precepto obliga a atender el grado de frustración en el fin protector perseguido por la norma sancionadora. El precepto consigna para ello una primera referencia estrictamente material al daño producido en el bien jurídico objeto de protección; a ella se añade un segundo elemento en el que se contempla la posible puesta en riesgo del bien jurídico considerado por efecto de la infracción; finalmente se recoge como factor más abstracto la trascendencia de la infracción para la finalidad perseguida por la norma reguladora del régimen de extranjería.» (STSJ de Logroño 236/2005, Sala de lo Contencioso, Sección primera, de 19 de abril de 2005).

Una vez vista la regulación de dicho principio y su aplicación al procedimiento sancionador, considerando además los factores que lo configuran y que son expuestos por la jurisprudencia, en el caso que nos ocupa el ajuste al principio de proporcionalidad se hace eco a través de varios elementos, derivados de las circunstancias personales del Sr. Salvador: su condición de comunitario a efectos prácticos; la libertad de circulación y residencia en territorio de un Estado parte de la UE y cómo la misma se ve rota por la expulsión; el sacrificio de la convivencia familiar, derivada del derecho a la intimidad familiar, en aras del fin perseguido por la norma; el interés superior del menor que entra en juego cuando el extranjero que es expulsado también es padre de hijos menores españoles; así como el hecho de tener unos antecedentes penales ya cumplidos en el momento de la incoación del expediente sancionador y su relación con el concepto de orden público; siendo todo ello parte de un conflicto entre el interés general de la sociedad frente al interés individual, debiendo razonar cuál es el que cede en este supuesto.

Lo anterior conforma, según considero, los límites a la expulsión, en el sentido de si es o no conforme con el principio de proporcionalidad la expulsión de un extranjero por 5 años teniendo en cuenta las circunstancias personales y de arraigo mencionadas. Es lo que en definitiva debemos analizar para sentar las bases de nuestra defensa.

#### **A-. Arraigo e interés superior del menor.**

Recordemos que la medida impuesta al Sr. Salvador es la regulada en el art. 15.1 RD 240/2007, expulsión del territorio español por razones graves de orden público o seguridad pública. Dicho precepto indica en su párrafo segundo que, únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, añade el precepto, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán 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. En el mismo sentido se expresa la jurisprudencia: «Antes de tomar una decisión de expulsión, el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en ese Estado y la importancia de los vínculos con su país de origen.» (STSJ Castilla y León, Valladolid, 505/2017, *cit.*).

En lo que a la situación del cliente respecta, el Sr. Salvador llegó a España a una edad muy temprana (en 2005, cuando tenía 22 años), por tanto lleva viviendo en territorio nacional hace más de 10 años, totalmente establecido e integrado, siendo además actualmente un adulto joven, de 34 años, por lo que aún tiene por delante un largo trayecto familiar, social y laboral en este país.

Llegó con graves problemas debido al asesinato de su padre y su tío por una guerrilla colombiana, en este estado de desorientación y dada su escasa edad, entró en el mundo de las drogas. En este sentido, no guarda vinculación de ningún tipo con su país de origen, sino todo lo contrario, su vida sí estaría en peligro al tener que permanecer en un país (Colombia) donde su familia fue asesinada, y por el hecho de pertenecer a la

misma está marcado, viviendo con miedo constante por este hecho (asesinato que incluso fue foco de los titulares en su país de origen).

Hay que considerar que cuenta con una vida laboral extensa, de más de 7 años, y que en el momento de la incoación del procedimiento de expulsión trabajaba para una empresa de catering y servicios de hostelería (con la que se dio de alta en abril de 2016 tal y como figura en su vida laboral), por lo que su situación económica era estable, y dado que trabajaba los fines de semana, era el encargado de llevar a sus hijos al colegio, recogerlos, etc. Incluso el administrador de la empresa para la que trabajaba, certifica que tiene el contrato temporal en vigor desde el 8 de abril de 2016 en la categoría de “Preparador/Montador Catering” en servicios como “Extra de Hostelería”, asegurando que cumple siempre con su trabajo con responsabilidad y diligencia.

Su esfuerzo de integración social y cultural es claro tanto por la vida laboral como por acreditar la realización de un taller de informática y comunicación de la Fundación “la Caixa” en el año 2010, así como un curso de manipulador de alimentos de alto riesgo organizado por “Aquamaza Laboratorios” en el año 2011, lo que demuestra sus intenciones de mejorar en su puesto de trabajo para progresar y conseguir mejores condiciones.

Igualmente, en el momento de la expulsión, llevaba una vida ordenada, y no había tenido ningún tipo de problema grave en los últimos años, no habiendo reincidido en ninguno de los delitos hace tiempo cometidos y saldados, y era familiar de una ciudadana comunitaria, su esposa la Sra. Escobar es española y sus hijos menores también, contando con una solicitud de tarjeta de comunitario pendiente en el momento en que se decide abrir el expediente de expulsión.

Es más, y aunque no corresponda en este caso un análisis más detallado, sí cabe mencionar que el hecho de que esté casado con una ciudadana española no solo es relevante en lo que al arraigo se refiere, sino que ello le supone la posibilidad de optar por la nacionalidad española. Así, el art. 21.2 CC afirma que «la nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional». De acuerdo al art. 22.1 CC, para la concesión de la nacionalidad española por residencia « [...] se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que

hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes», bastando incluso un tiempo de residencia de un año para «el que, al tiempo de la solicitud lleve un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho» como establece el art. 22.2 e) CC. El Sr. Salvador es colombiano y está casado con una ciudadana española, por lo que según la Ley tiene la posibilidad de presentar solicitud para optar por la nacionalidad española, y quizá haya sido la presencia de antecedentes penales el factor que le ha supuesto no haberla solicitado aún, ya que la Ley también exige la buena conducta cívica, concepto jurídico de amplia e indeterminada interpretación que desgraciadamente puede llegar a entorpecer una hipotética solicitud –como demuestra la tendencia actual– y ello a pesar de tener unos antecedentes muy antiguos y haber saldado sobradamente su deuda para con la sociedad.

En definitiva, en lo que al arraigo respecta, recordemos que, aunque el derecho de residencia y desplazamiento en España, cuando se trata de extranjeros, puede ser limitado por el legislador, se ha de tomar en consideración los intereses individuales en juego – en este caso del Sr. Salvador y los de su familia– , citándose como ejemplo la doctrina de la STC 242/1994, de 20 de julio, en la que el TC consideró que la expulsión podía llegar a ser una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, y la doctrina de la STC 94/1993, de 22 de marzo, en la que se señaló que el art. 19 CE reconoce la libertad de circulación a los extranjeros que se hallen legalmente en nuestro territorio, invocando los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (FJ 4 de la STC)<sup>12 13</sup>. Lo más importante de este reconocimiento del derecho del art. 19 CE, es que, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan la aplicación de la regla de expulsión (como sería la condena en sentencia firme, o razones de orden público), los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España o la unificación familiar, art. 39.1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para

---

<sup>12</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión...» *cit.* p. 336

<sup>13</sup> En la STC 94/1993 se reconoció a una ciudadana filipina residente en España el derecho fundamental contenido en el art. 19 CE interpretado bajo la luz del art. 13 CE, lo que significa que la decisión de expulsarla debe ser conforme con la ley para no vulnerar el derecho fundamental que asiste a los extranjeros residentes en España de seguir residiendo y circulando libremente por España (FJ 4 de la STC).

una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión<sup>14</sup>.

Otro aspecto personal que cabe destacar, además del arraigo social, cultural y laboral del Sr. Salvador, es la afección de los intereses de su familia.

En este sentido, hay que tener en cuenta la regulación de los arts. 66 y ss. CC en lo que se refiere a los derechos y deberes de los cónyuges. La Ley afirma que «los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia» (art. 67 CC), y, no solo se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos (art. 69 CC), sino que éstos deben fijar de común acuerdo el domicilio conyugal (arts. 70 CC), «están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo» (art. 68 CC). Lo anterior pone de manifiesto que la expulsión afectaría a todos los aspectos de la vida del Sr. Salvador y de su familia, dado que tienen el derecho y el deber mutuo de vivir juntos y socorrerse, aspecto que el cliente no podrá cumplir si se ve obligado a abandonar este país.

Además, su esposa, la Sra. Escobar, cuidadora de ancianos, tiene problemas de salud derivados de las funciones de su trabajo diario, que le han provocado una hernia discal lumbar, lo que le supone continuas visitas médicas para el seguimiento de la lesión. Según se refleja en el informe médico del Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa, la Sra. Escobar presenta adormecimiento y falta de sensibilidad en las extremidades inferiores. Si continúa con la misma dinámica laboral es altamente probable que evolucione a un grado mayor que requiera cirugía, con la consiguiente baja laboral y ayuda de terceros en el postoperatorio inmediato (el cual supone no levantar pesos superiores a 4 kilos, caminar cortas distancias para fortalecer la musculatura, evitar el ejercicio de alto impacto, no estar sentada durante más de 30-45 minutos seguidos, no podrá conducir al tener que tomar opioides para el dolor, etc.). Todo ello, dado el trabajo de cuidado de gente mayor y teniendo dos hijos menores de edad, refleja que no podrá hacerse cargo ella sola de sus hijos, por lo que la expulsión es un perjuicio no solo para el Sr. Salvador sino por extensión para toda su familia. Los hijos, por su parte, que acuden a 6º y 2º de primaria, son menores de edad españoles, en

---

<sup>14</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión...» cit. p.p. 336 y 337

desarrollo de su personalidad, por lo que la ausencia de la figura paterna durante un período tan amplio (5 años) en una etapa tan crucial de su crecimiento supone graves perjuicios.

A mayor abundamiento, todo lo anterior no solo conlleva la vulneración del derecho a la familia sino también del interés superior del menor en este supuesto. La expulsión administrativa del ciudadano extranjero con algún hijo español menor de edad no puede acordarse automáticamente, pues ha de valorarse si la expulsión vulnera el derecho fundamental del menor a residir en España (art. 19 CE) o se daña su interés o su vida familiar (art. 39 CE)<sup>15</sup>.

En esencia se trata de aclarar qué derechos o intereses del extranjero y de la familia que forma, deben respetarse en el proceso de expulsión para que ésta pueda considerarse válida. Para ello acudiremos a la STC 186/2013, Sala Segunda, de 4 de noviembre de 2013, recurso amparo 2022-2012. El supuesto de hecho de la misma es el siguiente: contra una ciudadana argentina madre de una niña española de tres años, que cumplía pena privativa de libertad por un delito de tráfico de drogas y carecía de permiso de residencia, se tramitó un expediente administrativo tanto por aplicación del art. 53.a) LOEX (encontrarse irregularmente en España, infracción que puede castigarse con multa o con expulsión a tenor de los arts. 55.1 b) y 57.1 LOEX) como del art. 57.2 LOEX (expulsión de España de un extranjero con antecedentes penales derivados de la comisión de un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año) que concluyó con la orden de expulsión, confirmada en la vía contencioso-administrativa.

Resulta importante analizar la doctrina que el TC sienta en este caso sobre los límites constitucionales de las órdenes de expulsión de extranjeros con algún hijo español cuando el motivo de la expulsión es la existencia de antecedentes (en consecuencia por extensión, se aplica al caso que nos ocupa<sup>16</sup>).

---

<sup>15</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión...» cit. p. 311.

<sup>16</sup> Nota aclaratoria: Aunque el supuesto de hecho de la STC se refiera a una extranjera extracomunitaria, por lo que su expulsión es vía art. 57.2 LOEX, para el caso resulta indiferente, ya que su expulsión es a todos los efectos por tenencia de antecedentes penales (y en el caso objeto de estudio la expulsión se da por razones de orden público motivada en la tenencia de antecedentes penales, vía art. 15.1 RD 240/2007), siendo por tanto las consideraciones efectuadas de aplicación a ambos casos a efectos de derecho de familia, libertad de circulación, derechos del menor... Por ello, siempre que se haga referencia al art. 57.2 LOEX, por equivalencia, también se hace referencia al art. 15.1 RD 240/2007 que le es de aplicación al Sr. Salvador.

