

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 893/2018

Fecha de sentencia: 31/05/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1321/2017

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 08/05/2018

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Procedencia: T. S. J. ANDALUCÍA. SALA C/A. Sección 1ª. Sede en Sevilla.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera

Bajo

Transcrito por: Ppt

Nota:

Resumen

RECURSO DE CASACIÓN. INTERÉS CASACIONAL. EXTRANJEROS
RESIDENTES. EXPULSIÓN POR CONDENA PENAL. DOCTRINA SOBRE
ART. 57.2 LOEX. VOTOS PARTICULARES.

R. CASACION núm.: 1321/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera

Bajo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Quinta
Sentencia núm. 893/2018

Excmos. Sres.

D. José Manuel Sieira Míguez, presidente

D. Rafael Fernández Valverde

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Juan Carlos Trillo Alonso

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. José Juan Suay Rincón

D. César Tolosa Tribiño

En Madrid, a 31 de mayo de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 1321/2017 interpuesto por don _____ representado por la procuradora doña María del Mar Portales Yagüe y asistido de la letrada doña Ana María Gamboa Monte, promovido contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en fecha 30 de noviembre de 2016, en el Recurso de apelación 602/2016, seguido contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2016 que dictó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Sevilla en el

Procedimiento abreviado 4/2016, sobre sanción de expulsión del territorio español.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado, representada y asistida por el Abogado del Estado don Genaro Ferrer Varela.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Sevilla se vio el Procedimiento abreviado 4/2016, seguido a instancia de don [redacted], en el que fue parte demandada la Administración General del Estado, contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de fecha 19 de noviembre de 2015 que acordaba la expulsión del recurrente del territorio español, con prohibición de entrada en el mismo por un periodo de 7 años; en dicho procedimiento se dictó sentencia en fecha 16 de junio de 2016 desestimatoria del recurso interpuesto.

SEGUNDO.- Contra la citada sentencia de 16 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Sevilla, interpuso don [redacted] Recurso de Apelación nº 602/2016 ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla (Sección Primera), en el que recayó sentencia en fecha 30 de noviembre de 2016 desestimando el recurso.

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, don [redacted] formaliza escrito de preparación del recurso de casación, en los términos previstos en el artículo 89 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, el cual, por auto de 6 de febrero de 2017 de la Sala de instancia se tiene por preparado, ordenando el emplazamiento

de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esa Sala Tercera del Tribunal Supremo, y la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

CUARTO.- En fecha 22 de febrero de 2017 presenta ante el Tribunal Supremo su escrito de personación el Abogado del Estado, y, tras el requerimiento efectuado a los Colegios de Abogados y Procuradores de Madrid al ser el recurrente beneficiario de asistencia jurídica gratuita, se persona el 19 de mayo de 2017 la procuradora doña María del Mar Portales Yagüe, en nombre y representación de don Sunny Osas.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones y personadas las partes, por la Sección Primera de esta Sala, se dictó auto de fecha 26 de junio de 2017 admitiendo el recurso de casación preparado y declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar "si el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en concreto, su inciso «*delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año*» debe ser interpretado en el sentido de que se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente o bien a la pena efectivamente impuesta en el caso concreto".

Por otra parte, el auto señala como norma que deberá ser objeto de interpretación "el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social".

En el mismo auto se ordena la remisión de las actuaciones a la Sección quinta de esta Sala para su enjuiciamiento, con arreglo a las normas de reparto de asuntos.

SEXTO.- Por diligencia de 6 de julio de 2017 se da traslado por treinta días a la parte recurrente para formalizar la interposición del recurso de casación, presentando su escrito el 14 de septiembre de 2017, en el que solicita se estime el presente recurso, anulando la sentencia impugnada y, en

consecuencia, se proceda a la resolución del litigio en los términos del recurso interpuesto en el Tribunal de instancia.

SÉPTIMO.- Por providencia de 4 de octubre de 2017 se tiene por interpuesto el recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición por treinta días a la Administración General del Estado, presentando su escrito de oposición el 16 de noviembre de 2017.

OCTAVO.- Por providencia de 13 de marzo de 2018 se señaló para votación y fallo el día 8 de mayo de 2018, habiendo continuado la misma hasta el día 29 de mayo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en fecha 30 de noviembre de 2016, en el Recurso de Apelación 602/2016, seguido contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2016 que dictó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Sevilla en el Procedimiento abreviado 4/2016, sobre sanción de expulsión del territorio español.

En consecuencia, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo desestimó el Recurso de Apelación 602/2016, formulado, por el propio recurrente, contra la anterior sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo que, por su parte, había desestimado el Recurso contencioso-administrativo 4/2016, deducido contra la anterior contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla, de fecha 19 de noviembre de 2015, que acordaba la expulsión del recurrente del territorio español con prohibición de entrada en el mismo durante un periodo de 7 años.

(...) Inveterada doctrina jurisprudencial señala que el recurso de apelación no tiene como finalidad abrir un nuevo enjuiciamiento de la cuestión en las mismas condiciones que tuvo lugar en la primera instancia, sino depurar el resultado obtenido en ella. Por esto, el escrito de apelación debe contener una crítica de la sentencia impugnada que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución de sus pronunciamientos por otros distintos.

Trasladando las anteriores reflexiones al presente caso es evidente que el mayor esfuerzo argumental que dedica la parte apelante es a la reproducción de asertos ya aducidos en la instancia y que refutó la sentencia apelada, cuyos razonamientos compartimos.

Sin perjuicio de lo anterior, resaltamos que los supuestos defectos de tramitación del expediente administrativo merecieron explícita respuesta en el propio iter administrativo, así vgr. Acta Informe sobre alegaciones –folio 20 expte.-, no habiendo demostrado el apelante, quien en sede administrativa realizó alegaciones y aportó documentos –folios 9 al 19, así como 33 al 36 expte.-, que sufriese la menor situación de indefensión.

Respecto a la interpretación del art. 57.12 de la Ley de Extranjería, esta Sala de Sevilla ha sostenido en sentencias de 3 de junio de 2013, apelación 103/2013, de la Sección 1ª (aportada en el acto de celebración del juicio), y 2 de octubre de 2014, apelación 277/2014, de la Sección 2ª, que la duración de la pena privativa de libertad debe entenderse referida a la pena en abstracto y no a la efectiva condena privativa de libertad impuesta, pues la norma usa el vocablo “delito” sin mencionar la acción concreta castigada y porque de haber querido el legislador que se atendiese a la pena en concreto impuesta entonces no hubiera aludido al delito sancionado sino a la conducta dolosa sancionada.

El apodíctico reproche sobre falta de motivación queda rotundamente desmentido a la vista del tenor literal del acuerdo de iniciación del procedimiento preferente (art. 57.2) – folio 2 expte. -, de la propuesta de resolución –folio 24 expte.- y especialmente de la resolución de expulsión –folio 44 expte.-, cuyo contenido parcialmente transcribimos: “...El interesado ha sido condenado por el Juzgado de Instrucción Nº 1 de Sevilla por un delito de atentado. Los hechos declarados probados en la sentencia condenatoria revelan una conducta contraria a unas mínimas normas de convivencia, constitutiva de una amenaza real y suficientemente grave para el orden público y la seguridad pública. Resulta de aplicación, pues, lo dispuesto en el art. 57.2 de la Ley de Extranjería, precepto que además constituye la transposición del art. 3 de la Directiva 2001/40/CE que contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales, que puede adoptarse en los casos de condena “condena...a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año”.

Constan siete detenciones policiales por falsificación de moneda (dos), estafa, robo con violencia/intimidación, resistencia y desobediencia, delito contra los derechos de los trabajadores y reclamación judicial. Todos estos hechos manifiestan la escasa intención del interesado de integrarse en la sociedad española puesto que en tiempo que en el tiempo que lleva en España se ha dedicado a delinquir de manera continuada y sistemática.

Con independencia de lo anterior, se han tomado en cuenta los siguientes elementos: Consultada la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social se constata que no ejercido ninguna actividad laboral desde Enero-2009, a excepción de dos días en el año 2011, a pesar de ser titular de una tarjeta de residencia de larga duración concedida por esta Subdelegación del Gobierno. Tampoco acredita medios de vida, lo que hace suponer que tales medios los está obteniendo a manera ilícita. Por tanto, no acredita especiales vínculos económicos con nuestro país.

