

icav

Il·lustre Col·legio de  
Abogats de València

CV  
CA  
Consejo Valenciano de  
Colegios de Abogacía

 GENERALITAT  
VALENCIANA  
Conselleria de Justícia e Interior

# Repercusiones de los procedimientos penales, matrimoniales y laborales en la situación administrativa del justiciable extranjero

ponente D<sup>a</sup> Denise Carmen Atzeni  
fecha **21/05/2024**

FPG-06/16a - Ed. 4  
(10.10.2023)

# Incidencias de los antecedentes policiales y penales en los expedientes sancionadores en el régimen ordinario y para los ciudadanos UE o familiares de los ciudadanos de la UE

## Personas extranjeras de tercer país (LOEX y RD 557/11)

Se aplica el procedimiento preferente cuando se incoa el procedimiento sancionatorio en presencia de antecedentes policiales y penales, por incurrir en alguna de las infracciones tipificadas en el artículo 53.1 d) y f), 54.1 a) y b), y del artículo 57.1 LOEX, es decir, cuando se incumplen las medidas impuestas por seguridad pública, actividades que vayan en contra del orden público, inmigración clandestina, o encontrarse irregularmente en territorio español

Art.63 LOEX los supuestos contemplados en el artículo 53.1.d), 53.1.f), 54.1.a), 54.1.b), y 57.2, la tramitación del mismo tendrá carácter preferente. Igualmente, el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en la letra a) del apartado 1 del artículo 53, se diera alguna de las siguientes circunstancias:

a) riesgo de incomparecencia. b) el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos. c) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

2. 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 establecidas en los artículos 61 y 62.

3. Se garantizará el derecho del extranjero a asistencia letrada, que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete...

#### Artículo 61 Medidas cautelares

a) Presentación periódica ante las autoridades competentes....

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....

e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento...

Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de julio de 2018 (recurso de casación 333/2017) que justifica la procedencia de aplicar el procedimiento preferente de existir causa para ello, aunque no se hubiera motivado por la Administración (Fundamento de Derecho Quinto, apartados A y B).

STS 120/2019, de 5 de febrero (Rec. 6379/2017), no debe sustanciarse la expulsión por el procedimiento preferente cuando no queda constatado un riesgo de incomparecencia del interesado ni ninguna otra de las circunstancias que habilitan para seguir este procedimiento conforme a las previsiones del artículo 63.1 de la Ley de Extranjería.

la STS n.º 1.665/2019, sí hay causa para el procedimiento preferente, en el caso enjuiciado en ésta, sí concurrían aquellos supuestos y el sujeto representaba un riesgo para el orden público en atención a su continuado y variado historial delictivo, pese a estar ingresado en un centro penitenciario.

La adopción del procedimiento preferente respecto al ordinario será una mera irregularidad formal no invalidante si no ha causado indefensión, correspondiendo a quien alega irregularidad la prueba de la indefensión; siendo por el contrario un defecto invalidante cuando, como sucede en el caso enjuiciado, no concurren las circunstancias exigidas para la puesta en marcha del procedimiento preferente

Cambio jurisprudencial, la multa resulta la sanción preferente: la sentencia **1140/2023, de 18 de septiembre, del Tribunal Supremo** declara como nueva doctrina jurisprudencial la siguiente:

“La respuesta a la cuestión casacional en relación con el alcance de la STJUE de 8 de octubre de 2020, C-568/19, teniendo en cuenta también la incidencia en la cuestión de la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de marzo de 2022 -asunto C-409/20-, es la siguiente:

«Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la imposición de la sanción de multa o la sanción de expulsión, siendo preferente la primera cuando no concurren circunstancias que, con arreglo al principio de proporcionalidad, justifiquen la expulsión.

La expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria.

¿Cuáles circunstancias resultan agravantes a fin de justificar la expulsión?

La existencia de una previa orden de salida obligatoria incumplida (STS, 3ª, Sección 5ª, de 22 de febrero de 2007 —recurso 10355/2003—); la no acreditación por el extranjero de la fecha de su entrada en España, ignorándose cuándo y por dónde entró en territorio español (STS, 3ª, Sección 5ª, de 28 de febrero de 2007 —recurso 10263/2003—); el hallarse indocumentado el extranjero y sin acreditar su verdadera identificación y filiación (STS, 3ª, Sección 5ª, de 31 de enero de 2008 —recurso 1743/2004—); utilizar documentación identificadora falsificada (STS, 3ª, Sección 5ª, de 27 de mayo de 2008 —recurso 5853/2004—)

o ser detenido el extranjero portando una documentación correspondiente a otra persona que se intenta presentar como propia, tratando de encubrir su verdadera identidad (STS, 3ª, Sección 5ª, de 25 de octubre de 2007 —recurso 2260/2004—); existir en contra del extranjero una previa 5ª, de 4 de octubre de 2007 —recurso 2224/2004—); e invocar una falsa nacionalidad (STS, 3ª, Sección 5ª, de 8 de noviembre de 2007 —recurso de casación número 2448/2004). STS de 4 de octubre de 2007, recurso 2244/2004, apreció la agravación al constar una prohibición de entrada.