El TEDH ha declarado en varias ocasiones que «incumbe a los Estados contratantes asegurar el orden público, en particular en el ejercicio de su derecho de controlar, en virtud de un principio de Derecho internacional bien establecido y sin perjuicio de los compromisos que se derivan de los tratados, la entrada y la residencia de los no nacionales. Por esta razón tienen la facultad de expulsar a los delincuentes», aunque la medida ha de ser necesaria y proporcionada al fin legítimo perseguido cuando vulnera derechos fundamentales de los interesados<sup>17</sup>. Razonamiento que sirve tanto para una expulsión judicial acordada en un proceso penal, como para la expulsión dictada en un expediente administrativo.

Como hemos visto, la condena penal del extranjero por la comisión de un delito doloso no se regula en realidad como una infracción administrativa (ni en la LOEX ni el RD 240/2007), y el TC ha respaldado esta naturaleza no sancionadora. Sin embargo, a pesar de ser conforme con la CE y con el CEDH la expulsión de extranjeros con antecedentes penales como medida no punitiva, siempre que la medida sea necesaria y proporcionada al fin legítimo perseguido, cuando vulnera derechos fundamentales de los interesados, la confusión de la regulación legal, que no se corresponde con la naturaleza jurídica de dicha medida, supone plantearnos dos cuestiones: qué preceptos complementan a aquel que la regula (art. 57.2 LOEX en el caso de la STC, y art. 15.1 RD 240/2007 en el caso que nos ocupa) y qué límites constriñen a los órganos encargados de acordarla.

Ha sido tesis dominante hasta hace poco que no eran aplicables otras disposiciones al no encajar la norma reguladora de la expulsión en el sistema de infracciones y sanciones en materia de extranjería, por lo que es frecuente encontrar en resoluciones judiciales sobre esta expulsión que tiene carácter automático y, por tanto, no cabe tomar en consideración circunstancias personales o familiares del extranjero. Se tiende ahora, por el contrario, a valorar tales circunstancias, según refleja la práctica jurídica, de modo que se supera la rigidez de una interpretación literal de la norma – pasando a una interpretación sistemática y finalista de la ley (art. 3.1 CC) –<sup>18</sup>. Dando un paso más, además hay que tener en cuenta que una aplicación automática de una regla de extranjería que conlleva la salida del país de un extranjero, sin que la autoridad

---

<sup>17</sup> Caso Dalia contra Francia, STEDH de 19 de febrero de 1988 (TEDH/1988/5), referente a una expulsión judicial por haber sido condenada la Sra. Dalia a una pena de un año de privación de libertad.

<sup>18</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión...» cit. p.p. 318-319

competente realice un examen individual de cada caso atendiendo a las circunstancias particulares del interesado, se ha declarado contraria al CEDH (STEDH de 10 de marzo de 2011, caso Kiyutin contra Rusia) y se ha declarado no conforme con la CE (STC 186/2013 *cit.*).

Así, la medida de expulsión acordada por el poder público ha de ser necesaria para satisfacer el interés general perseguido y proporcionada en atención a los intereses en juego, esto es, debe ser razonable que se limiten derechos de los particulares afectados para conseguir el fin de la norma. ¿Cuál es el fin de esta expulsión de extranjeros con antecedentes penales, en definitiva? No debemos olvidar que se trata de personas que ya han saldado su deuda con la sociedad, pues han cumplido su condena penal, pero parece evidente que resultan indeseadas y por ello se permite su expulsión. ¿Son indeseables por el mero hecho de tener antecedentes penales? ¿O cabría entender que la persecución concreta del orden público y la seguridad nacional late tras las disposiciones legales en materia de extranjería? Lo ideal sería limitar a la Administración como policía migratoria al tener que calibrar en cada caso concreto la necesidad y proporcionalidad de la medida de expulsión<sup>19</sup>. En apoyo de ello la STSJ 1382/2005 de Madrid, Sala de lo Contencioso, Sección sexta, de 18 de octubre de 2005, apunta que para acordar la expulsión han de valorarse los perjuicios que el apartamiento de la familia le ocasionaría al individuo, debiendo ponerse en relación la situación familiar, personal y profesional del actor con la conducta que ha observado en territorio español desde la perspectiva de la defensa de los intereses generales por los que la Administración debe velar.

El respeto a los derechos fundamentales de los interesados y a la vida familiar son claros límites a la expulsión del extranjero, cuando la causa de la misma es la contenida en el art. 57.2 LOEX (o art. 15.1 RD 240/2007). La STC 186/2013 mencionada así lo ha afirmado (aunque en el caso finalmente no conceda el amparo por las circunstancias concurrentes y que más adelante se detallarán). Es destacable que declare que el respeto a la vida familiar debe tenerse en cuenta por los órganos que apliquen el artículo 57.2 LOEX (y por extensión el art. 15.1 RD 240/2007 en lo que a la expulsión del Sr. Salvador respecta), concretamente «verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el

---

<sup>19</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión...» *cit.* p.p. 327.

sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin perseguido por la norma», que es el de «asegurar el orden público y la seguridad ciudadana» (FJ 7 STC 186/2013 *cit.*).

Yendo más allá en el razonamiento, cabe defender que incluso los extranjeros sin válido permiso de residencia – que no es el caso– no pueden ser expulsados si, a pesar de sus antecedentes penales no representan en la actualidad una amenaza real y suficientemente grave para el orden público (no representaría tal amenaza el extranjero que hace años fue condenado a un delito con escasa pena y después no ha reincidido) y debe protegerse un interés superior al abstracto del Estado que inspira el artículo 57.2 LOEX (o art. 15.1 RD 240/2007), que han de aplicarse respetando la Constitución, esto es, los derechos fundamentales afectados y los principios constitucionales de protección de la familia y de protección de los niños (art. 39.1 y .4 CE), pues cualquier otra interpretación lo convierte en inconstitucional<sup>20</sup>. Derecho a la familia y a la protección del interés del menor que se pone en relación con el derecho a la libertad de residencia y desplazamiento del art. 19 CE.

El menor que forma una familia en España con el progenitor que puede ser expulsado tiene derecho a que se proteja por los poderes públicos esa familia (art. 39.1 CE). Esto quiere decir que tiene derecho a que la decisión que se adopte sobre la expulsión de su madre o padre no atente contra esa familia constituida, salvo que razones más atendibles constitucionalmente justifiquen la desprotección. Igualmente, dicho menor tiene derecho a que los poderes públicos aseguren la realidad de todos los efectos de la relación de filiación establecida con su progenitor, y en particular la prestación de asistencia de todo orden que los padres deben dar a sus hijos menores de edad (art. 39.2 y 3 CE, y art. 154 CC). Esta asistencia incluye tener en su compañía al hijo menor de edad, a fin de asegurarle todos los cuidados necesarios para su subsistencia y el pleno desarrollo de su personalidad, de modo que el menor tiene derecho a que la decisión que se adopte sobre la expulsión de su madre o padre no le prive de la compañía del progenitor en cuestión y consecuente relación afectiva, salvo que razones más atendibles constitucionalmente justifiquen la privación. Tratándose de un menor español, titular del derecho fundamental a residir en España (art. 19 CE), los

---

<sup>20</sup> La STSJ 445/2012, de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso, Sección primera, de 5 de octubre de 2012, entiende que estaría justificada la expulsión si el extranjero carece de todo arraigo en España (no tener domicilio ni trabajo).

poderes públicos deben garantizar que la familia constituida con el progenitor extranjero pueda cumplir sus funciones en territorio español: el menor español tiene derecho a disfrutar de sus relaciones paterno/materno-familiares en España, pues de este modo se integra el contenido del derecho reconocido por el artículo 19 CE con la protección dispensada por el artículo 39 CE. En consecuencia, se conculcaría el derecho fundamental del menor a residir en España con su progenitor si se adoptase una decisión por un poder público que, sin la suficiente justificación, expulsara de territorio español al progenitor extranjero con el que el menor forma una familia<sup>21</sup>.

En lo que al derecho a la familia respecta, la CEDH de 1950 (art. 8) y la CEDF de 2010 (art. 7) reconocen el derecho a la vida privada y familiar (así como el respeto del domicilio y las comunicaciones), derecho que incluye, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo, el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía sin injerencias de la autoridad pública ilegales o innecesarias (atendiendo a los intereses en juego), y por ello ha sido invocada reiteradamente ante el TEDH con ocasión de decisiones nacionales relativas a extranjeros (a quienes también se reconoce el derecho), y en particular a la expulsión de extranjeros con hijos menores de edad<sup>22</sup>. Si el derecho a la familia es o no defendible en España ante el TC es una cuestión que no cabe desarrollar en este apartado, no obstante independientemente de ello el Alto Tribunal ha dicho que es «sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEX, 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 LOEX que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana (...).» –pudiendo decirse lo mismo respecto del art. 15.1 RD 240/2007 en el caso que nos ocupa – (STC 186/2013 *cit. FJ 7*)<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión...» *cit. p. 343.*

<sup>22</sup> Indica el art. 8 CEDH que «1.Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

<sup>23</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión...» *cit. p. 343.*

Si se expulsa al padre o madre de un menor de edad de nacionalidad española al que no se le haya privado de la patria potestad, se coloca al menor español en la posición de o bien tener que salir de España si ha de mantener la relación paterno filial, o bien en la de criarse en España pero en ausencia del padre o madre, lo cual atenta, como señala STS 324/2005, Sala de lo Contencioso, Sección quinta, de 26 de enero de 2005, contra elementales principios de protección de la familia: «La existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución de este recurso de casación, si se tienen en cuenta las siguientes ideas: (1) La Constitución Española establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de sus padres (artículo 39.2). En consecuencia con ello, el artículo 11.2 de la Ley 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone 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. Así pues, puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con sus padres. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal. Por lo demás, es un derecho que tiene sus reflejos en concretos preceptos del ordenamiento jurídico (artículo 110 del Código Civil, que obliga al padre y a la madre, aunque no ostenten la patria potestad, a velar por sus hijos y prestarles alimentos; artículo 143.2º del propio Código, que obliga recíprocamente a los ascendientes y descendientes a darse alimentos; artículo 154, que impone a los padres el deber (y les reconoce el derecho) de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, etc.). [...]】

(3) 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 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.».

Hay por otro lado numerosa jurisprudencia de los TSJ que presenta una interpretación dividida, como supra se ha mencionado, en la que bien se aplica automáticamente la expulsión sin mayores consideraciones—progresivamente es menos frecuente ésta tendencia—, o bien se actúa en la línea del TC anteriormente expuesta, considerando que dicha aplicación automática no encaja con la CE y que en todo caso debe ponderarse por los órganos administrativos y judiciales las circunstancias del caso concreto (entre otras, STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>, de 4 de enero de 2010; STSJ Canarias 235/2004, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2<sup>a</sup>, de 30 de noviembre de 2004; STSJ 10/2007 de Castilla La Mancha, Albacete, Sala de lo Contencioso, Sección 2<sup>a</sup>, de 16 de enero de 2007). En el caso del Sr. Salvador está sobradamente acreditado que él se encuentra perfectamente integrado en la sociedad española, siendo él y su esposa padres que ostentan conjuntamente la patria potestad de sus dos hijos comunes y menores de edad, que nacieron en Zaragoza y que ostentan la nacionalidad española, siendo inadmisible la expulsión de España de una persona que tenga hijos menores nacionales, no pudiendo cumplir los deberes derivados de la patria potestad ex art. 154 CC con una orden de expulsión y prohibición de entrada por cinco años.