Tampoco acredita especiales vínculos sociales ya no acredita domicilio conocido ni familiares directos en situación regular, manifestando que su esposa reside en Italia.

Por lo demás, la edad del interesado (42 años) no constituye impedimento para la expulsión a su país de origen. Tampoco acredita que la expulsión le cause consecuencias especialmente gravosas a la vista la ausencia de vínculos efectivos con nuestro país.

Por último, resulta proporcionada una prohibición de entrada por un periodo de siete años, dada la naturaleza de los delitos cometidos, la duración de la pena impuesta, la falta de vínculos efectivos con nuestro país y la concurrencia de los datos negativos arriba expresados...".

En suma, el apelante no ha desvirtuado los fundamentos fácticos y jurídicos de la sentencia de la instancia, y de aquí que debamos desestimar el recurso de apelación".

SEGUNDO.- Considera el recurrente expulsado del territorio español que, al valorar la Sala y el Juzgado de instancia el límite de la pena de un año de forma abstracta, se iría contra el principio de proporcionalidad que rige en el derecho sancionador en materia de extranjería, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de los Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX): "Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a 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".

En concreto, expone que para respetar el citado principio sólo se podrá tener en cuenta, para sancionar, la pena concreta impuesta en el procedimiento penal, y no la pena abstracta, pues al imponer dicha condena el Tribunal penal ya ha valorado el grado de culpabilidad y el daño producido, de conformidad con el citado principio de proporcionalidad. En consecuencia, según expresa el recurrente, siendo titular de un permiso de larga duración, contando con vínculos familiares y arraigo en nuestro país desde 2001, y habiendo sido condenado a una pena de ocho meses (inferior, pues, al

período de un año al que se refiere el artículo 57.2 de la LOEX) no resulta procedente la sanción impuesta.

El recurrente conoce las discrepancias interpretativas, en relación con el citado artículo 57.2 de la LOEX, citando a respecto las diferentes sentencias de los distintos Tribunales Superiores (y de sus diferentes Salas y Secciones), a las que luego haremos referencia, en las que se ponen de manifiesto las discrepancias de criterio. Discrepancias, igualmente conocidas por el Tribunal Supremo, como se puso de manifiesto en el ATS (Sección Primera) de 26 de junio de 2017, de admisión del recurso de casación, y de la que se dedujo la existencia de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en relación con el inciso “delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año” del citado artículo 57.2 de la LOEX.

Partiendo de tal discrepancia el recurrente señala que los argumentos de los Tribunales que se muestran a favor de la valoración abstracta resultan carentes de contenido (con referencias a lo que hubiere querido el legislador), y, por el contrario, busca la justificación de su interpretación en las sentencias de los Tribunales Superiores que toman en consideración la pena en concreto impuesta; de ellas, extrae los siguientes argumentos:

a) La interpretación de la pena en concreto se ajusta más al espíritu de nuestro Ordenamiento jurídico ---que no especifica--- y al de las Directivas comunitarias aplicables (Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001), que el Tribunal Constitucional ha interpretado (en relación con el artículo 57.2 de la LOEX) en la STC 186/2013, de 4 de noviembre.

b) En relación con lo anterior, apela a que la conducta del sancionado debe de tomar en consideración el “reproche penal concreto efectuado, es decir la pena concreta impuesta, y no la pena en abstracto”.

c) Considera que esa ---la condena concreta del extranjero en los Estados Miembros de la Unión Europea--- es la interpretación que se desprende de lo establecido en el artículo 3 de la mencionada Directiva

2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, así como del artículo 27.2 de la Directiva 2004/28/CE.

d) El recurrente, igualmente, hace referencia a la eficacia negativa de la cancelación de los antecedentes penales en el inciso final del precepto, para lo cual se tiene en cuenta la concreta condena impuesta y no la condena en abstracto, apelando a la misma “vara de medir” y recordando que la cancelación se produce (artículo 136 del Código Penal) en función de la duración de la condena penal impuesta.

e) También se alude a la vulneración ---con la interpretación realizada por la Sala de instancia--- del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la CE, por la falta de motivación y de acreditación de la concurrencia de los presupuestos exigidos para la aplicación del artículo 57.2 de la LOEX, por la falta de valoración del artículo 57.5 (que contempla los supuestos en los que la sanción de expulsión no resulta posible), y, en fin, por la falta de ponderación de las circunstancias personales del recurrente.

f) Por último, señala que la interpretación de la referencia a la pena concreta es la utilizada por la jurisdicción penal cuando sustituye una pena de prisión por expulsión, no aplicando las penas concretas impuestas inferiores a un año, tachando, por ello de incongruente con ello la interpretación de la Sala de instancia.

TERCERO.- Por su parte, la representación del Estado apela a una interpretación literal del artículo 57.2 de la LOEX, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, citando al respecto sentencias de los diferentes Tribunales Superiores partidarios de tal interpretación.

CUARTO.- Los posicionamientos de las diversas Sala de los Tribunales Superiores que se han citado en el supuesto, y los que, por otra parte, hemos podido conocer, serían los siguientes:

A) Interpretaciones coincidentes con las de la sentencia de instancia:

1. STSJ de Andalucía (Sala de Sevilla, Sección Segunda) 6178/2016, de 16 de junio:

"Y, efectivamente, esta misma Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la cuestión, así en la sentencia de 12 de mayo pasado, dictada en el rollo de apelación 3322/2016 (recurso 411/2015 del Juzgado número DOS de Algeciras), entendiendo que la pena es la pena-tipo, la prevista en abstracto por la Ley para el delito de que se trate, sin consideración a la concreta pena impuesta, pues el precepto no se refiere a la conducta sino al delito, criterio seguido igualmente por otras Salas de distintos Tribunales Superiores).

La misma Sala y Sección Segunda reitera su criterio en la STSJ de Andalucía 977/2017, de 21 de septiembre (RA 508/2017), con referencia a otra sentencia de la Sección Tercera:

"Esta Sala y Sección se ha pronunciado ya al respecto de este debate en sentido contrario al patrocinado por la parte actora en Sentencia de 7 de diciembre de 2012 (recurso de apelación 20/2012) en la que razonábamos que "a nuestro juicio, la pena a considerar es la pena-tipo, la prevista en abstracto por la Ley para el delito de que se trate, sin considerar si el hecho se consumó o quedó en tentativa o la incidencia de determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En otro caso, la aplicación del precepto en cuestión quedaría al arbitrio de que la acusación solicite mayor o menor pena o de que el Tribunal del orden penal la imponga en efecto por encima o no de dicho umbral".

Y en el mismo sentido ha resuelto la Sección 3ª de esta misma Sala y sede en Sentencia de 2 de octubre de 2014 (recurso de apelación 277/2014) en los términos que siguen: "Esta Sala comparte dicho criterio, ya que el precepto se refiere a la pena en abstracto prevista para el delito y no a la concreta condena impuesta, pues la norma literalmente se refiere al "delito" y no a la acción concreta castigada, y ello además con independencia de que como sucede en este supuesto, por conformidad, pueda imponerse una pena menor a la del año de privación de libertad. En este sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que en sentencia de 20 de abril de 2012, establece que si el legislador hubiese querido que se atendiese a la pena en concreto impuesta no se hubiese referido al delito sancionado, sino a la conducta dolosa sancionada; es decir, se ha querido aplicar en base a un tipo en abstracto. En igual sentido el TSJ de Murcia en Sentencia de 19 de mayo de 2014, y el de Madrid en Sentencia de 27 de septiembre de 2013".

2. STSJ de Murcia (Sección Segunda) 1424/2017, de 24 de julio, con reproducción de la anterior STSJ 954/2013, de 12 de diciembre (RA 181/2013):

"No prevé este precepto una posibilidad de opción, como sucede con el párrafo 1 del mismo art. 57, pues en el supuesto citado la expulsión procede en todo caso si concurre la circunstancia expresada, y en este si concurre (basta con que el delito por el que es sancionado tenga prevista una pena superior a un año de privación de libertad aunque la efectivamente impuesta sea inferior.