En otras ocasiones (STS número 366/2021, de 17 de marzo, recurso 2870/2020) se hace referencia al artículo 63.1º, de la LOEX al regular el procedimiento preferente: cuando el extranjero en situación irregular constituya «un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional», cuando es previsible que el extranjero en situación irregular trate de evitar o dificultar la expulsión, y cuando exista riesgo de incomparecencia.

o cabe concluir sin más que la incoación del procedimiento preferente por alguna de esas circunstancias sea por sí solo justificador de la proporcionalidad de la expulsión; se requiere, por el contrario, y como sucede con las restantes circunstancias o factores de agravación, su valoración individualizada y plenamente contrastada, en un procedimiento con plenas garantías, como tal circunstancia justificadora de la proporcionalidad de la expulsión.

La existencia de antecedentes penales (incluidas las condenas por delitos leves) constituye una circunstancia de agravación que justifica la proporcionalidad de la expulsión STS número 252/2022, de 28 de febrero, recurso 7671/2020, – FD 7º-; aunque, como precisa la STS número 1247/2022, de 5 de octubre, recurso 270/2022, **no basta una mera referencia.**

**NO constituye dato negativo la constancia de detenciones por la comisión de delitos, si no existe en el expediente ningún otro dato sobre el resultado de las actuaciones policiales y no saberse** cuál fue su resultado final, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado.

Si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales o judiciales la expulsión que decreta (en lugar de la multa) ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, pues en otro caso seguirá siendo inmotivada la elección de la expulsión” (SSTS, 1140/2023 y 1141/2023, de 18 de septiembre, y . 1677/2023, de 13 de diciembre, 28 de febrero de 2007 -recurso 10260/2003-, de 12 y 20 de abril de 2007 -recursos 811/2004 y 9695/2003-, o 1247/2022, de 5 de octubre de 2022)

Aplicación del art. 57.2 (condena con pena mínima en abstracto superior a un año) al residente de larga duración.

STS Sala Contencioso de 27/12/2021 Rec. 7279/2020

"[...] si, en aplicación del art. 57.2 de la LOEX, procede la expulsión automática de extranjeros -residentes de larga duración- condenados por delitos dolosos sancionados con penas superiores a un año (salvo que los antecedentes estén cancelados), o, por el contrario, les es de aplicación lo dispuesto en el apartado 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, debiendo precisarse, en este caso, cuándo cabe entender que el residente de larga duración representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, a efecto de lo dispuesto en el referido art. 57.2."

Y, a tal efecto, dicho auto, identificaba como normas jurídicas que deberían ser objeto de interpretación los "[...]arts. 57.2.5 LOEX y 12 de la Directiva 2003/109/CE."

Los Estados de la UE pueden adoptar la decisión de expulsar del territorio a un extranjero no perteneciente a la UE, **con permiso de residencia de larga duración**, de conformidad con lo establecido en el apartado 2º del artículo 57 de la LOEX, siempre y cuando éste "represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública" para cuya constatación se requiere y exige ---por la Directiva y por la LOEX--- un alto nivel de motivación sin que resulte posible identificar o asimilar, de forma directa o automática, la condena penal impuesta, con la concurrencia de una causa de expulsión.

**La condena, no supone, ni implica, necesariamente, que el condenado "represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública".** El alto nivel de motivación debe llevarse a cabo por la Administración de conformidad con las circunstancias previstas en el apartado 3º del artículo 12 de la Dir. 2003/109/CE , así como en el 57.5.b) de la LOEX ".

Se trata, pues, de un pronunciamiento acorde con las exigencias de la Directiva 2003/109, que, en su Considerando 16, hace referencia, para los supuestos de residencia de larga duración, a " una protección reforzada contra la expulsión"

**Rd 240/2007.** Ámbito de aplicación. Ciudadanos comunitarios.

**Art. 1.** El presente real decreto regula las condiciones para el ejercicio de los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España por parte de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea y de los restantes Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

**Art. 2** El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por éste, a los familiares de ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él, que a continuación se relacionan.

a) A su cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, o divorcio.

b) A la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. Las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada se considerarán, en todo caso, incompatibles entre sí.