Es indudable que expulsar de España al progenitor implicaría, por una parte, impedir que éste cumpliera con las obligaciones implícitas en la patria potestad, y sobre todo se estaría vulnerando el derecho de los menores y su padre a la vida familiar y a la intimidad personal y familiar, así como el derecho esencial de los menores a crecer y desarrollarse dentro de un entorno adecuado, todo ello con claro perjuicio de su equilibrio psico-afectivo (ST SJ 2999/2010 de Castilla y León, sede Valladolid, de la Secc. 3<sup>a</sup> de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de diciembre de 2010)<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> GALPASORO J. y BÁRCENA P., Los antecedentes penales y sus consecuencias en materia de extranjería, asilo y nacionalidad, ICA Vizcaya, p. 7.

## B-. Orden público y antecedentes penales

Recordemos que el basamento de la expulsión del Sr. Salvador se centra en razones graves de orden público, debido a los antecedentes penales que presenta.

Hay tres conceptos empleados indistintamente por la legislación y respecto de los cuales no hay definición concreta, y son: seguridad pública, seguridad ciudadana y orden público. Llega a resultar un problema terminológico dado que la regulación de los aspectos que nos son de interés, se contemplan en relación con la LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. En el caso de extranjeros, la dualidad de conceptos resulta aún más acusada por cuanto la regulación de dicha materia se refiere a «orden público» si bien remite para la determinación de las conductas contrarias a éste a la LO 4/2015 referida, lo que lleva a interpretar que ambos términos se utilizan como sinónimos, cuando no lo son.

La diferencia conceptual que se propone es la siguiente: orden público (protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales) y seguridad ciudadana (protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas). Ambos conceptos, según esta doctrina, son diferentes, e integrantes del que es más amplio denominado seguridad pública.

Con todo, el margen de indefinición, lejos de disminuir, aumenta, al menos por lo que aquí interesa, pues junto a él pervive el riesgo de discrecionalidad por parte de la Administración, lo que hace que la labor interpretativa de los tribunales sirva también aquí para perfilar el margen de la cláusula de orden público en nuestro país. Así, por ejemplo, el TS ha afirmado que la LO 4/2015 no es el «único valedor» del orden público, «pero sí representa un argumento hermenéutico coadyuvante del sentido atribuible al art. 26.1 c) de la LOEX, facilitando excluir del mismo aquellas conductas que no supongan un peligro, real y actual, para la tranquilidad y el orden público que trata de preservar» (STS 7918/2002, Sala de lo Contencioso, de 27 de noviembre de 2002)<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L, «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», *R.V.A.P.*, núm. 27, 1990, p.p. 9-25

Sin mayor ánimo de exhaustividad en la delimitación de los anteriores conceptos, nos aproximaremos únicamente al concepto de «orden público». El cual solo puede ser un orden positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social que no tenga traducción en concretas normas jurídicas. Así, solo será constatable una perturbación del orden público si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de las competencias públicas reguladas por el Ordenamiento jurídico.

El orden público sólo podría operar como límite en el caso de derechos que supongan la presencia de varios sujetos o comporten la posibilidad de contacto con otros sujetos, lo cual puede jugar tanto con respecto al tipo de delitos como a la repercusión de éstos en la sociedad.

Todo esto quiere decir que el orden público ha de referirse a algo concreto, esto es, a regulaciones jurídicas concretas que nos van a determinar justamente su contenido. No basta, por consiguiente, conformarse con afirmar que el orden público es un concepto jurídico indeterminado pretendiendo así alcanzar su juridificación. Es el cumplimiento mismo de esas regulaciones jurídicas lo que constituye el orden público y no la aplicación —en un más que problemático proceso de concreción— de un concepto jurídico indeterminado. Además, ha de quedar claro que es inadmisible hablar de orden público como un límite general, implícito, de los derechos fundamentales, que los convertiría, si así fuese, en una especie de derechos debilitados o intereses ilegítimos. Toda intervención limitadora de los derechos fundamentales ha de estar perfectamente determinada por la ley (regulada en la Constitución) y no justificada en base a una cláusula de orden público entendida como una habilitación general e indeterminada en favor de las autoridades de policía. Tampoco parece admisible extraer posibilidades limitadoras de los derechos fundamentales apelando al concepto de «orden público constitucional» identificado como el conjunto de valores subyacente al texto constitucional. La dificultad de determinar los valores protegidos por ese orden público constitucional introduciría en el ámbito de garantía de los derechos fundamentales una inseguridad de todo punto rechazable.

Podemos interpretar dicho concepto a la luz de lo dispuesto en el art. 10.1 CE, en donde los derechos fundamentales («derechos inviolables») y el respeto a la ley y a

los derechos de los demás aparecen como fundamento del orden político y de la paz social. Lo que es tanto como decir que justamente el contenido del orden público, en su más amplia acepción, se concreta en el respeto de los derechos fundamentales, de las leyes y de los derechos de los demás. Se nos aparece, en definitiva, como sinónimo de orden jurídico, del orden establecido por el Derecho. El propio TC declara que no ha realizado «un examen pormenorizado de lo que debe entenderse por orden público» (STC 33/1982, Pleno, de 8 de junio de 1982, Conflicto de competencia núm. 16/1982), pero lo cierto es que le parece evidente que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público» (STC 19/1985, de 13 de febrero de 1985, Recurso de amparo 98-1984). Por lo que se refiere al TS, en la línea de identificación del orden público con la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales, es significativa la afirmación de la STS 13300/1989, Sala de lo Contencioso, de 20 de enero de 1989, de que «el orden público se alcanza cuando cada ciudadano puede usar pacíficamente sus derechos y libertades»<sup>26</sup>.

También encontramos otras acotaciones sobre el orden público que pueden resultar de interés, así: «El orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto [...]. «Sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para “la seguridad, la salud y la moralidad pública”, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite [...]» (STC 46/2001, de 15 de febrero, Recurso de amparo 3083-1996)<sup>27</sup>.

Una vez definido el concepto, éste se pone en relación con la tenencia de unos antecedentes penales, como es el caso del Sr. Salvador, quien es familiar de un ciudadano de la Unión Europea, lo cual conlleva consecuencias jurídicas: como hemos visto, tiene reconocido el derecho a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados Miembros, y, por tanto en España; según el Considerando 25 de la Directiva 2004/38/CE, se ha de respetar el principio de motivación suficiente de los actos administrativos, lo que en consonancia indica igualmente el art. 30.2 de la misma,

---

<sup>26</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L, «Sobre los conceptos...» cit. p.p. 9-25.

<sup>27</sup> ASCENSIÓN E., «Libertad de circulación y orden público en España», *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, núm. 2/2008, Barcelona abril 2008, p.p. 1-19.

dado que la expulsión de un ciudadano de la Unión y los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública constituye una medida que puede perjudicar seriamente a las personas que, haciendo uso de los derechos y libertades conferidas por el Tratado, se integraron verdaderamente en el Estado miembro de acogida.

Lo anterior se pone en conexión con la facultad de los Estados de limitar la libertad de circulación de los ciudadanos de la UE o de los miembros de sus familias por razones de orden público o de seguridad pública, aspecto sobre el cual los tribunales nacionales se han manifestado al respecto en numerosas ocasiones, haciendo eco de la jurisprudencia del TJUE. Así, la STJUE de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07, declara: «(23) la jurisprudencia ha aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad». Y prosigue: «(24) Tal enfoque de las excepciones al citado principio fundamental que pueden ser invocadas por un Estado miembro implica, en particular, según se deduce del artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38, que las medidas de orden público o de seguridad pública, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general». La STJUE, Gran Sala, de 22 de mayo de 2012, nº C-348/2009, reproduce dicha doctrina y añade que «(33) Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están facultados para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el artículo 83 TFUE , apartado 1, párrafo segundo (el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada), constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés fundamental de la sociedad, capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que por consiguiente, cabe incluir en el concepto de “motivos imperiosos de seguridad pública” que pueden justificar una medida de expulsión en virtud del referido artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38, siempre

que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves, extremo éste que incumbe verificar al tribunal remitente basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce. (34) Toda medida de expulsión está subordinada a que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real y actual para un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro de acogida, apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en el futuro.». En esta misma línea se sitúa la doctrina nacional, la del TC que se ha tenido ocasión de mencionar así como la STSJ Madrid de 10 de julio de 1998 y 21 de abril de 1999<sup>28</sup> y la STSJ 206/2009, de Extremadura, Sala de lo Contencioso, Sección 1<sup>a</sup> de 21 de julio de 2009.

Conviene por tanto limitar el alcance de este tipo de medidas de conformidad con el principio de proporcionalidad para tener en cuenta el grado de integración de las personas en cuestión, la duración de la residencia en el Estado miembro de acogida, su edad, su estado de salud y la situación familiar y económica, así como los vínculos con el país de origen. Únicamente en circunstancias excepcionales, cuando concurran razones de seguridad pública de carácter imperativo, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión [o asimilados] que hayan residido durante varios años en el territorio del Estado miembro de acogida (Considerandos 23 y 24 de la Directiva 2004/38/CE)<sup>29</sup>. La tenencia de unos antecedentes penales de más de siete años de antigüedad, ya cumplidos y cancelables, junto con la sobradamente demostrada integración social, cultural, laboral y familiar, no puede de ninguna manera suponer que el Sr. Salvador sea una amenaza grave y real, ni mucho menos actual para la sociedad española, el orden público o la seguridad ciudadana.

Y en lo que respecta particularmente al último de los delitos (del año 2015, por conducción bajo los efectos del alcohol, con pena de cuatro meses de días multa, también cumplido y cancelable), el TS estima, ante una expulsión de un ciudadano comunitario por un plazo de cinco años, que no debe considerarse como conducta contraria al orden público «la falta de integración social en el medio o la conflictividad

---

<sup>28</sup> Sentencias que resuelven acerca de las resoluciones administrativas que decretaban la expulsión de dos ciudadanos comunitarios a consecuencia de una protesta realizada durante la apertura de la Asamblea anual conjunta del Fondo Monetario y del Banco Mundial a la que asistían los Reyes de España. La conducta de los dos ciudadanos comunitarios dio lugar a la imposición de una pena de un día de prisión (arresto menor). El Tribunal considera desproporcionada la orden de expulsión y la subsiguiente prohibición de entrada en nuestro territorio en un plazo de tres años.

<sup>29</sup> GALPORSORO J. y BÁRCENA P., Los antecedentes penales y... *cit.*, p. 18.

de la persona» (STS 6394/2001, Sala de lo Contencioso, Sección séptima, de 20 de julio de 2001, Nº Rec. 1670/1997, siguiendo la doctrina comunitaria en STJUE de 19 de marzo de 1999, asunto C-348/96, Donatella Calfa<sup>30</sup>). En la línea de perfilar qué conductas han de excluirse de la calificación de orden público, hay que excluir un delito contra la seguridad del tráfico por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas (STSJ Andalucía, sede de Málaga, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, Nº Rec. 3048/1995, de 5 de marzo de 1998). Se reafirma que la mera existencia de condenas penales no es equivalente a riesgo para el orden público y menos los supuestos en los que ni siquiera haya existido tal condena. Además se hace referencia al principio de proporcionalidad a la hora de analizar la conformidad de la medida adoptada y a la demostración de que la amenaza es actual, que en el caso del Sr. Salvador no es demostrada por parte de la autoridad que incoa el expediente ni por parte de aquella que finalmente lo expulsa.