(...) Es evidente que se dan los elementos exigidos por el art. 57.2 L.O. 4/2000, pues la literalidad del artículo (conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año), supone que se está refiriendo a la pena señalada al delito en abstracto y no a la pena efectivamente impuesta. Si la Ley Orgánica hubiese querido referirse a la pena en concreto impuesta en este artículo 57.2, no se hubiese referido al "delito sancionado" sino a la "conducta dolosa sancionada"; el precepto, cuando indica la sanción no se refiere a la conducta, sino al delito. Ello determina que no pueda considerarse la pena impuesta atendiendo a la culpa, sino al delito sancionado, sin perjuicio de que, por conformidad o por la concurrencia de otras circunstancias, pueda imponerse una pena menor a la del año de privación de libertad (incluso en su grado mínimo). Este es el criterio seguido por otros Tribunales Superiores de Justicia como el de Castilla y León, que en sentencia de 20 de abril de 2012, con cita de otras muchas anteriores, establece que si el legislador hubiese querido que se atendiese a la pena en concreto impuesta no se hubiese referido al delito sancionado, sino a la conducta dolosa sancionada; es decir, se ha querido aplicar en base a un tipo en abstracto".

En la misma línea, la STSJ de Murcia de 10 de octubre de 2014 (RA 83/2014).

3. STSJ de Extremadura (Sección Primera) 786/2017, de 20 de junio, con reproducción de la anterior STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2016:

"Por tanto, el precepto habilita para adoptar dicha medida de expulsión a quien fuese condenado por la comisión de un delito castigado, en abstracto, con pena privativa de libertad superior a un año. Por tanto ha de estarse no a la pena en concreto impuesta al condenado, sino a la pena en abstracto atribuida al delito en el Código Penal".

(En similares términos la STSJ de Madrid (Sección Tercera) de 8 de junio de 2016 (RA 415/2015).

4. STSJ de Castilla La Mancha (Sección Primera) de 23 de octubre de 2015 (RA 16/2014), con reproducción de las anteriores SSTSJ 175/2015, de 15 de junio y 26 de diciembre de 2012:

"Pero dicho lo anterior, el TSJ de Castilla La Mancha (sección 1ª) se ha pronunciado sobre esta cuestión en la sentencia nº 175/2012 de 15-6-2015, dictada en el recurso de apelación nº 330/2013, en el sentido de entender el precepto como "pena en abstracto", con independencia de la pena impuesta; es decir, en el mismo sentido que la sentencia aquí apelada y examinada. En concreto se dice:

"Tercero.- Comenzando por el examen de la primera de las cuestiones planteadas por el apelante, y sin perjuicio de reconocer que es una cuestión ciertamente discutida en el ámbito de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, si al objeto de integrar el elemento objetivo que justifica la aplicación del artículo 57.2 de la Ley de Extranjería debe atenderse a la pena en abstracto prevista con carácter general para el tipo delictual o la pena efectivamente impuesta al reo, es preciso destacar que esta Sala y Sección entiende acertado el criterio mantenido por el Juzgador de Instancia a la hora de atender al primero de los criterios

En este sentido podemos citar nuestra Sentencia de fecha 26 de diciembre de 2012 (AP 160/2011) donde se destaca:

(...) Es el delito el que tiene que estar penado con un año de prisión, como mínimo, y no que sea la pena efectivamente impuesta la que marque la causa de expulsión".

5. STSJ de Navarra (Sección Primera) 69/2018, de 26 de febrero (RA 2/2018):

"El artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 no deja lugar a dudas: hay que atender a la pena señalada "en abstracto" por nuestra ley penal y no a la impuesta "en concreto" al autor de delito, dentro o fuera de España, en atención al grado de ejecución de la conducta punible y/o a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. El recurrente interpreta el antedicho precepto tergiversando su tenor literal ("*in terminis claris non tit interpretatio*") esto es como si dijera lo que no dice.

En efecto, el artículo 57.2 de la L.O. 4/2002 no dispone la expulsión del extranjero que hubiese sido condenado a pena privativa de libertad superior a un año, sino del extranjero que cometa un delito doloso sancionado en España con esa pena.

Así es la pena señalada para el delito y no la impuesta a su autor la que determina, en su caso, la expulsión de éste, no con el carácter de una medida sancionadora (supuesto del apartado 1º del mismo precepto) sino de una consecuencia "*ipso iure*" de la sanción penal.

Por lo tanto, no vienen al caso principios propios del ámbito sancionador como los de individualización y proporcionalidad de las penas (artículo 131 Ley 30/1992).

La individualización de la pena ya se ha producido en el ámbito penal.

La expulsión es una medida ad hoc impuesta por la legislación de extranjería en atención a la gravedad "en abstracto" del delito cometido por las especiales razones de ese régimen jurídico ajenas a consideraciones propias de otros ámbitos normativos.

Por lo tanto las previsiones de la citada Directiva ya se han incorporado a nuestro texto normativo en los términos expuestos que no conculcan la citada Directiva, y por ende deben desestimarse las alegaciones que hace el apelante sobre la inexistencia de amenaza al orden público de la conducta del demandante".

6. STSJ de Castilla y León (Sala de Valladolid, Sección Tercera) 2275/2014, de 7 de noviembre (RA 217/2014):

"Se trata esta de una cuestión que ha sido, evidentemente, objeto de debate en la doctrina sobre si el año de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social se refiere a la pena en abstracto que la Ley penal establece para el delito o si se debe tener en cuenta la pena concreta que ha sido impuesta al administrado. Tal planteamiento ha sido resuelto por la Sala, en aras el principio de seguridad jurídica, en referencia a considerar la pena en abstracto que la ley penal impone para la conducta atribuida al administrado como criterio de adopción de la medida de expulsión y no la pena que se impone en el caso concreto, pues así parece ser el criterio del legislador cuando habla de "una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año" , entendiéndose que la referencia es al delito en general y no a la pena concretamente impuesta al delincuente en el caso específico, lo que nunca se cita en el precepto a aplicar, mientras que sí se habla de delito sancionado con pena de duración determinada".

7. STSJ del País Vasco de 19 de julio de 2016 (RA 93/2016):

"Por lo que se refiere a la naturaleza de la medida contemplada en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, hemos de señalar que esta sala ya se ha pronunciado a propósito de que no nos encontramos ante una sanción. Así, la sentencia 430/2015, de ocho de julio, indicó "Alude la representación del actor a la tenencia de arraigo de su patrocinado. Pues bien, no puede acogerse el argumento de la parte recurrente atinente al arraigo teniendo en cuenta cual es el precepto y causa invocado por la administración para decretar la expulsión. En

efecto, el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 no contempla una sanción sino que establece que la condena por conducta dolosa constitutiva de delito sancionable con pena privativa de libertad superior a un año constituirá causa de expulsión, así al Sr. ... no se le ha impuesto una sanción sino que se ha acordado la aplicación de la consecuencia que el artículo 57.2 establece para el caso de ser condenado a la pena de privación de libertad teniendo presente que esa condena lo sea por la comisión de delito doloso que (en abstracto) sea susceptible de ser castigado con pena superior a un año de prisión, como ocurre en el caso del recurrente. Luego no cabe hablar de proporcionalidad para imponer multa en lugar de expulsión".

B) Interpretaciones contrarias a la de la sentencia de instancia:

1. SSTSJ de Andalucía (Sala de Sevilla, Sección Cuarta) de 17 de febrero (RA 53/2014) y de 23 de noviembre de 2015 (RA 31/2015), así como 3864/2016, de 17 de febrero, 6936/2016, de 27 de mayo y 7126/2016, de 29 de julio:

"Esta potestad, de la que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de extranjeros del territorio nacional, encuentra un elemento interpretativo relevante, en el confuso aspecto que tratamos, en la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo, que referida al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacional de terceros países, en su art. 3-1-a) utiliza la expresión "condena a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año". No se refiere, por tanto, a la pena posible para el delito cometido, sino a la concreta pena impuesta como sanción a la conducta delictiva. Y esta debe ser la opción interpretativa que elegimos, no por la razón de ser la más favorables y encontrarnos ante un derecho de contenido sancionador, sino porque precisamente la citada Directiva tiene por finalidad facilitar la ejecutar de decisiones administrativas adoptadas por terceros países miembros en materia de expulsión, lo que obliga a cierta armonización de los ordenamientos jurídicos, labor que lleva a cabo precisamente cuando se refiere a condenas por infracciones penales castigadas en concreto con pena superior a un año de privación de libertad, rechazando la consideración del delito en abstracto seguramente dada la considerable diversidad de los ordenamiento penales de cada Estado miembro".