Sala Segunda. Sentencia 56/2023, de 22 de mayo de 2023. Recurso de amparo 6347-2021. (STC 42/2020)

- c) A sus descendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja, menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces.
- d) A sus ascendientes directos, y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial, divorcio o separación legal, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja.

**Artículo 2 bis.** Se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones previstas en este real decreto para miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a favor de:

- a) Los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, no incluidos en el artículo 2 del presente real decreto, que acompañen o se reúnan con él y acrediten de forma fehaciente en el momento de la solicitud que se encuentran en alguna de las siguientes circunstancias:
- 1.º Que, en el país de procedencia, estén a su cargo o vivan con él.
  - 2.º Que, por motivos graves de salud o de discapacidad, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia.

En el Derecho de la UE, los artículos 27 a 33 de la Directiva (Directiva 2004/38/CE) sobre libre circulación confieren a los miembros de la familia reconocidos como tal la misma protección reforzada (derivada) contra la expulsión que tienen los nacionales del EEE.

**Cualquier intento de limitar la libre circulación y la residencia de los ciudadanos de la UE y los miembros de sus familias por razones de orden público o seguridad pública deberá basarse en el hecho de que la conducta personal del individuo afectado constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas**

El Art. 15 del Real Decreto 240/2007 dispone que:

**"1. 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 Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, 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.

Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, **que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública.** Asimismo, 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

5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atenderá a los siguientes criterios:

....

c) No podrá ser adoptada con fines económicos.

d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, 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. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.

**6. No podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública, en los siguientes casos:**

a) Si hubiera residido en España **durante los diez años anteriores**, o:

b) Si fuera menor de edad, salvo si la repatriación es conforme al interés superior del menor, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador."

TJUE Asuntos acumulados C-482/01 y C-493/01 Georgios Orfanopoulos y otros y Raffaele Oliveri contra Land Baden-Württemberg

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62001CJ0482&from=FR>

*El estatuto de ciudadano de la Unión exige una interpretación particularmente restrictiva de las excepciones a dicha libertad. (véanse, las sentencias de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, C-184/99, Rec. p. I-6193, apartado 31, y de 23 de marzo de 2004, Collins, C-138/02)*

*Por lo que se refiere a las medidas de orden público, del artículo 3 de la Directiva 64/221 se desprende que, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen. En esta misma disposición se especifica que la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas. Como declaró el Tribunal de Justicia, en particular en su sentencia de 27 de octubre de 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999, apartado 35), el **concepto de orden público supone, aparte de la perturbación social que constituye toda infracción de la ley, que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.***

STS, Secc. V, 3/06/2019 rec. 6068/2018 ...sobre la interpretación de la exigencia de que existan "motivos imperiosos de seguridad pública", en sus distintas consideraciones e implicaciones, como son, sintéticamente: el serio perjuicio que causa la expulsión a las personas afectadas; el grado de integración en el Estado de acogida como base del alcance del régimen de protección frente a la expulsión; el refuerzo de la protección en relación con los ciudadanos de la Unión que han residido en el Estado de acogida durante los diez años anteriores; que el concepto "motivos imperiosos" es más limitado que el de "motivos graves" y referido a circunstancias excepcionales;

el concepto de "seguridad pública" comprensivo tanto de la seguridad interior como exterior del Estado; **que el Derecho de la Unión no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para apreciar los comportamientos contrarios a la seguridad pública.** que los motivos imperiosos de seguridad pública serán definidos por los Estados miembros; que los Estados miembros están facultados para considerar que infracciones penales como las mencionadas en el art. 83 del TFUE , 1, párrafo segundo, constituyen un menoscabo especialmente grave para el interés fundamental de la sociedad, que cabe incluir en el concepto "motivos imperiosos de seguridad pública",

***cuya gravedad debe valorar el Tribunal nacional en el examen individualizado; que la conducta del interesado debe constituir una amenaza real y actual que afecte a un interés fundamental de la sociedad; que la medida de expulsión debe basarse en un examen individual de cada caso concreto; que la pena impuesta constituye un factor más de los que han de tomarse en consideración en su valoración por el Juez nacional, a cuyo efecto deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales afectados; y que corresponde al órgano jurisdiccional, teniendo en cuenta todos los datos señalados en la norma y doctrina establecida, determinar si la conducta integra el concepto "motivos imperiosos de seguridad pública".***

*Una síntesis del alcance del concepto examinado se refleja en sus aspectos esenciales en los fundamentos 33 y 34 de la sentencia de 22 de mayo de 2012 sentencia de 22 de mayo de 2012 que antes se han reproducido.*

***Muchas Gracias.***

deniseatzeni@icav.es