Frente a lo que en casos de extranjeros extracomunitarios puede resultar decisivo, en relación con los ciudadanos comunitarios y asimilados, como previamente se ha afirmado, no bastan ni los antecedentes ni la falta de integración social o la conflictividad indefinida de la persona para que pueda invocarse la cláusula de orden público, de no concurrir los elementos que la definen; aunque el arraigo mismo se utilice, a mayor abundamiento para descartar la amenaza para el orden público.

Los órganos jurisdiccionales también en ocasiones han recogido la doctrina comunitaria y constitucional (STSJ 1249/1998, de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª de 20 de julio de 1998) y así han entendido por «orden público» los actos contrarios al normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, a lo que añadían un nuevo factor que enlaza también con la jurisprudencia comunitaria, y es la necesidad de valorar el tiempo transcurrido desde la mínima actividad presuntamente delictiva (STSJ 1249/1998, de Madrid *cit.* y en similar sentido la STSJ 1344/1998, de Madrid, Sala de lo Contencioso, Sección 1ª, de 24 de julio de 1998). Este factor temporal también incide a la hora de valorar el arraigo en

---

<sup>30</sup> La STJUE de 19 de marzo de 1999, asunto C-348/96, Donatella Calfa afirma que: «en concepto de orden público puede invocarse, con el fin de justificar la expulsión del territorio de un Estado miembro de un ciudadano comunitario, en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, porque sólo cuando aquéllas evidencien la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público cabe restringir la estancia de un nacional de otro Estado miembro, situación que no es equiparable al defecto de integración social de una persona ni a su conflictividad indefinida».

España, por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos (STS 2285/2001, Sala de lo Contencioso, Sección 7<sup>a</sup>, de 20 de marzo de 2001), puesto que de existir éste, cualquier resolución contraria a la permanencia del afectado podrá producir perjuicios de difícil reparación, «por lo que en tales casos ese perjuicio grave al interés general, que apreciamos cuando concurren las circunstancias especiales aludidas, debe ceder ante los perjuicios concretos que el inmediato abandono del territorio español producirían al extranjero, dada su situación de arraigo en nuestro país»<sup>31</sup>.

En relación con la aplicación mecánica de las disposiciones que suponen la expulsión del extranjero ya mencionábamos que la automaticidad no debe ser regla general de actuación, debiendo la Administración valorar las circunstancias del caso concreto; por ello resulta alentador comprobar que la más reciente interpretación judicial sobre las reglas relativas a la expulsión administrativa del extranjero por haber sido condenado penalmente es conforme con la doctrina constitucional y por ende con la comunitaria [de la no aplicación automática], interpretación que niega el carácter automático de la medida, exigiéndose la existencia de un peligro actual deducible de la condena penal (que no bastaría por sí sola para fundar la expulsión<sup>32</sup>) y la valoración de otras circunstancias personales y familiares<sup>33</sup> (entre otras, STSJ 750/2011, de Cantabria, Santander, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de noviembre de 2011<sup>34</sup>; STSJ 206/2009, Extremadura, Cáceres, Sala de lo Contenciosos, Sección primera, de 21 de julio de 2009). Así, hay numerosos ejemplos en la jurisprudencia española, que reflejan que el concepto de orden público manejado es un concepto europeo, restrictivo (ST SJ 175/2016, de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso, Sección primera, de 1 de septiembre de 2016; STSJ 917/2009, de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección cuarta, de 17 de julio de 2009<sup>35</sup>). Lo cual no solamente resulta acorde con el ordenamiento comunitario, sino también con una interpretación conforme a nuestro ordenamiento constitucional.

---

<sup>31</sup> ASCENSIÓN E., «Libertad de circulación...», *cit.*, p.p. 1-19.

<sup>32</sup> Considerando 27 y art. 32 de la Directiva 2004/38/CE.

<sup>33</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión...» *cit.* p. 329.

<sup>34</sup> Señala que no existe el automatismo condena penal-denegación/expulsión sino que hay que valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, no siendo suficiente una motivación genérica.

<sup>35</sup> Dichas sentencias remiten al art. 27 de la Directiva 2004/38/CE relativo a limitación de la libertad de circulación y residencia por razones de orden público, y afirman que dichas medidas [expulsión] han de ajustarse al principio de proporcionalidad y deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, la cual deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Igual interpretación hace el TS en múltiples sentencias 1604/2005, Sección primera, de 15 de diciembre de 2005, 812/2007, sección primera, de 13 de diciembre de 2007, 307/2008, sección tercera, de 24 de marzo de 2008, entre otras.

Algunos casos de resolución de expulsión conforme al art. 15.1 RD 240/2007 que se estimaron por no considerarse las condenas penales suficientes en sí mismas para optar por dicha medida lo encontramos, por un lado, en la STSJ de la Comunidad Valenciana 1186/2014, Sala de lo Contencioso, Sección 1<sup>a</sup>, de 17 de diciembre de 2014, en la que se ordenaba la expulsión de un ciudadano italiano que ha residido en España 15 años, estaba divorciado y tenía obligación de alimentos y de visitas, que convivía con una ciudadana española embarazada de dos bebés. En este caso la resolución administrativa fundamenta la expulsión del extranjero comunitario, por la condena por delito de estafa, múltiples detenciones y por delitos de orden público, no obstante, dicha resolución no motivaba las razones de orden público con fundamento en la legislación correspondiente y ni que como exige la norma constituía el afectado en todo caso, una amenaza real, actual y suficientemente grave que afectase a un interés fundamental de la sociedad, y sin tener en cuenta que la existencia de condena penal y detenciones no constituye por sí sola, razón para adoptar dicha medida como exige la norma, y menos aún detenciones policiales<sup>36</sup>. A mayor abundamiento, dichos antecedentes penales no constituyen motivo en sí mismo para la expulsión aunque no hubiesen sido cancelados, pero fueran susceptibles de ello cumpliendo los requisitos del CP<sup>37</sup>. Por otro lado, tenemos el ejemplo de la ya citada STSJ 206/2009 de Extremadura, la cual afirma: «Tal y como se afirma en la sentencia, el recurrente casado con una nacional de este país ha sido condenado a dos penas por sendos delitos de homicidio y lesiones, pero en la actualidad aporta informes de los que se desprende que su conducta es buena, e incluso según informes del centro Penitenciario es "destacada" lo que ha provocado la concesión de recompensa y revisión con pase al segundo grado por la Junta de Tratamiento. No parece por tanto evidenciarse una situación de peligrosidad [...]».

Teniendo presente todo lo expuesto, cabe además destacar varios aspectos en defensa del Sr. Salvador en caso de interponer un recurso ante la vía contenciosa, además de los ya mencionados relativos al arraigo (*vid. FJ 4.2.2 A-.*); y es que, por un lado:

En relación con el delito de lesiones, éste fue cometido en el año 2006, cuando el Sr. Salvador contaba con 23 años de edad, y por el que fue condenado en el año 2007.

---

<sup>36</sup> Es más, los antecedentes policiales ni siquiera se consideran como hecho negativo si no se derivan en condena, a la hora de valorar las circunstancias que rodean a un extranjero con estancia irregular (STS de 9 de octubre de 2007). ZAPATA HÍJAR, J.C., Extranjería y antecedentes penales, REICAZ, p. 10

<sup>37</sup> ZAPATA HÍJAR, J.C., Extranjería y ... *cit.*, p. 4

En relación con el delito de tráfico de drogas, de acuerdo a la sentencia, los hechos fueron cometidos en junio de 2008, siendo condenado en el año 2009, pena que fue reducida por estar el condenado en estado de drogadicción.

Y, en relación con el delito de conducción bajo los efectos del alcohol, los hechos se cometieron en 2014 y la pena es de multa de cuatro meses. Además de acuerdo a la jurisprudencia, como se ha visto, este tipo de antecedentes no han de tenerse en cuenta a la hora de valorar una expulsión.

Que las tres condenas, ya cumplidas, son susceptibles de ser canceladas, de acuerdo a la regulación establecida en el CP (en su art. 136)<sup>38</sup>, no siendo relevante a efectos de expulsión el hecho de que estén o no cancelados en el momento de la incoación.

Como ya se ha referido, hay que tener en cuenta que el Sr. Salvador llegó a España en una edad muy temprana, con graves problemas debido al asesinato de sus familiares (padre y tío), y es en este estado de desorientación y dada su escasa edad, cuando entra en el mundo de las drogas (desarrollando una adicción a variadas sustancias) y fue esto lo que originó los dos primeros antecedentes penales, uno del año 2007 por lesiones, debido a que estaba en estado de drogadicción cuando lo cometió, y otro del año 2009 por tráfico de drogas, realizado para poder costearse su adicción.

Por otro lado, tanto la jurisprudencia como el propio art. 15.5 d) RD 240/2007, afirman que la existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar las medidas referidas, entre ellas, la expulsión. La resolución de expulsión se basa erróneamente en la actualidad de la peligrosidad del Sr. Salvador, porque además de ser cancelables, los únicos delitos que podrían ocasionar perjuicio a la sociedad española datan de 2007 (delito de lesiones) y 2009 (delito de drogas), por lo que son hechos con una antigüedad de más de siete años, no pudiendo éstos constituir un peligro real y actual en el momento de la expulsión.

---

<sup>38</sup> Establece el art. 136.1 CP que «Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves. b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes. c) Tres años para las restantes penas menos graves inferiores a tres años. d) Cinco años para las restantes penas menos graves iguales o superiores a tres años. e) Diez años para las penas graves».

Por último, el art. 15.2 RD 240/2007 establece que aquellas personas que hayan sido objeto de una decisión de prohibición de entrada en España podrán presentar una solicitud de levantamiento de la misma en un plazo razonable que será determinado por la Autoridad competente en función de las circunstancias concurrentes y que constará en la resolución por la que se determine la prohibición de entrada. La solicitud de levantamiento de la prohibición de entrada se realizará con alegación de los motivos que demuestren un cambio material de las circunstancias que justificaron la prohibición de entrada en España. En todo caso, dicha solicitud podrá ser presentada transcurridos tres años desde la ejecución de la decisión de prohibición de entrada en España.

En este caso, y dada la dilación de la expulsión efectiva, respecto al tiempo de comisión de los delitos, ya se había producido un cambio material de las circunstancias que motivaron la misma, por cuanto los dos delitos iniciales fueron cometidos hace muchos años y cuando el Sr. Salvador tenía un severo problema de adicción, y ya estaba reinsertado en la sociedad, por lo cual no era un peligro para la misma y no debería haberse ejecutado tal expulsión, cuya revocación se solicitaría en el recurso a interponer.

## **V.- PROCEDIMIENTO**

Una vez analizados los antecedentes fácticos y las cuestiones jurídicas, y establecidas las bases argumentativas para la defensa del Sr. Salvador, se plantea interponer recurso contencioso-administrativo, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que por turno corresponda, contra la resolución administrativa de la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza de 1 de julio de 2017 por la que se ordena la expulsión del Sr. Salvador, confirmada mediante la resolución de dicha Subdelegación en fecha 1 de noviembre de 2017, por la que se desestima el recurso potestativo de reposición contra la orden de expulsión referida. Ello con objeto de solicitar la anulación de la expulsión o, subsidiariamente, limitar el período de prohibición de entrada al mínimo legal previsto.

Igualmente, se solicitará una medida cautelar de suspensión provisional de la expulsión de modo que el Sr. Salvador permanezca en España durante la tramitación del procedimiento hasta la recaída de la sentencia.

Por último, se analizará brevemente la estrategia a seguir en apelación si se da una desestimación del recurso contencioso, y, en su caso, la posibilidad de plantear un recurso de amparo constitucional.

### **5.1. Requisitos procesales y competencia**

Se establece la aplicación supletoria de la LEC en todo lo no previsto por la normativa reguladora del procedimiento contencioso-administrativo, regulado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), ordinario o abreviado, ello de acuerdo a la DF 1<sup>a</sup> LJCA.