2. SSTSJ de Madrid (Sección Sexta) de 15 de abril de 2015 (RA 172/2015):

"Sin embargo, pese a que se citan por la apelante Sentencias que han llegado a otra conclusión, esta Sección entiende, compartiendo el criterio mantenido por la Sección 10ª de esta Sala en Sentencia de 9 de julio de 2013, rec. 468/2013, que ha de tenerse en cuenta la pena concreta impuesta para fundamentar la sanción de expulsión por el hecho de haber sido condenado por delito. El art. 57 de la LO 4/2000 se refiere a la expulsión del territorio como sanción explicando cuándo y en qué circunstancias procede su imposición, de modo que automáticamente por el hecho de haber sido condenado por delito a pena superior a un año de prisión, debe decretarse la expulsión. En todo momento el precepto detalla las circunstancias en que procede tal sanción y sus consecuencias, así como una serie de precisiones en atención a específicas circunstancias del interesado y determinados delitos que se describen. No puede así aislarse este artículo 57.2 del resto de la materia relativa a infracciones y sanciones, sin perjuicio de que el tratamiento sistemático del tema concreto sea discutible. Pero en todo caso, si bien no se prevé en este supuesto la opción entre expulsión y multa, esto no excluye la necesidad de realizar un examen específico de la situación y no parece razonable equiparar a estos efectos la concreta condena impuesta con la abstracta prevista para el delito. En el ámbito sancionador, y desde luego en el ámbito penal, cuando se ha de tener en cuenta la pena abstracta para cualquier cómputo o decisión se precisa de este modo siendo razonable entender, como de manera implícita ha venido considerando esta Sala en otros casos en los que se alude a la pena que se ha impuesto en referencia a la aplicación de este precepto, que ha de estarse a la "concreta condena impuesta". En todo caso, y teniendo en cuenta la normativa europea, se ha de atender a la amenaza para el orden público o seguridad nacional, y en esta normativa se hace específica referencia a la "condena" a pena privativa de libertad de al menos un año, por ejemplo en la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001, sobre reconocimiento mutuo de decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. Por tanto, la "condena" es el dato especialmente relevante".

Especialmente significativa es la STSJ de Madrid (Pleno) 2/2017, de 6 de junio (RA 420/2016) dictada tras la celebración de Pleno Jurisdiccional integrado por las Secciones 2ª, 3ª, 9ª y 10ª con competencia en materia de extranjería según las normas de reparto, por existencia de pronunciamientos contradictorios entre varias Secciones de la Sala, y que acoge el criterio de que la pena superior a un año ha de ser la pena en concreto o pena efectivamente impuesta y expresa la siguiente *ratio decidendi* sobre la cuestión litigiosa examinada:

"Hay que reconocer que esta cuestión es muy discutida, existiendo sentencias que consideran que debe tenerse en cuenta la pena en abstracto prevista para el delito. Así las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Baleares de 22/6/2016, recurso 781/2016; la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Castilla-La Mancha, en sentencia

de 23/10/2015, recurso 16/2014; o las de esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, Sección Tercera, de 8 de junio de 2016, recurso 441/2015 o de 30 de noviembre de 2016, recurso 392/2016, de la misma Sección Tercera; o la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Andalucía (Sevilla), de 13/10/2016, recurso 694/2016, Sección Segunda.

En sentido contrario hay sentencias que consideran que debe estarse a la duración de la pena en concreto impuesta al extranjero. Así las sentencias de esta misma Sala de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, Sección Sexta, de 15 de abril de 2015, recurso 172/2015; la de esa misma Sección Sexta de 4 de abril de 2016, recurso 783/2015; la de la Sección Décima de 9 de julio de 2013, recurso 468/2013; o de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Andalucía (Sevilla), de 23/12/2016, recurso 531/2015, Sección Cuarta.

Pues bien, en esta discrepancia y a falta de constancia de jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, el Pleno de esta Sala estima que el artículo 57.2 de la LOEx debe interpretarse en el sentido de considerar que se refiere a la pena en concreto impuesta al extranjero.

Dos razones nos llevan a esta conclusión:

A).- La primera consiste en que a la vista que una interpretación gramatical del precepto no es clara ya que permite sostener cualquiera de las dos posturas antes citadas (pena en abstracto/pena en concreto), debemos acudir a otras reglas hermenéuticas. En concreto, la teleológica y, para ello, a la hora de interpretar el artículo 57.2 LOEx, debemos tener en cuenta que tiene señalado el Tribunal Constitucional, en sentencia nº 186/2013, de 4 de noviembre de 2013, que la medida del artículo 57.2 LOEx, lo que persigue es "asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo". Siendo ello así, hay que estimar que esa finalidad se asegura teniendo en cuenta la conducta realizada por el extranjero reflejada en el reproche penal concreto efectuado, es decir a la pena concreta impuesta. No hay que olvidar que la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, lo que en su artículo 3 contempla es la expulsión de un nacional de un tercer país "basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales" y adoptada en alguno de los dos casos que regula, entre los que se encuentra la "condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año (...)". Ello indica que si la expulsión tiene su fundamento en la existencia de una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacional, lo que debe tenerse en cuenta es la condena concreta impuesta al extranjero ya que sólo teniendo presente el concreto reproche penal realizado, cabe valorar si el nacional de un tercer país constituye esa amenaza.

Hay que recordar que la doctrina del TJUE considera que para que las medidas de orden público o de seguridad pública estén justificadas deben estar basadas exclusivamente en la conducta personal del interesado. Así la sentencia del TJUE de 10/07/2008, (asunto C-33/07), interpretando los artículos 18 CE y 27 de 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, ha señalado: (24), que "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". Ello significa que sólo atendiendo a la pena en concreto es posible apreciar las razones de orden público o de seguridad pública ya que sólo la pena en concreto refleja una conducta personal del interesado.

B).- El segundo argumento deriva de la interpretación sistemática de todo el precepto. Hay que recordar que el citado artículo 57.2 dispone que "Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados". Ello significa que si los antecedentes penales han sido cancelados, no se aplica el citado artículo, cancelación de antecedentes que tiene lugar cuando transcurren los plazos expresados en el artículo 136 del Código Penal, según haya sido la duración de la condena penal en concreto impuesta. No parece tener mucho sentido que debamos tener en cuenta la condena penal en concreto a la hora de aplicar el último inciso del art. 57.2 LOEx (cancelación de antecedentes) y, por el contrario, tener en cuenta la pena en abstracto para aplicar el primer inciso del mismo precepto. La congruencia interna del precepto nos lleva a considerar que debamos estar en todo caso a la pena en concreto.

Por todo ello, debe estimarse el recurso de apelación y revocar la sentencia apelada ya que la condena penal impuesta al recurrente ha sido de seis meses de prisión, es decir, inferior a la establecida en el artículo 57.2 de la LOEx, por lo que no cabe aplicar el supuesto de expulsión contemplado en el citado precepto. Ello implica la estimación del recurso contencioso-administrativo".

A partir de esta STSJ de Madrid, todas las Secciones han unificado el criterio. Así SSTSJ de Madrid 654/2017, de 27 de septiembre, 538/2017, de 18 de octubre, 643/2017, de 30 de octubre, 745/2017, de 14 de noviembre, 671/2017, de 21 de noviembre (RA 297/2017), 403/2017, de 7 de diciembre (RA 785/2017), 767/2017, de 21 de diciembre (RA 507/2017), 851/2017, de 22 de diciembre (RA 233/2017), y 93/2018, de 7 de febrero (RA 898/2017).

En la misma línea anterior, STSJ de Madrid (Sección Segunda) ha seguido este criterio en la STSJ 71/2018, de 5 de febrero (RA 567/2017):

"Pero en el presente caso, lo que permite la confirmación de la sentencia es la pena concreta impuesta al recurrente consistente en 6 meses de prisión. Procede realizar la interpretación acorde del art. 57.2 de la LO 4/2000 en atención al resto de artículos de dicho texto legal. Se ha realizado el examen por diversos Tribunales Superiores de Justicia, acerca de si la pena privativa de libertad superior a un año contenida en el art. 57.2 LO se refiere a la pena en concreta (STSJ Zaragoza, nº recurso 14/2006, de fecha 30-03-2007) o a la pena en abstracto. La presente Sección afirma que la interpretación más acorde es atender a la pena en concreto. Y ello porque la propia Ley de Extranjería, las Directivas Comunitarias y la Jurisprudencia del TJUE emanada como consecuencia de ellas, van dirigidas a realizar un examen individualizado de la conducta del individuo y se huye del automatismo, siendo lo relevante la repercusión que para el orden público y la seguridad pública del país, tiene la residencia del extranjero que administrativamente tiene una residencia legal. Y ello porque la Jurisdicción penal es la encargada de especificar cuál es la conducta concreta del acusado y de individualizar al caso concreto la pena abstracta del Código Penal en función de la culpabilidad, grado de participación y circunstancias atenuantes y agravantes pertinentes. Al igual que según el art. 57.2 LO, la conducta debe ser dolosa, ésta debe ser castigada con pena de prisión superior a un año. Lo contrario llevaría hasta supuestos en que un tipo penal estuviese sancionado con diversos tipos de pena, una pena de prisión y otra no privativa de libertad (por ejemplo multa o trabajos en beneficio de la comunidad), y la jurisdicción penal sancionase al extranjero con alguna de estas últimas penas y por el contrario por una aplicación excesivamente rigorista del art. 57.2 LO se aplicase una consecuencia de expulsión más dura que la penal, cuando es exclusivamente dicha circunstancia de condena penal, la que sustenta la imposibilidad de residencia en el país. Por todo lo anterior, se atiende a la conducta efectivamente sancionada y como en el presente caso la misma no es merecedora de una sanción de pena privativa de libertad superior a un año (sino de 6 meses), se niega el cumplimiento del art. 57.2 LO".

3. SSTSJ de la Comunidad Valenciana (Sección Primera) 891/2016, de 7 de noviembre, 1013/2016, de 7 de diciembre (RA 752/2015) y 20 de septiembre de 2017 (RA 929/2015).

"La Sala, analizadas las alegaciones impugnatorias formuladas por el apelante, y tras el examen tanto del expediente administrativo obrante en autos como de las actuaciones practicadas en la primera instancia judicial, considera que procede la estimación del recurso de apelación, por los motivos que seguidamente se pasan a exponer.

Como argumenta el apelante en su escrito de interposición del recurso de apelación, para aplicar el art. 57.2 de la L.O. 4/2000 ha de estarse a la pena atribuida en concreto al extranjero por la sentencia penal condenatoria tenida en cuenta por la Administración para la aplicación de la medida de expulsión contemplada en dicho art. 57.2, y no a la pena prevista en abstracto para el delito por el Código Penal en el tipo legal correspondiente. Este es el

criterio mayoritario sostenido últimamente por esta Sala y Sección, que llevado al caso de autos conduce a concluir que, puesto que la sentencia condenatoria tomada en consideración por la Administración para acordar la expulsión de D. ... impuso a éste una pena privativa de libertad de duración no superior a un año -un año de prisión por la comisión de un delito de obstrucción a la justicia por coacciones o amenazas sobre peritos, partes o testigos del art. 464 del Código Penal-, no concurren los requisitos exigidos por el referido art. 57.2 de la L.O. 4/2000".

(La tercera de las citadas, a mayor abundamiento, cita y reproduce la del Pleno del TSJ de Madrid 420/2017, de 6 de junio, RA 970/2016).

La misma Sala de la Comunidad Valenciana ha seguido este criterio en la STSJ 71/2018, de 5 de febrero (RA 567/2017):

"Pero en el presente caso, lo que permite la confirmación de la sentencia es la pena concreta impuesta al recurrente consistente en 6 meses de prisión. Procede realizar la interpretación acorde del art. 57.2 de la LO 4/2000 en atención al resto de artículos de dicho texto legal. Se ha realizado el examen por diversos Tribunales Superiores de Justicia, acerca de si la pena privativa de libertad superior a un año contenida en el art. 57.2 LO se refiere a la pena en concreta (STSJ Zaragoza, nº recurso 14/2006, de fecha 30-03-2007) o a la pena en abstracto. La presente Sección afirma que la interpretación más acorde es atender a la pena en concreto. Y ello porque la propia Ley de Extranjería, las Directivas Comunitarias y la Jurisprudencia del TJUE emanada como consecuencia de ellas, van dirigidas a realizar un examen individualizado de la conducta del individuo y se huye del automatismo, siendo lo relevante la repercusión que para el orden público y la seguridad pública del país, tiene la residencia del extranjero que administrativamente tiene una residencia legal. Y ello porque la Jurisdicción penal es la encargada de especificar cuál es la conducta concreta del acusado y de individualizar al caso concreto la pena abstracta del Código Penal en función de la culpabilidad, grado de participación y circunstancias atenuantes y agravantes pertinentes. Al igual que según el art. 57.2 LO, la conducta debe ser dolosa, ésta debe ser castigada con pena de prisión superior a un año. Lo contrario llevaría hasta supuestos en que un tipo penal estuviese sancionado con diversos tipos de pena, una pena de prisión y otra no privativa de libertad (por ejemplo multa o trabajos en beneficio de la comunidad), y la jurisdicción penal sancionase al extranjero con alguna de estas últimas penas y por el contrario por una aplicación excesivamente rigorista del art. 57.2 LO se aplicase una consecuencia de expulsión más dura que la penal, cuando es exclusivamente dicha circunstancia de condena penal, la que sustenta la imposibilidad de residencia en el país. Por todo lo anterior, se atiende a la conducta efectivamente sancionada y como en el presente caso la misma no es merecedora

de una sanción de pena privativa de libertad superior a un año (sino de 6 meses), se niega el cumplimiento del art. 57.2 LO".

QUINTO.- Como ha podido observarse, por lo hasta ahora expuesto, nos encontramos ante la resolución de un recurso de casación que ha sido tramitado de conformidad con la Modificación introducida en la LRJCA de 1998 por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (Disposición Final Tercera, Uno), por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Los últimos párrafos de su Preámbulo (Apartado XII) dejan constancia del significado de esta reforma:

"En este ámbito, y con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo".

Pues bien, en el supuesto de autos la Sección Primera de la Sala, mediante Auto de fecha 26 de junio de 2017 ---como ya hemos expuesto--- procedió a la admisión del recurso de casación preparado, declarando que la cuestión planteada en el recurso, que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar:

"Si el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en concreto, su inciso «*delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año*» debe ser interpretado en el

sentido de que se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente o bien a la pena efectivamente impuesta en el caso concreto".

Por otra parte, el ATS señalaba como norma que deberá ser objeto de interpretación "el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social".

En el Fundamento anterior ---sin ánimo de agotar todas las resoluciones existentes--- hemos recogido y sintetizado las dos formas en que dicho precepto e inciso han venido siendo interpretados por los diversos Tribunales Superiores de Justicia, al resolver los recursos de alzada deducidos contra anteriores sentencias de los Juzgados de lo Contencioso administrativo que enjuiciaban la legalidad de las resoluciones de los Delegados o Subdelegados del Gobierno de las diferentes provincias imponiendo la sanción prevista en el artículo 57.2 de la LOEX.

Ubiquemos dicho precepto en el marco de la citada LOEX, debiendo advertirse que ---pese a que el apartado 2 que nos ocupa ha permanecido prácticamente inalterado desde el año 2000---, la redacción aplicada en la Resolución impugnada es la que, del artículo 57 en su conjunto, quedara configurada por la Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de los Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; con posterioridad a esta Ley, la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1º de julio, del Poder Judicial, añadiría el número 11 al precepto que nos ocupa.

Si bien se observa, el precepto se sitúa dentro del Título III de la LOEX denominado "*De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*". En dicho Título se reconoce la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la LOEX (artículo 50); se especifican y clasifican los diversos tipos de infracciones (artículos 51 a 54); se determinan las sanciones correspondientes a las anteriores infracciones (artículo 55), señalándose como tal sanción, exclusivamente, la de multa, en

las cuantías que se especifican en función de la gravedad de la infracción. Por su parte, el artículo 56 regula la prescripción de las infracciones y de las sanciones.