La competencia desde el punto de vista material, la atribuye el art. 8.4 LJCA cuando afirma que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo «conocerán,

igualmente, de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la Administración periférica del Estado o por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas».

Desde el punto de vista territorial, por aplicación de las reglas contenidas en el art. 14 LJCA, y en atención al fuero de la Administración demandada, se solicitaría que el recurso se tramite ante los Juzgados de la provincia de Zaragoza: «La competencia territorial de los Juzgados y de los Tribunales Superiores de Justicia se determinará conforme a las siguientes reglas: Primera. Con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado» (art. 14.1).

En lo que al recurso contencioso-administrativo respecta, en cumplimiento de los requisitos procesales exigidos en los arts. 45.2 y 51 LJCA:

- El asunto es atribuido al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, al tratarse el acto objeto de impugnación, fruto de la actividad de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo, de acuerdo con el art. 1 LJCA, y no estar excluido del ámbito de esta jurisdicción por el art. 3 de la citada norma.
- Las partes tienen la necesaria capacidad procesal, de acuerdo a lo establecido por el art. 18 LJCA.
- La legitimación del recurrente queda justificada por el hecho de ser titular de un derecho subjetivo o interés legítimo, al ser el destinatario de la actividad administrativa que se impugna, todo ello de acuerdo al art. 19.1 a) LJCA.
- La legitimación pasiva de la demandada viene reconocida en el art. 21 LJCA dado que se trata de una Administración Pública.
- De acuerdo con el art. 23 LJCA relativo a la postulación y defensa, tratándose de actuaciones ante órganos unipersonales, es necesaria asistencia letrada.
- El recurso a interponer es contra un acto expreso definitivo de la Administración, susceptible de impugnación de acuerdo con el art. 25.1 LJCA.

- Se deben acompañar junto con el escrito de demanda, de forma completa, los documentos exigidos en el mencionado art. 45.2, es decir, acreditación de la representación (por lo que se adjuntaría el poder general para pleitos del Sr. Salvador en favor de Letrado y en su caso procurador) y copia de la resolución de 1 de julio de 2017 confirmada por la de 1 de noviembre de 2017 objeto de recurso.
- El plazo para la interposición del recurso es de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución que desestima el recurso de reposición (art. 46.4 LJCA), por lo que desde la recepción de la notificación, 1 de noviembre de 2017, hasta la fecha presente el recurso a interponer se encontraría dentro de plazo.
- Resulta procedente interponer la demanda inicialmente, por cuanto esta posibilidad viene contemplada en el art. 78 LJCA relativo al procedimiento abreviado, al tratarse de un asunto en materia de extranjería. Resulta de aplicación, en la medida en que sea compatible con los trámites del procedimiento abreviado, las normas generales de la Ley y, en especial, las previstas para el procedimiento ordinario en todo lo no previsto en dicho precepto.

De modo que, el procedimiento abreviado se inicia mediante la demanda, a la que se acompañarán los documentos en que se fundamente nuestro derecho así como los exigidos por la LJCA en su art. 45.2, ya referidos.

El Letrado de la Administración de Justicia examinará de oficio la jurisdicción y competencia del Tribunal al que se dirige el recurso y, si procede, admitirá la demanda. Si apreciara falta de jurisdicción o competencia daría traslado al Tribunal para que resuelva.

La demanda se trasladará a la demandada y se citará a todas las partes para la vista indicándose fecha y hora. Igualmente se requerirá a la Administración demandada para que remita el expediente administrativo con al menos quince días de antelación respecto al término señalado para la vista, ello para que examinado el mismo podamos alegar lo conveniente durante la celebración de la vista.

En cuanto al desarrollo de la vista, en la gran mayoría de Juzgados la parte actora se sentará a la derecha del Juez y la parte demandada a su izquierda comenzando,

por lo general, la parte actora principal (el demandante) con su alegato. La vista comienza con la exposición de los fundamentos de nuestra petición. Seguidamente la demandada podrá formular alegaciones que convengan a su derecho. Resueltas las cuestiones procesales si las hubiera, se da la palabra a las partes para que fijen los hechos, se propongan las pruebas y, una vez inadmitidas las que no sean pertinentes o sean inútiles a discreción del Tribunal, se practicarán seguidamente.

Los medios de prueba se practicarán del modo previsto para el juicio ordinario siempre y cuando no sea incompatible con los trámites legalmente establecidos para el procedimiento abreviado.

Finalmente, el Juez dictará sentencia en el plazo de 10 días desde la celebración de la vista<sup>39</sup>.

De acuerdo al art.131 LJCA, relativo a las medidas cautelares, «el incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el Secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada». Dichas medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta Ley (art. 132.1 LJCA). «El auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente, el cual dispondrá su inmediato cumplimiento [...]» (art. 134.1 LJCA).

En lo que a la apelación respecta, ésta se encuentra regulada en los arts. 81 y ss. LJCA. El art. 85 de dicha ley indica que «se interpone ante el mismo Juzgado que haya dictado la sentencia que se apele, dentro de los quince días siguientes al de su notificación» (apartado 1), de lo contrario se declarará la firmeza de la sentencia. «Si el escrito presentado cumple los requisitos previstos, [...] se dictará resolución admitiendo el recurso, [...] y dará traslado del mismo a las demás partes para que, en el plazo común de quince días, puedan formalizar su oposición» (apartado 2). Tras los correspondientes escritos de oposición, y la admisión en su caso de la prueba solicitada,

---

<sup>39</sup> LEFEBVRE, F., «Capítulo Sexto. Contencioso y Proceso Contencioso-Administrativo», SERRANO ACITORES, A. (coord.), Memento, Ejercicio profesional de la Abogacía, LEFEBVRE-EL DERECHO, Madrid, 2017, p. p. 817-819

se practica la misma con citación de las partes. «El Secretario judicial acordará la celebración de vista, en cuyo caso hará el oportuno señalamiento, o la presentación de conclusiones si lo hubieren solicitado todas las partes o si se hubiere practicado prueba» (apartado 8). «Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el Secretario judicial declarará que el pleito ha quedado concluso para sentencia» (apartado 9).

Y, para finalizar, en cuanto al recurso de amparo, su procedimiento se regula en los arts. 41 y ss. LOTC.

## **5.2. Estrategia a seguir**

### **5.2.1.- Recurso contencioso-administrativo**

La defensa del Sr. Salvador, tal y como se ha desarrollado en mayor detalle a lo largo de los fundamentos jurídicos, tiene su soporte en el respeto al principio de proporcionalidad, por lo que presenta dos pilares básicos: por un lado, la evidente situación de arraigo, desde la perspectiva de todas las esferas que atañen a su vida: social, cultural, laboral, familiar, y que se pone en conexión con el derecho a la familia y al interés superior del menor, aspectos que la Administración no tiene en cuenta al ordenar la expulsión (*vid. FJ 4.2.2 A-.*); y por otro lado, la tenencia de unos antecedentes penales cumplidos hace años y que no bastan en sí para justificar la expulsión (*vid. FJ 4.2.2 B-.*)

Por lo que en el escrito del recurso contencioso, una vez expuestos los hechos, se pasaría a la exposición de los fundamentos de derecho, tanto de carácter procesal, cuyos requisitos ya se han comentado (*vid. apartado 5.1.*), como los de carácter material, es decir, los argumentos jurídicos de fondo que invocamos como parte demandante de acuerdo a lo que exige el art. 56.1 LJCA y que se han mencionado supra.

La legislación de aplicación impone la obligación de que, para la graduación de las sanciones, el órgano competente para su imposición se ajuste a criterios de proporcionalidad valorando las circunstancias personales y familiares del caso concreto.

Ninguno de esos parámetros es siquiera tenido en cuenta en la resolución recurrida. Y es que no cabe derivar de la situación del Sr. Salvador ninguna peligrosidad, ni la producción de daño alguno a nada ni a nadie, ni la producción de riesgo de ningún tipo. En todo caso, es la Administración la que debe valorar y motivar su concurrencia, y no lo ha hecho.

En este caso, sin una correcta fundamentación, y sin atender a los principios de proporcionalidad y motivación, se ha impuesto una medida grave, que no queda justificada.

La falta de dichos principios ha de llevar a la anulación de la resolución recurrida, y por ende de la medida impuesta.

Así, las pretensiones del recurso que se efectuarían serían las siguientes:

1ª.- Que se declare que la resolución impugnada, por la que se ordena la expulsión del Sr. Salvador del territorio nacional, sea considerada nula de pleno derecho, por basarse en un presupuesto erróneo que es la actualidad de la peligrosidad del Sr. Salvador para la sociedad española, y se declare nula la expulsión.

2ª.- Que, subsidiariamente, en caso de considerar que la expulsión debe mantenerse se establezca un período de prohibición de entrada en territorio español de un año a contar desde la fecha en que ésta se hace efectiva.

3ª.- Que se impongan expresamente costas en su totalidad a la Administración demandada por no haber tenido en cuenta que la existencia de antecedentes penales no es por sí sola razón suficiente para adoptar la medida de expulsión.

Igualmente, a tenor de lo establecido por el art. 40 LJCA, debemos hacer referencia a la cuantía del recurso, de modo que según los arts. 41 y 42 LJCA, debido a la naturaleza y contenido de los actos administrativos impugnados, se entiende que el valor económico de las pretensiones objeto del recurso es indeterminado.

Por último, la demanda no se presentaría sola, sino que, de acuerdo al art. 78 LJCA debemos cumplir con lo que la diligencia procesal exige en cuanto a la carga probatoria, a fin de practicar en el juicio la prueba que a esta parte le interesa. Así, el escrito de demanda debe ir acompañado no solo de ciertos documentos procesales, como el poder notarial que acredita al abogado y en su caso al procurador, sino también

materiales, es decir, aquellos que nos servirán de prueba justificativa de los argumentos de fondo empleados. Por lo que, los medios de prueba a aportar en apoyo de lo expuesto en el escrito de demanda serían:

La prueba documental:

- Aportación de escrito de los compañeros de trabajo del Sr. Salvador, al objeto de entender cuál era la situación personal y de integración del mismo en el momento de su expulsión. Se trata de un escrito junto con una lista de firmas, elaborado por los compañeros de trabajo del cliente en el que le demuestran su apoyo y explican cómo era su actitud durante el desarrollo de sus funciones y el trato con el resto de compañeros.
- Aportación de certificado emitido por el empresario con el que el Sr. Salvador tenía el contrato, donde se indica cuál ha sido su comportamiento en el trabajo y su responsabilidad en el mismo.
- Aportación del Informe de vida laboral del Sr. Salvador hasta el momento de su expulsión, donde queda reflejado que lleva cotizando en España hace más de 8 años.
- Aportación de la noticia del periódico nacional de Colombia en el que se relatan los hechos ocurridos con ocasión del asesinato del padre y del tío del Sr. Salvador y la alarma social que supuso.
- Aportación de los títulos y certificados de los cursos y talleres formativos realizados por el Sr. Salvador, un taller de informática y comunicación, y un curso de manipulador de alimentos de alto riesgo. Ello al objeto de demostrar la integración, y el esfuerzo de formación y de mejora de sus capacidades.
- Aportación de los documentos nacionales de identidad de la esposa, la Sra. Escobar, y de los dos hijos que tienen en común.
- Aportación de la solicitud de autorización de residencia de familiar de ciudadano de la UE que presentó el Sr. Salvador en el mes de mayo de 2017, que le supone una situación de estancia regular en el momento de la incoación del expediente sancionador y la aplicación del correspondiente régimen comunitario.
- Aportación del contrato de arrendamiento de la vivienda en la que el Sr. Salvador reside con su familia, suscrito en febrero de 2015, donde se pueden comprobar cláusulas como la de importe y frecuencia de pago (4.200 euros anuales pagaderos

por mensualidades de 350 euros), lo que nos interesa a efectos de observar los gastos que soporta la familia.