Llegamos así al artículo 57 ---dedicado a la “Expulsión del territorio”, obviamente, sólo, de los infractores que sean extranjeros--- cuyo apartado 2 estamos obligados a interpretar. El mismo, sin embargo, está compuesto por once apartados, de los que destacamos los que aquí nos interesan:

1. Se contempla, en el apartado 1, la posibilidad de que, en los casos de conductas tipificadas como infracciones muy graves (artículo 54), o graves previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 se pueda aplicar --- en lugar de las sanciones de multa en las cuantías previstas en el artículo 55.1.b) y c)--- “la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo”. Deben, no obstante, destacarse dos exigencias ---que se introduce en este apartado 1 del artículo 57 en la reforma aludida de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre---, para aplicar la sanción de expulsión en lugar de la de multa; esto es, para poder sustituir la multa por la expulsión del territorio español:

a) La toma en consideración del principio de proporcionalidad (“*en atención al principio de proporcionalidad*”). Y,

b) A través de “*resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción*”.

2. En el apartado 3 se dispone ---en principio, tanto para el supuesto del apartado 1 como para el del apartado 2, al que luego nos referiremos--- la imposibilidad de “imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa”. Esto es, que tanto la “sanción (de) ... expulsión del territorio español” que se contempla por el legislador para las infracciones muy graves y graves del apartado 1 del artículo 57 (en lugar de la multa), así la “causa de expulsión” prevista (con exclusividad) para el supuesto que nos ocupa del artículo 57.2 de la LOEX, no pueden imponerse conjuntamente. Así lo puso de manifiesto la STJUE de 23 de abril

de 2015 (Asunto C-38/14, Zaizoune) que tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco (ATSJPV de 17 de diciembre de 2013), en relación con los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, que fueron interpretados en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

3. En el apartado 4 del artículo 57 se regulan las consecuencias administrativas de la expulsión, introduciéndose en la reforma del 2009 la posibilidad de revocación en los supuestos que se determine reglamentariamente.

4. El apartado 5 señala los supuestos de imposibilidad de imponer la "sanción de expulsión" ---con excepción del caso de tratarse de la infracción muy grave prevista en el artículo 54.1.a), y del caso de reincidencia---:

a) Nacidos en España, legalmente residentes los últimos cinco años.

b) Residentes de larga duración. Es la misma reforma de 2009 la que impone que, para la expulsión de los residentes de larga duración (en los supuestos que ello resulta posible: 54.1.a y reincidencia), "[a]ntes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración en tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado".

c) Españoles de origen que hayan perdido la nacionalidad española.

d) Beneficiarios de prestación por incapacidad permanente para el trabajo ---consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España---, de prestación contributiva por desempleo, o de prestación económica asistencial pública destinada a lograr la inserción o reinserción social o laboral.

e) La anterior prohibición de expulsión o su ejecución se extiende al cónyuge el extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones anteriores, siempre que hayan residido legalmente en España durante más de dos años, así como a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, y que están a su cargo.

5. En el apartado 6 del artículo 57 declara la imposibilidad de ejecución de la expulsión bien cuando la misma conculcase el principio de no devolución, o afecte a las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

6. Por último, el apartado 7 contempla la posibilidad de autorización judicial de expulsión del extranjero "procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza", cuando los hechos determinantes de la anterior actuación judicial consten acreditados en el expediente administrativo de expulsión.

SEXO.- Ubicado el precepto que nos ocupa, procedamos ---dentro de dicho contexto sistemático--- a su interpretación, recordando que el mismo se expresa en los siguientes términos:

"Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados".

En dicho contexto, tenemos que inclinarnos por la interpretación conocida como de la “pena abstracta” o “pena tipo”, debiendo tomarse en consideración la pena prevista en el Código Penal español, para la conducta dolosa constitutiva de delito, por la que el ciudadano extranjero haya sido condenado en España o fuera de ella; teniendo en cuenta que dicha pena ha de ser la de privación de libertad “*superior a un año*”. Tal criterio supondría que, en supuestos como el de autos, aunque el actor fuera objeto de una pena privativa de libertad inferior al año, sin embargo, en cuanto lo fue por un delito al que la ley ---Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal--- le atribuía una sanción de mayor duración genéricamente al año, sí resulta posible aplicar la medida de expulsión.

El precepto, pues, requeriría, exclusivamente, para la imposición de la expulsión del territorio español a un extranjero, la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La condena por parte de un Tribunal de Justicia.

b) Tribunal que puede ser español o extranjero, por cuanto la condena puede ser “*dentro o fuera de España*”.

c) La condena ha de ser por una “*conducta dolosa*”.

d) El delito por el que condena ha de estar sancionado “*en nuestro país*” ---esto es, en el Código Penal español--- “*con pena privativa de libertad superior a un año*”. Y,

e) Con la excepción de que “*los antecedentes penales hubieran sido cancelados*”,

Esto es, del precepto no se deduce ninguna referencia a la concreta condena que ---efectivamente--- le fuera impuesta al ciudadano extranjero, pues, lo único que el precepto exige y requiere es que la sanción prevista, en el Código Penal español, para el delito por el que se le condena, sea una pena

privativa de libertad superior al año, aunque la pena privativa de libertad, en concreto impuesta, sea inferior al año.

Se trata, pues, de una infracción objetiva en la que la valoración subjetiva de los hechos determinantes de la condena penal ya fue realizada por el Tribunal penal, y tal valoración ---con el juego de grados, atenuantes o conformidades--- pudo dar lugar a una concreta pena privativa de libertad inferior al año; pero tal valoración subjetiva no le corresponde realizarla ---de nuevo--- a la Administración en el momento de la imposición de la sanción de expulsión, ya que el legislador sólo ha habilitado a la misma para la comprobación de que el delito, por el que extranjero fue condenado, está sancionado, en el Código Penal español, con una pena privativa de libertad superior al año.

Como han puesto de manifiesto los Tribunales que ha seguido esta interpretación *“el precepto no se refiere a la conducta sino al delito”*, por ello la decisión se debe adoptar *“sin considerar si el hecho se consumó o quedó en tentativa o la incidencia de determinadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (pues) [e]n otro caso, la aplicación del precepto en cuestión quedaría al arbitrio de que la acusación solicite mayor o menor pena o de que el Tribunal del orden penal la imponga en efecto por encima o no de dicho umbral”*. Esto es, que *“[n]o prevé este precepto una posibilidad de opción, como sucede con el párrafo 1 del mismo art. 57, pues en el supuesto citado la expulsión procede en todo caso si concurre la circunstancia expresada”*.

Por tanto, *“ha de estarse no a la pena en concreto impuesta al condenado, sino a la pena en abstracto atribuida al delito en el Código Penal”, ya que “el artículo 57.2 de la L.O. 4/2002 no dispone la expulsión del extranjero que hubiese sido condenado a pena privativa de libertad superior a un año, sino del extranjero que cometa un delito doloso sancionado en España con esa pena”*. Por lo tanto, *“no vienen al caso principios propios del ámbito sancionador como los de individualización y proporcionalidad de las penas (artículo 131 Ley 30/1992), pues “[l]a individualización de la pena ya se ha producido en el ámbito penal”*. Por todo ello, *procede concluir señalando que “[l]a expulsión es una medida ad hoc impuesta por la legislación de extranjería en atención a la gravedad “en abstracto” del delito cometido por las especiales razones de ese régimen jurídico ajenas a consideraciones propias de otros ámbitos normativos”*.

De aplicarse la interpretación contraria, e imponer la expulsión en función de la pena concreta impuesta en la jurisdicción penal, se podría dar la circunstancia de que algún extranjero fuera expulsado al ser condenado penalmente por concreta pena superior a un año ---por el juego y aplicación de las circunstancias agravantes concurrentes---, por un delito que sólo tenga prevista en el Código Penal una pena privativa de libertad inferior a un año.

Por otra parte, esta “medida” o “causa” de expulsión ---que es como la califica el artículo 57.2 de la LOEX--- es mera transposición de la normativa europea, y decidida, pues, en un ámbito comunitario que no admite interpretaciones concretas en el ámbito de cada Ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro.

OCTAVO.- En todo caso, debemos modular o matizar dicha interpretación ---con las consecuencias concretas que luego veremos--- en el sentido de que la sanción de privación de libertad, prevista en el Código Penal para el delito concernido, ha de ser superior a un año en todo su ámbito o espectro sancionador; esto es, que estarían excluidos aquellos supuestos en los que la sanción prevista sea ---al mismo tiempo--- superior e inferior a un año; es decir, que en los supuestos en los que la privación de libertad que esté prevista en el Código Penal pueda ser superior, igual o inferior a un año, no se puede afirmar que se esté en presencia de un delito ---siempre--- “*sancionado con pena privativa de libertad superior a un año*”. Dicho de otra forma, que se excluirían de la aplicación del artículo 57.2 de la LOEX aquellos delitos en los que, con independencia de máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, es de un año o menos.

Es cierto que la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, contempla (artículo 3) la “expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales” entre otros casos en el supuesto ---como el del artículo 57.2 de la LOEX--- de “condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena

privativa de libertad de al menos un año”, pero el legislador español ha exigido la “pena privativa de libertad superior a un año”.

NOVENO.- En el supuesto de autos, la sentencia de 11 de agosto de 2013, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Sevilla, condenó al recurrente como autor criminalmente responsable de un delito de atentado a agente de la Autoridad, previsto en los artículos 550 y 551 del Código Penal ---aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal--- (en concurso con una falta de lesiones y una falta de daños), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena ---por el delito de atentado--- de ocho meses de prisión y accesorias. En la redacción vigente en el momento de los hechos, y aplicada por la sentencia, el artículo 551.1 condenaba el delito de atentado contra agentes de la autoridad con pena “de prisión de uno a tres años”. El Juzgado, pues, condenó por este delito, si bien, en concreto, impuso la expresada pena de ocho meses, a la vista de la conformidad del acusado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal “reduciendo en un tercio la pena solicitada”.

Con posterioridad a los hechos ---pero antes de la Resolución administrativa impugnada---, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el artículo 551.2 redujo ---incluso--- la pena privativa de libertad, por este delito, a la de “seis meses a tres años”.

Es decir, que en ninguna de las dos redacciones, el delito de atentado a agente de la Autoridad ni estaba ni está sancionado ---en la totalidad de la pena prevista y posible--- “*con pena privativa de libertad superior a un año*”. Es más, en la fecha en la que se dicta la Resolución por parte de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla ---19 de noviembre de 2015--- por la que acordaba la expulsión del recurrente del territorio español, ya había entrado en vigor la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificaba el Código Penal, estableciendo el artículo 551.2 del mismo, para el delito de atentado contra agentes de la autoridad, la pena “de prisión de seis meses a tres años”.

Por ello, debemos modular la doctrina establecida en los términos expresados.

DÉCIMO.- De acuerdo, pues, con todo lo expuesto y modulando la interpretación que mantienen los dos órganos jurisdiccionales consideramos como interpretación más acertada del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) ---y, en concreto, su inciso “delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año”--- **debe ser interpretado en el sentido de que el precepto se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente, si bien, sólo en aquellos supuestos en los que la totalidad de la pena establecida en el Código Penal sea “una pena privativa de libertad superior a un año”, esto es, excluyendo aquellos delitos en los que, con independencia de máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, es de un año o menos.**

Esta, pues, es la doctrina que resulta procedente establecer, como doctrina jurisprudencial.

DÉCIMO PRIMERO.- La interpretación del artículo 57.2 de la LOEX que se acaba de establecer conduce a la estimación de las pretensiones que la parte recurrente deduce en el escrito de interposición del recurso, con apoyo en la matización que hemos efectuado de la interpretación realizada en la sentencia de instancia por la Sala de lo Contencioso administrativo, confirmando la del Juzgado de lo Contencioso administrativo, siendo pues la doctrina establecida por la mismas, si bien necesitando del complemento o matización expresados.

Todo lo cual lleva a la estimación del recurso de casación interpuesto, fijando la doctrina expuesta, y, en consecuencia, a la estimación del Recurso Contencioso administrativo interpuesto por el recurrente, dejando sin efecto la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en fecha 30 de noviembre de 2016, en el Recurso de apelación

602/2016, así como la sentencia de fecha 16 de junio de 2016 que dictó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Sevilla en el Procedimiento abreviado 4/2016.

Por todo ello dejamos sin efecto y anulamos la Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de fecha 19 de noviembre de 2015 que acordaba la expulsión del recurrente del territorio español, con prohibición de entrada en el mismo por un periodo de 7 años; expulsión y prohibición que dejamos sin efecto.

DÉCIMO SEGUNDO.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el artículo 93.4 de la LRJCA, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Por otra parte, dejamos sin efecto las condenas de costas impuestas en la instancia, de conformidad con el mismo artículo 93.4 de la LRJCA, que se remite al 139.1 de la misma ley.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º. Declaramos haber lugar, y, por tanto, estimamos el Recurso de Casación 1321/2017, interpuesto por don _____ contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en fecha 30 de noviembre de 2016, en el Recurso de apelación 602/2016, seguido contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2016, que dictó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Sevilla en el Procedimiento abreviado 4/2016.

2º. Casamos y anulamos las citadas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de Sevilla) y del Juzgado de lo Contencioso administrativo nº 2 de los de Sevilla.

3º. Estimamos el Recurso Contencioso-administrativo interpuesto por don _____ contra Resolución de la Subdelegación del Gobierno en Sevilla de fecha 19 de noviembre de 2015 que acordaba la expulsión del recurrente del territorio español, con prohibición de entrada en el mismo por un periodo de 7 años.

4º. No imponer las costas del recurso, ni de las dos instancias seguidas, en los términos establecidos en el último Fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR

Que efectúa el Magistrado don Rafael Fernández Valverde a la sentencia recaída en el Recurso de casación 1321/2017, seguido contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en fecha 30 de noviembre de 2016, en el Recurso de apelación 602/2016, deducido, a su vez, contra la anterior sentencia de fecha 16 de junio de 2016 que dictó el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Sevilla en el Procedimiento abreviado 4/2016, sobre sanción de expulsión del territorio español.

Discrepo, dicho sea con todos los respetos a los Magistrados que mantuvieron la interpretación mayoritaria, del presente fallo, y de la doctrina fijada en la interpretación del artículo 57.2 de la LOEX, que debió haberse pronunciado a favor de la interpretación partidaria de que la sanción a tener en cuenta no es la prevista en el Código Penal para el delito por el que el ciudadano extranjero es condenado, sino la pena por la que, concretamente, es condenado. Acepto, y comporta, en todo caso, la modulación interpretativa que se contiene en el Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia.

1º. Es cierto que una interpretación literal del precepto conduce a la conclusión alcanzada en la sentencia de la que discrepamos, pero tal automatismo no encaja en la construcción legal, jurisprudencial y doctrinal en relación con el ejercicio de la potestad sancionadora, que es la potestad que se ejercita y para la que se habilita a la Administración del Estado. En todo caso, lo que no ofrece duda es que estaríamos en presencia de una medida *“restrictiva de derechos individuales”* (artículo 9.3 de la CE) o de una de las denominadas *“medidas de seguridad”* previstas en el artículo 25.2 de la CE.

2º. Lo que el artículo 57.2 de la LOEX realiza ---analizado en su contexto--- es una tipificación de una infracción administrativa, y la consecuencia que a ella anuda es una sanción; concretamente la sanción de expulsión del ciudadano extranjero del territorio español.