- Aportación de últimas nóminas tanto de la esposa como del Sr. Salvador, al mismo objeto de observar el nivel económico y financiero de la familia.
- Aportación de últimos recibos de pago del automóvil adquirido mediante préstamo en el año 2014.
- Aportación de la matrícula de los dos hijos en un Centro de Educación Infantil y Primaria, donde se certifica que están matriculados en el curso académico 2016/2017, uno de ellos en 6º de Educación Primaria, y el otro en 2º de Educación Infantil.
- Aportación del informe médico del Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa, relativo al diagnóstico de la hernia discal lumbar que padece la Sra. Escobar.

La prueba testifical:

- De Dª Valentina Pérez Pérez, adjunta al Gerente, Directora de Recursos Humanos, Administración y Finanzas, de la empresa de catering y servicios, y ello al objeto de preguntarle sobre la situación personal del Sr. Salvador y las posibilidades de trabajo en caso de revocarse la expulsión.

A continuación, a los efectos establecidos en el art. 129 y ss. LJCA, interesaría a esta parte solicitar la adopción de una medida cautelar. La misma tendría como finalidad que el Sr. Salvador permanezca en territorio nacional mientras se encuentre en tramitación el procedimiento jurisdiccional, de modo que se suspenda provisionalmente la orden de expulsión de dicho territorio hasta que recaiga sentencia firme.

Dicha pretensión se basaría principalmente en que, no siendo de ninguna manera una amenaza actual para la sociedad española, el Sr. Salvador, que ya ha saldado su deuda para con la sociedad por sus errores pasados, presenta por el contrario una acreditada situación de arraigo familiar, social, cultural y laboral, por lo que la expulsión le causaría un irreparable perjuicio, provocando una interrupción de su vida establecida en este país, separándolo de su familia, sin poder estar con sus hijos ni poder apoyar a su esposa especialmente dado el estado de salud de la misma; perdiendo igualmente la posibilidad de continuar trabajando e imposibilitándole la renovación de dicho contrato.

Por su parte, en caso de considerarse la resolución impugnada conforme a Derecho y por tanto mantener la decisión de expulsión, el recurso contencioso-administrativo a interponer perdería su finalidad legítima, de acuerdo al apartado primero del art. 130 LJCA que dispone que «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso», ya que la única intención y ánimo del Sr. Salvador es la de cumplir con la legalidad vigente y ejercer sus derechos y libertades sin hacer daño al interés público. La orden de expulsión del territorio nacional de una persona que se encuentra en el mismo ocasiona sobre su situación personal un trastorno de tal magnitud que justifica la adopción de una medida cautelar de suspensión sin más exigencias. Los perjuicios y la pérdida de la finalidad del recurso son evidentes.

En la STS 5421/2002, Sala de lo Contencioso, Sección 7<sup>a</sup>, de 17 de julio de 2002, se dice que «esa [pérdida de finalidad legítima del recurso] como argumento legitimador de la adopción de medidas cautelares, ha sido perfilada en sentencias como la muy reciente de 29 de abril de 2002, en la que se declara que debe apreciarse cuando la ejecución pudiera causar perjuicios que hicieran ilusorias la estimación del recurso entablado, debiendo entenderse que pierda su finalidad legítima el recurso si, de ejecutarse el acto, se creasen situaciones jurídicas irreversibles, haciendo ineficaz la sentencia e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad». Este último queda vulnerado en casos como el presente, en los que nunca se podrá lograr una restitución íntegra de la situación del extranjero expulsado, dado que, entre otras cosas, el tiempo transcurrido fuera (en este caso 5 años) será en esencia irrecuperable.

Es cierto que el mismo precepto en su apartado segundo permite la denegación de la aplicación de la medida cautelar en atención a los intereses generales, no obstante sólo cuando sea una «perturbación grave». Esto no ocurre en el presente caso, ya que no consta de modo alguno que la permanencia del Sr. Salvador hasta el momento de la sentencia vaya a causar trastorno al interés general, y menos «perturbación grave» del mismo; la medida solicitada no supone perjuicio alguno, y de no adoptarse causará sin embargo un daño irreparable, ya que podrá suponer la pérdida del puesto de trabajo que pese a todo, conserva en estos momentos, pero de no adoptarse la suspensión que se solicita, resultaría inevitable que terminase perdiéndolo; supondrá igualmente una

interrupción en la crianza de sus hijos menores, los cuales precisan de la figura paterna en su desarrollo y que inevitablemente preguntarán por su padre que es con quién pasan buena parte del tiempo dadas las largas jornadas de trabajo de la madre (el Sr. Salvador los lleva y recoge de la guardería, etc.).

Se cumple por tanto el requisito imprescindible de *periculum in mora*, es decir, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición no pudieran hacer su finalidad legítima al recurso; lo que ocurriría sin lugar a dudas si se obligase al Sr. Salvador a abandonar el país, y no se le permitiese seguir residiendo y trabajando.

Asimismo, junto con todo lo antes expuesto, es absolutamente claro que en el presente caso existe apariencia de buen derecho, *fumus boni iuris*, en relación con la posición jurídica del Sr. Salvador, en vista de los documentos a aportar, lo que justificaría la necesidad de adoptar la medida cautelar que se solicite, tal y como se establece en reiterada doctrina asentada por el TS (ATS de 20 de diciembre de 1990<sup>40</sup>, entre otros)<sup>41</sup>.

### **5.2.2.- Recurso de Apelación**

Una vez admitida la demanda interpuesta junto con la solicitud de la medida cautelar, en lo que respecta a ésta última, en caso de aceptarse el Sr. Salvador podrá permanecer en territorio nacional hasta que recaiga sentencia firme que resuelva el recurso contencioso, de lo contrario deberá salir del país con destino a Colombia hasta el momento de obtener la decisión judicial.

Celebrada la vista y expuestas las alegaciones convenientes, se espera a obtener la sentencia, pudiendo darse un resultado desestimatorio, en cuyo caso el Sr. Salvador deberá cumplir con la correspondiente prohibición de entrada en territorio español por el

---

<sup>40</sup> «Esta resolución proclama lo que llama “derecho a la tutela cautelar”, inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)». Ello se integra en el art. 24.1 CE, que a su vez procede del principio de Derecho Comunitario europeo del que se hace eco el TS y que se resume en que «la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón».

<sup>41</sup> CHINCHILLA MARÍN, C., «El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales», *Revista de Administración Pública*, núm. 131, mayo-agosto 1993, p.p. 167-189.

plazo de 5 años; o bien, de ser estimatorio –total o parcialmente– de las pretensiones solicitadas en el recurso, se anule la expulsión o se rebaje el período de prohibición a discreción del Tribunal (debe advertirse que bien puede no ser el año solicitado).

En caso de optar por continuar con el procedimiento (ante una desestimación o estimación parcial), se interpondría recurso de apelación ante el mismo Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que dio lugar a la sentencia a recurrir, y las alegaciones serían básicamente las mismas que las ya expuestas para el recurso contencioso, añadiéndose no obstante algún referente normativo y jurisprudencial adicional.

Así, estamos ante la hipotética situación de una medida cautelar no aceptada, por lo que el Sr. Salvador se ve obligado a abandonar el país, y ante una desestimación o una estimación parcial del recurso contencioso-administrativo (por ejemplo, declarándose no conforme y ajustada a Derecho la actuación administrativa inicialmente recurrida, y anulándose exclusivamente en lo que respecta a la prohibición de entrada, que se reduce a menos años pero no hasta el año solicitado).

La propuesta de alegaciones en ambos casos sería en síntesis la siguiente (advirtiéndose que, para mayor concreción, habría que basarse igualmente en la valoración por el Tribunal de la prueba documental y testifical propuesta):

1) Error en la aplicación del art. 15 RD 240/2007. Por un lado, nuevamente se haría hincapié en la errónea valoración de la peligrosidad real y actual para la sociedad española, dado que los antecedentes penales de los años 2007 y 2009 son antiguos y cancelables. Y, en cuanto a la última y más reciente de las condenas, se le condena a cuatro meses de días multa, que también han sido cumplidas y podrían ser cancelados de encontrarse el Sr. Salvador en España; haciendo mención asimismo de que es un padre de dos menores españoles y está casado con una ciudadana española, y su expulsión por tanto ocasiona graves perjuicios a terceros, que necesitan y requieren de su presencia en España.

De la misma forma, se recordaría la situación de arraigo laboral acreditada mediante la prueba documental propuesta, ya que difícilmente se pueda exigir que se mantenga tras cumplir los años de expulsión completos.

De todo lo anterior, se evidencia que no hay una correcta aplicación del art. 15 del RD 240/2007.

2) Error de la apreciación de la proporcionalidad del periodo determinado de prohibición de entrada. Por cuanto, se solicitó que en caso de que no se revocase la expulsión, se aplicara proporcionalmente y se determinase que la expulsión se impusiera por un año a contar desde que sea efectiva, y ello atendiendo a los vínculos familiares, laborales, culturales y la falta absoluta de vínculos familiares en el país de origen, que hacían inviable que el Sr. Salvador permaneciese fuera de España, con las consiguientes consecuencias en todos los ámbitos de su vida.

El período de prohibición indicado en la sentencia objeto de apelación, aunque la expulsión de nuestro país ya haya sido ejecutada, y que por tanto el período eficaz fuera del mismo sería todavía menor al indicado, sin embargo, el hecho de que la sentencia se dictase a posteriori no evita que realmente el Sr. Salvador esté lejos de su familia y trabajo, por ello sigue siendo desproporcionada, entendiendo que un año a contar desde la expulsión sería mucho más proporcional con su situación concreta.

Resulta evidente que una prohibición de entrada de tan amplia duración es injusta y arbitraria por desproporcionada, ya que al infringirse se está afectando de forma muy gravosa el interés superior del niño y el respeto a la vida privada y familiar, tal como vienen garantizados en los arts. 18 y 39 CE, art. 8 CEDH y art. 7 CEDF.

No es ajena al control de los órganos judiciales la valoración de la proporcionalidad de una prohibición de entrada, siendo posible para los mismos moderar la duración de la misma, e incluso anularla por completo, atendiendo a todas las circunstancias del caso, lo que no ha hecho la sentencia a recurrir y que sí debería haber hecho.

En este sentido y como más recientes, se destacan la STSJ 144/2015, de Extremadura, Cáceres, Sala de lo Contencioso, Sección 1<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2015 (Nº Rec. 98/2015) que rebaja de 5 años a 2 la duración de la prohibición de entrada, a pesar de que el recurrente había cometido varios delitos contra la salud pública y tráfico de drogas; y la STSJ 1292/2012, de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso, Sección 3<sup>a</sup>, de 19 de junio de 2015 (Nº Rec. 265/2015) que rebaja de 3 años a 1 la duración de la prohibición de entrada.

Finalmente, se solicitaría que atendiendo a lo expuesto se estime el recurso de apelación, dictando resolución por la que revocando la que es objeto de recurso, el

tribunal dicte otra por la que se revoque la expulsión y se permita al Sr. Salvador el regreso, o, subsidiariamente se establezca un periodo de prohibición de un año desde que efectivamente se produjo la expulsión.

En caso de estimación total o parcial, bien la expulsión se revoca bien se reduce al año solicitado, y en caso de negativa por parte del tribunal, el Sr. Salvador tendrá que cumplir con la prohibición de entrada por el tiempo establecido.

### **5.2.3.- Recurso de Amparo**

Cabe un análisis breve de si existe o no la posibilidad de recurrir al amparo constitucional. El art. 2 LOTC afirma que el TC conocerá del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades públicos relacionados en el art. 53.2 CE (libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la Sección I del Capítulo II –arts. 15 a 29–, entre ellos el art. 18 que garantiza el derecho a la intimidad familiar). Por lo que debemos determinar en qué nos basaríamos y si ello estaría incluido en los arts. 44 y ss. LOTC reguladores del recurso de amparo.

Puesto que ha de tratarse de la violación de los derechos y libertades anteriormente mencionados, la base argumental se establecería entorno al derecho a la familia. En este sentido, la doctrina del TEDH descansa en que la expulsión ha de ser legal, legítima y necesaria (esto es, proporcionada) para considerarla respetuosa con el art. 8 CEDH. Pero si no se reconoce en nuestra Constitución como derecho fundamental el derecho a la vida familiar, la impugnación ante el TC de un acto (o norma) contradictorio con tal derecho no podría fundarse directamente en este derecho reconocido por el art. 8 del Convenio, pues la base de la impugnación debe ser el derecho reconocido constitucionalmente interpretado de acuerdo con el tratado internacional: el derecho a la vida familiar, con tales palabras expresado, literalmente no tiene su correlato en el Título I de nuestra Constitución por lo que la tesis dominante, que confirma la STC 186/2013 *cit.*, es que el derecho a la vida familiar no está previsto como derecho fundamental por nuestra Constitución (no lo incluye el art. 18 CE dentro del concepto de intimidad familiar), mereciendo la protección de la familia el respeto derivado de su consideración como principio rector de la política social y económica

(art. 39.1 CE). Efectivamente, según la STC 186/2013 *cit.*, la intimidad familiar del art. 18.1 CE no incluye el derecho del individuo a vivir con su familia, a disfrutar padres e hijos de su mutua compañía, derecho que sí está protegido por el artículo 8.1 CEDH, según ha sido interpretado por el TEDH (STEDH de 27 de junio de 1996, caso Johansen, FJ 52). Reconoce nuestro Alto Tribunal que esta doctrina del TEDH le ha permitido entrar a valorar en numerosas ocasiones si el derecho del individuo a vivir con su familia se vulnera por decisiones estatales de expulsión de extranjeros, debiendo tenerse en cuenta todos los intereses en juego (el derecho a la vida familiar es un límite, pero ha de estarse a las circunstancias del caso y también a las exigencias del artículo 8.2 CEDH).

El respeto a la vida familiar del individuo se reconoce constitucionalmente, según el TC, no en el Capítulo II como derecho fundamental, sino en otros lugares del Capítulo I y del Capítulo III: así, en el artículo 10.1, como emanación del libre desarrollo de su personalidad y, en consecuencia, fundamento del orden político y de la paz social, y en el artículo 39.1 y 4, actuando la protección de la familia y de los niños como principios rectores de la política social y económica<sup>42</sup>.

Por lo que en conclusión, si consideramos que el derecho a la vida familiar deriva del art. 10.1 y del art. 39.1 y .4 CE significa que sólo invocando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (recogido en el art. 24 CE), por haberse desconocido este derecho que debe inspirar la aplicación de las normas jurídicas, podría entrarse a conocer en amparo por el TC. El derecho a la tutela judicial efectiva se considera un derecho imprescindible para garantizar la dignidad humana y, en consecuencia, debe corresponder por igual a nacionales y extranjeros y ya se encuentren éstos en situación regular o irregular en España (FF.JJ. 3 y 4 STC 186/2013 *cit.*)<sup>43</sup>.

Existe también un interesante punto de vista y es el consistente en poner en conexión este derecho a la familia y a la tutela judicial efectiva con el interés superior del menor. Así, ¿el menor cuyos derechos fundamentales e interés superior pueden resultar afectados con la expulsión del progenitor puede invocar su derecho a la tutela judicial – a través de sus representantes legales– por considerar que la decisión de expulsión no ha motivado suficientemente la necesidad de la medida, en perjuicio de

<sup>42</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión...» *cit.* p.p. 347 y 348

<sup>43</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión...» *cit.* p.p. 329, 334 y 335

tales derechos o interés superior? La respuesta puede ser afirmativa, siempre que se asocie la vulneración del art. 24 CE a la vulneración de otros derechos fundamentales del menor o a la conculcación del art. 39.1 o .4 CE. Pero una invocación aislada del derecho a la tutela judicial efectiva del menor, dado que el menor no es el interesado principal del proceso de expulsión, sólo cabría si, en aras de conseguir la protección del interés superior del menor, cabe exigir que éste intervenga de algún modo en el proceso y tal intervención no se haya producido por causa imputable al poder público que acuerda la expulsión<sup>44</sup>.

### **5.3. Costas**

Es imprescindible advertir de la posibilidad de la condena en costas, siendo en este caso las costas procesales los honorarios del abogado y procurador contrarios y los gastos derivados del procedimiento.

Estas costas procesales conforman las cargas de carácter económico que han de ser satisfechas por las partes del proceso. Debe distinguirse, no obstante, y así lo hace la LEC en su art. 241, dos conceptos: gastos del proceso –concepto general que implica todo desembolso que tuviera su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso– y costas procesales –concepto más específico, la parte de aquellos gastos procesales que se refieran al pago de una serie de conceptos.

La sentencia, tanto la derivada del recurso contencioso como la de la posible apelación, deberá contener necesariamente pronunciamiento respecto a las costas procesales, aunque ello no implica que deba imponerlas obligatoriamente a una de las partes<sup>45</sup>.

Lo esencial en este caso es que en primera instancia no rige el principio de vencimiento, el art. 139 LJCA en su apartado primero indica que «en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos

---

<sup>44</sup> QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión...» *cit.* p.351

<sup>45</sup> LEFEBVRE, F., «Capítulo Sexto. Contencioso...», *cit.*, p. 815.

o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo rzone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción o interpuesto el recurso con mala fe o temeridad».

Respecto al resto de instancias el apartado segundo añade que «en los recursos se impondrán las costas al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición».

Y, el apartado séptimo del mismo precepto añade que «las costas causadas en los autos serán reguladas y tasadas según lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Por último, y dada la cuantía indeterminada del asunto, la ley establece una limitación de honorarios de letrado en la imposición de las costas, fijándola en un tercio de la cuantía del procedimiento, siempre que la sentencia no declare la temeridad del litigante vencido, de acuerdo a lo establecido en el art. 394 LEC (en su apartado tercero indica «cuando, [...] se impusieren las costas al litigante vencido, éste sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa»).

## VI.- CONCLUSIONES

En el presente supuesto nos encontramos ante una orden de expulsión de un ciudadano de nacionalidad colombiana, el Sr. Salvador, basándose la Administración que da lugar a la misma, en razones graves de orden público, de acuerdo al art. 15 RD 240/2007, puesto que el susodicho ciudadano presenta una serie de antecedentes penales, que por su parte se han cumplido y son cancelables. Siéndole de aplicación la normativa comunitaria, esto es el RD 240/2007, puesto que en el momento de la incoación del expediente tenía en trámite una solicitud de autorización de residencia de familiar de ciudadano de la UE por estar casado con una ciudadana española, siendo asimilado a un extranjero comunitario.

De modo que se propone la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución que acuerda dicha expulsión, y cuyos argumentos principales, en resumen, son los desarrollados en los fundamentos jurídicos siguientes:

En relación con el FJ 4.2.2 A.-, recordemos que de acuerdo al art. 15.2 RD 240/2007 y a la jurisprudencia (STSJ 505/2017 *cit.*) «Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, añade el precepto, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán 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».

El Sr. Salvador llegó a España en 2005, por tanto lleva más de 10 años de residencia, totalmente establecido e integrado; y siendo tan joven (34 años) tiene un largo trayecto familiar, social y laboral por delante en nuestro país. Cuenta con una vida laboral extensa, de más de 7 años, y en el momento de la incoación del procedimiento de expulsión tenía un contrato laboral en vigor, igualmente llevaba una vida ordenada, no habiendo reincidido en ninguno de los delitos hace ya tiempo cometidos y saldados. Es familiar de una ciudadana comunitaria, su esposa la Sra. Escobar es española y sus hijos menores también, contando con una solicitud de tarjeta de comunitario pendiente en el momento en que se decide abrir el expediente, y teniendo incluso posibilidad de

optar por la nacionalidad española. Su esfuerzo de integración social y cultural es claro tanto por la vida laboral como por acreditar la realización de talleres y cursos, lo que demuestra su intención de progresar.

En lo que al arraigo respecta, recordemos que, aunque el derecho de residencia y desplazamiento en España, cuando se trata de extranjeros, puede ser limitado por el legislador, se ha de tomar en consideración todos los intereses individuales en juego. El TC considera que la expulsión puede ser una medida restrictiva de los derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, y afirma que el art. 19 CE reconoce la libertad de circulación a dichos extranjeros legales (SSTC 94/1993 y 242/1994 *cit.*). Lo más importante es que esto último obliga a los órganos judiciales a valorar las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo o la unificación familiar), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión.

Algunos aspectos personales que merecen especial mención son por un lado, el estado de salud de su esposa la Sra. Escobar, que tiene una hernia discal lumbar provocada por su trabajo de cuidadora, que de evolucionar probablemente requiera cirugía, con la consiguiente baja laboral y ayuda de terceros en el postoperatorio inmediato. Y, por otro lado, que el matrimonio tiene dos hijos menores de edad españoles, en desarrollo de su personalidad, por lo que la ausencia de la figura paterna les supone sin lugar a dudas graves perjuicios.

En este supuesto, la decisión de la Administración no solo conlleva la vulneración del derecho a la familia y de convivencia y apoyo mutuo de los cónyuges, sino también del interés superior del menor.

Recordemos que la expulsión administrativa del ciudadano extranjero con algún hijo español menor de edad no puede acordarse automáticamente, pues ha de ser necesaria para satisfacer el interés general perseguido y proporcionada en atención a los intereses en juego (STC 186/2013 *cit.*); han de valorarse los perjuicios que el apartamiento de la familia le ocasionaría al individuo, debiendo ponerse en relación la situación familiar, personal y profesional (STSJ 1382/2005 *cit.*), y que la Administración no ha hecho.

El respeto a los derechos fundamentales de los interesados y la protección de la vida familiar y de los niños son claros límites a la expulsión del extranjero; debe tenerse en cuenta por los órganos verificando si la decisión de expulsión y el sacrificio que conlleva es proporcional al fin perseguido por la norma, que es el de asegurar el orden público y la seguridad ciudadana (STC 186/2013 *cit.*). A mayor abundamiento, poniendo en relación dichos conceptos con el de la libertad de circulación y residencia mencionada, incluso resulta conculado el derecho fundamental del menor a residir en España con su progenitor, ya que se coloca a dicho menor español en la posición de o bien tener que salir de España si ha de mantener la relación paterno filial, o bien en la de criarse en España pero en ausencia del padre, lo cual atenta contra elementales principios de protección de la familia (STS 324/2005 *cit.*).

Está sobradamente acreditado que el Sr. Salvador se encuentra perfectamente integrado en la sociedad española, siendo él y su esposa padres que ostentan conjuntamente la patria potestad de sus dos hijos comunes y menores de edad, que nacieron en Zaragoza y que ostentan la nacionalidad española, siendo inadmisible la expulsión de España de una persona que tenga hijos menores nacionales, no pudiendo cumplir los deberes derivados de la patria potestad ex art. 154 CC con una orden de expulsión y prohibición de entrada por cinco años.

Es indudable que expulsar de España al progenitor implicaría, por una parte, impedir que ésta cumpliera con las obligaciones implícitas en la patria potestad, pero sobre todo se estaría vulnerando el derecho del menor y su padre a la vida familiar y a la intimidad personal y familiar, así como el derecho esencial del menor a crecer y desarrollarse dentro de un entorno adecuado, todo ello con claro perjuicio de su equilibrio psico-afectivo (STSJ 2999/2010 *cit.*).

Y, en lo que respecta a FJ 4.2.2.B.-, recordemos que la expulsión del Sr. Salvador se centra en razones graves de orden público, debido a los antecedentes penales que presenta. Dicho concepto de «orden público» solo puede ser un orden positivo, por lo que únicamente será constatable una perturbación de dicho orden si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de las competencias públicas reguladas por el ordenamiento jurídico.

Con ello se viene a decir que el orden público ha de referirse a algo concreto, a regulaciones jurídicas concretas que nos van a determinar justamente su contenido. No basta afirmar que el orden público es un concepto jurídico indeterminado pretendiendo así alcanzar su juridificación. Además, ha de quedar claro que es inadmisible hablar de orden público como un límite general, implícito, de los derechos fundamentales, que los convertiría, si así fuese, en una especie de derechos debilitados o intereses ilegítimos.

Interpretando dicho concepto a la luz de lo dispuesto en el art. 10.1 CE, en donde los derechos fundamentales («derechos inviolables») y el respeto a la ley y a los derechos de los demás aparecen como fundamento del orden político y de la paz social, es tanto como decir que justamente el contenido del orden público, en su más amplia acepción, se concreta en el respeto de los derechos fundamentales, de las leyes y de los derechos de los demás (STC 19/1985 *cit.*).

Definido el concepto, éste se pone en relación con la tenencia de unos antecedentes penales y con la facultad de los Estados de limitar la libertad de circulación en base a este orden público.

En este sentido, el TJUE y los tribunales nacionales en consonancia, han aclarado que el concepto de orden público requiere, en todo caso, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción de la ley, que exista una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad; y para estar justificada su invocación por un Estado miembro a través de las medidas de orden público o de seguridad pública, éstas deberán basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado, y no podrán acogerse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general (STJUE de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07), como parece suceder en este caso con la referencia por parte de la Administración al orden público sin ofrecer fundamento de ningún tipo.

Debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros están facultados para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el art. 83.1.2º TFUE (el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada), constituyen un menoscabo especialmente grave de un interés

fundamental de la sociedad capaz de representar una amenaza directa para la tranquilidad y la seguridad física de la población, y que por consiguiente, cabe incluir en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» que pueden justificar una medida de expulsión en virtud del referido art. 28. 3 Directiva 2004/38 (traspuesto al art. 15 RD 240/2007), siempre que la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves, extremo éste que incumbe verificar al tribunal remitente basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce. Toda medida de expulsión está subordinada a que la conducta personal del interesado constituya una amenaza real y actual, apreciación que supone, como regla general, la tendencia del individuo interesado a proseguir esa conducta en el futuro (STJUE, Gran Sala, de 22 de mayo de 2012, nº C-348/2009, STC 186/2013 *cit.*, STSJ 206/2009 *cit.*), y que, dada la falta de reincidencia, no puede apreciarse en el caso presente.

Teniendo presente todo lo expuesto, conviene por tanto limitar el alcance de este tipo de medidas de conformidad con el principio de proporcionalidad. Tanto la jurisprudencia como el propio art. 15.5 d) RD 240/2007, afirman que la existencia de condenas penales anteriores no constituye, por sí sola, razón para adoptar la medida de expulsión, especialmente en este caso, con antecedentes penales de más de siete años de antigüedad, ya cumplidos y cancelables.

Visto lo expuesto, en síntesis se llega a la conclusión de que la Administración ha incurrido en un error a la hora de apreciar la actualidad y efectividad de la peligrosidad del Sr. Salvador –quien ya ha sido juzgado y condenado por sus errores pasados, pagando la deuda que tenía con la sociedad española–, sin motivar su decisión, ni atender al principio de proporcionalidad ni a las circunstancias personales concurrentes en el caso presente –una vida arrraigada con empleo, esposa e hijos–; dando lugar con ello a una decisión totalmente desproporcionada que supone una vulneración del derecho a la vida familiar y de la convivencia de los cónyuges así como del mutuo derecho de los menores y de su padre de permanecer juntos, en consecuencia, irreparables perjuicios tanto para el Sr. Salvador como para su familia, por lo que la orden de expulsión debe ser revocada o, supletoriamente, rebajada la prohibición de entrada en territorio nacional al mínimo legal, con el fin de evitar en lo posible los gravosos daños mencionados.

Finalmente, en su caso y a discreción del cliente, se ha planteado la posibilidad de apelar la decisión judicial que desestime –o estime parcialmente– las pretensiones de la demanda contenciosa, manteniendo en esencia los argumentos jurídicos empleados con la confianza de que se aprecien en segunda instancia.

Esta es la opinión que emito como Dictamen y que someto a otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 30 de Noviembre de 2017.

## **ANEXO I.- JURISPRUDENCIA**

STEDH de 10 de marzo de 2011, caso Kiyutin contra Rusia, Solicitud núm. 2700/10

STEDH de 27 de junio de 1996, caso Johansen

STEDH de 19 de febrero de 1988, caso Dalia contra Francia, TEDH/1988/5

STJUE de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07

STJUE, Gran Sala, de 22 de mayo de 2012, nº C-348/2009

STJUE de 19 de marzo de 1999, asunto C-348/96, Donatella Calfa

STC 186/2013, Sala Segunda, de 4 de noviembre de 2013, Recurso amparo 2022-2012

STC 19/1985, de 13 de febrero de 1985, Recurso amparo 98-1984

STC 33/1982, Pleno, de 8 de junio de 1982, Conflicto de competencia núm. 16/1982.

STC 46/2001, de 15 de febrero, Recurso de amparo 3083-1996

STS 8138/2005, Sala de lo Contencioso, Sección 5<sup>a</sup> de 22 de diciembre de 2005

STS 5421/2002, Sala de lo Contencioso, Sección 7<sup>a</sup>, de 17 de julio de 2002

STS 13300/1989, Sala de lo Contencioso, Sección primera, de 20 de enero de 1989

STS 6394/2001, Sala de lo Contencioso, Sección séptima, de 20 de julio de 2001

STS 7749/2005, Sala de lo Contencioso, de 9 de diciembre de 2005

STS 324/2005, Sala de lo Contencioso, Sección quinta, de 26 de enero de 2005

STS 1604/2005, Sala de lo Contencioso, Sección primera, de 15 de diciembre de 2005

STS 812/2007, Sala de lo Contencioso, Sección primera, de 13 de diciembre de 2007

STS 307/2008, Sala de lo Contencioso, Sección tercera, de 24 de marzo de 2008

STS 2285/2001, Sala de lo Contencioso, Sección 7<sup>a</sup>, de 20 de marzo de 2001

STS 7918/2002, Sala de lo Contencioso, de 27 de noviembre de 2002

STSJ 236/2005 de Logroño, Sala de lo Contencioso, Sección 1<sup>a</sup>, de 19 de abril de 2005.

STSJ 1186/2014 de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>, de 17 de diciembre de 2014.

STSJ de Catilla y León 505/2017, Sala de lo Contencioso, Sección 3<sup>a</sup>, de 28 de abril de 2017.

STSJ 1382/2005 de Madrid, Sala de lo Contencioso, Sección 6<sup>a</sup>, de 18 de octubre de 2005

STSJ 445/2012, de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso, Sección primera, de 5 de octubre de 2012

STSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>, de 4 de enero de 2010

STSJ Canarias 235/2004, sala de lo contencioso-administrativo, Sección 2<sup>a</sup>, de 30 de noviembre de 2004

STSJ 10/2007 de Castilla La Mancha, Albacete, Sala de lo Contencioso, Sección 2<sup>a</sup>, de 16 de enero de 2007.

STSJ 750/2011, de Cantabria, Santander, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de noviembre de 2011.

STSJ 175/2016, de Castilla y León, Burgos, Sala de lo Contencioso, Sección 1<sup>a</sup>, de 1 de septiembre de 2016.

STSJ 917/2009, de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección cuarta, de 17 de julio de 2009.

STSJ Andalucía, sede de Málaga, Sala de lo Contencioso, Sección 1<sup>a</sup>, Nº Rec. 3048/1995, de 5 de marzo de 1998

STSJ 206/2009, de Extremadura, Cáceres, Sala de lo Contencioso, Sección 1<sup>a</sup>, de 21 de julio de 2009

STSJ 1249/1998, de Madrid, Sala de lo Contencioso, Sección 1<sup>a</sup> de 20 de julio de 1998

STSJ 1344/1998, de Madrid, Sala de lo Contencioso, Sección 1<sup>a</sup>, de 24 de julio de 1998

STSJ 144/2015, de Extremadura, Cáceres, Sala de lo Contencioso, Sección 1<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2015

STSJ 1292/2012, de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso, Sección 3<sup>a</sup>, de 19 de junio de 2015

## ANEXO II.- BIBLIOGRAFÍA

ASCENSIÓN E., «Libertad de circulación y orden público en España», *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, núm. 2/2008, Barcelona abril 2008, p.p. 1-19.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L, «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», *R.V.A.P.*, núm. 27, 1990, p.p. 9-25

CHINCHILLA MARÍN, C., «El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales», *Revista de Administración Pública*, núm. 131, mayo-agosto 1993, p.p. 167-189.

CGAE, Subcomisión de Extranjería, *Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería*, Thomson Reuters, Lex Nova, Valladolid, D.L. 2012, p.p. 13 y 14.

MAGALLANES, C., DOMÉNECH GOMIS, M. *Todos los procesos de extranjería y sus actuaciones administrativas: todo sobre extranjería, nacionalidad, matrimonio, recursos administrativos y procedimientos relacionados con la práctica de extranjería en España*, 2<sup>a</sup> Edición, Wolters Kluwer, Barcelona, 2016, p.p. 287 a 300.

MARTÍN SANZ, L.V., *Movilidad, extranjería y nacionalidad*, Ediciones CEF (Centro de Estudios Financieros), Madrid, D.L. 2016, p.p. 386 a 389.

LEFEBVRE, F., «Capítulo Sexto. Contencioso y Proceso Contencioso-Administrativo», SERRANO ACITORES, A. (coord.), *Memento, Ejercicio profesional de la Abogacía, LEFEBVRE-EL DERECHO*, Madrid, 2017, p.p. 815, 817-819, 834.

QUICIOS MOLINA, M.S., «Los límites de la expulsión administrativa de extranjeros con hijos menores de edad españoles por aplicación del artículo 57.2 de la Ley 4/2000, de 11 de enero. El caso de la STC 186/2013, de 4 de noviembre», *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 28, enero-diciembre 2014, p.p. 311 a 354.

GALPARSORO J. y BÁRCENA P., *Los antecedentes penales y sus consecuencias en materia de extranjería, asilo y nacionalidad*, ICA Vizcaya, p.p. 1-39

*Irina Belokopytova. Expulsión del territorio nacional de extranjero comunitario con antecedentes penales.*

(<http://www.icavic.cat/docs/documents/zona%20privada/8.2articulo%20antecedentes%20penales.pdf>).

ZAPATA HÍJAR, J.C., *Extranjería y antecedentes penales*, REICAZ, p.p. 1-19 (<http://www.reicaz.org.es/portalReicaz/archivos/ficheros/1392217253516.pdf>).

*La expulsión de extranjeros que se encuentran en trámite de regularización*, Thomson Reuters (<http://www.graduadosocial.org/archivos/extranjeros.pdf>).

Fichas técnicas sobre la Unión Europea – 2017

([http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU\\_2.1.3.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.1.3.pdf))

<https://www.iberley.es/temas/expulsion-multa-procedimiento-sancionador-materia-extranjeria-51101> (fecha consulta 9/11/2017).

<http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/extranjeria/regimen-general/expulsion#Resoluci%C3%B3n%20de%20expulsi%C3%B3n> (fecha consulta 09/11/2017).