La sentencia ubica el precepto dentro del Título III de la LOEX denominado *“De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”*, que reconoce la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas previstas en la LOEX (artículo 50), que clasifica los diversos tipos de infracciones (artículos 51 a 54), que determina las sanciones correspondientes a las anteriores (artículo 55) y que señalando el régimen de prescripción de las citada infracciones y de las sanciones. A ello debemos añadir otras consideraciones en relación con el precepto que interpretamos:

a) El apartado 2 del artículo contempla una nueva, concreta y específica infracción administrativa no prevista en los artículos 52, 53 y 54 de la LOEX; esto es, el apartado tipifica como infracción administrativa de la LOEX el haber 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”*.

b) Tal carácter de *“infracción administrativa”* no ofrece duda, pues, aunque el precepto se refiere a la anterior tipificación como una *“causa de expulsión”* ---sin referencia concreta a la auténtica naturaleza de “infracción”--- lo cierto es que el precepto comienza diciendo *“Asimismo”*, lo cual implica una evidente y lógica conexión con el apartado 1 anterior del artículo que contempla una serie de infracciones graves y muy graves en las que la sanción de multa puede ser sustituida por la de expulsión del territorio nacional. Por otra parte, el carácter de infracción administrativa de dicha tipificación se deduce de la necesidad de la *“previa ... tramitación del expediente administrativo”*. Y no debe olvidarse que el precepto se sitúa --- como hemos expuesto--- dentro del Título III de la LOEX denominado *“De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”*, como antes hemos recordado.

c) El carácter de *“sanción”* de la *“expulsión del territorio español”*, tampoco puede ofrecer dudas. De forma expresa así lo dice el artículo 56.3 cuando regula la prescripción de la misma.

d) Desde esta perspectiva las sanciones contempladas en la LOEX para las infracciones administrativas, serían las siguientes:

1. Exclusivamente la sanción de expulsión para el supuesto contemplado en el artículo 57.2 de la LOEX.

2. Alternativamente, la sanción de expulsión o multa para los supuestos previstos en el artículo 57.1 de la LOEX.

3. Exclusivamente la sanción de multa para las infracciones tipificadas en los artículos 52, 53 y 54, no previstas en el citado 57.1 de la LOEX.

3º. Pues bien, el ejercicio de tal potestad sancionadora no puede concebirse como una actividad estrictamente objetiva, sin referencias a los elementos subjetivos de la actuación desarrollada, y sin relación las circunstancias concurrentes y con el entorno o realidad concreta en que tal actuación tuvo lugar. Esto es, la actuación administrativa a que habilita el artículo 57.2 no puede desarrollarse sin tomar en consideración la conducta personal del afectado y el, administrativos veces citado, principio de proporcionalidad. Por otra parte, no puede entenderse el ejercicio de esta potestad como una consecuencia obligada de la condena penal impuesta; esto es, como la ejecución administrativa de la pena judicialmente impuesta. No existe diferencia de trato ---ni de naturaleza--- entre la “*sanción de expulsión*” contemplada en el apartado 1, y la “*causa de expulsión*” del apartado 2 del artículo 57 LOEX. La apelación semántica a los conceptos de “causa” o “medida”, en relación con la expulsión, carece de consistencia suficiente para desvirtuar la auténtica naturaleza de “*sanción*” ---o, al menos, de “*medida restrictiva de derechos individuales*”--- con las consecuencias de ello derivadas.

4º. Dicho de otra forma, que en el ejercicio de la potestad sancionadora la Administración debe contar ---siempre--- con un margen de actuación, por cuanto son varios los elementos subjetivos que se deben tomar en consideración como acontece con el grado de culpabilidad concurrente en la actuación desarrollada y que ha sido tenida en cuenta por el Juez penal. No resulta, pues, de recibo que sólo el Juez Penal al condenar, y no la Administración al sancionar ---o imponer esta medida---, deba proceder a “su enjuiciamiento” sin valorar dichas circunstancias subjetivas, privando de ello, radicalmente, a la Administración que, a continuación, sanciona en el marco de una finalidad de seguridad jurídica y orden público interno, diferente de la perseguida con la condena penal.

5º. Es cierto que el artículo 55.3 de la LOEX hace referencia a los “*criterios de proporcionalidad*”, pero, igualmente es cierto, que tal apelación se realiza por la ley en relación con la “*graduación de las sanciones*”; que dicho precepto sólo contempla la sanción de multa; y que sólo esta sanción es graduable, ya que ello ---la graduación--- no resulta posible en relación con la imposición de la expulsión, aunque sí en relación con la determinación del tiempo de expulsión, esto es, en relación con el tiempo de eficacia y duración de la misma y por el que se impide la vuelta al territorio español.

6º. Por otra parte, la anterior referencia al “principio de proporcionalidad”, no es la única en el Título III, ya que en el mismo artículo 57, apartado 1 ---supuesto en el que, por la gravedad de las infracciones, la sanción de multa puede sustituirse por la expulsión del territorio español--- contempla que tal aplicación pueda llevarse a cabo “*en atención al principio de proporcionalidad*”. Esto es, que para sustituir la multa por la expulsión ha de tomarse en consideración dicho principio, circunstancia que, sin embargo, se niega con una interpretación como la que realiza la sentencia, en el supuesto del apartado 2 del mismo precepto. Dicho de otra forma, para el supuesto previsto en el apartado 1 del artículo 57 la LOEX ---en el marco del principio de proporcionalidad--- se permite a la Administración imponer, o no, la sanción de expulsión, y, por el contrario, con la interpretación mayoritaria, ello no resulta posible en el supuesto que nos ocupa del 57.2 ---pues aquí la sanción debe imponerse irremisiblemente---, y ello, pese a que la conexión entre ambos apartados se produce con la palabra “*Asimismo*”.

7º. Pero es más, dicho elemento subjetivo vuelve a percibirse en el apartado 5 del precepto ---de aplicación al apartado 2 que nos ocupa--- por el que se impide la expulsión, entre otros, de los “*residentes de larga duración*”; supuesto en el que debe de tomarse en consideración “*el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos del país al que va a ser expulsado*”. Es cierto que algunas de estas circunstancias pueden entenderse como objetivas y derivadas del tiempo de permanencia en España,

pero otras cuentan con un componente estrictamente subjetivo que no debería desdeñarse en los extranjeros que no son de larga duración.

8º. Desde otra perspectiva, la finalidad, y razón de ser, de la pena y la sanción son completamente diferentes. Pues el carácter retributivo y de reinserción social de la pena es diferente de la finalidad prevista para la sanción de expulsión, habiendo señalado el Tribunal Constitucional en su STC 236/2007, de 7 de noviembre, que *"la expulsión contemplada en el precepto impugnado consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de su política de extranjería, en la que se incluye el establecimiento de los requisitos y condiciones exigibles a los extranjeros para su entrada y residencia en España, que no es un derecho fundamental del que aquéllos sean titulares con fundamento en el art. 19 CE (STC 72/2005, de 4 de abril)"*.

9º. Igualmente, debemos añadir que, desde una perspectiva formal, la decisión de expulsión ha de adoptarse en el marco de un expediente administrativo, teniendo en cuenta la no cancelación de los antecedentes, de forma que, si los antecedentes penales habían sido cancelados (de conformidad con lo establecido en el artículo 136 del Código Penal), la expulsión deviene inviable. Desde esta perspectiva, no parece existir una relación lógica, congruente y uniforme, en el momento de la imposición de la expulsión prevista en el artículo 57.2 LOEX, de desdeñar, por una parte, la concreta condena impuesta según las circunstancias del caso, y, al mismo tiempo, por otra, tomar en consideración la cancelación de los ---concretos--- antecedentes penales.

10º. Tal planteamiento es coincidente con lo establecido, desde diversas perspectivas, en la normativa europea:

A) La Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, que aprueba el Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, autoriza a los Estados miembros a denegar dicho Estatuto *"por motivos de orden público o de seguridad pública"* mediante la

correspondiente resolución, añadiendo (artículo 6) que, para ello *“el Estado miembro tomará en consideración la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública, o el peligro que representa la persona en cuestión, teniendo también debidamente presente la duración de la residencia y la existencia de vínculos con el país de residencia”*.

Desde dicha perspectiva, reducir a tales extranjeros ---esto es, sólo a los que les es de aplicación el Estatuto de larga duración--- la consideración de las condiciones subjetivas en función de la ---concreta--- actuación o conducta del extranjero, no resulta coherente cuando, además, como hemos expuesto, no existen argumentos para reducir el apartado 7 de la LOEX única y exclusivamente al apartado 1 del mismo precepto, sin que la condición de extranjero de larga duración no se tome en cuenta en la aplicación del apartado 2 que nos ocupa.

B) Por su parte, la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, contempla la *“expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales”* entre otros casos en el supuesto ---como el del artículo 57.2 de la LOEX--- de *“condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año”* (artículo 3).

Si bien se observa, la razón de la *“habilitación europea”* es la existencia de una *“amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales”*, que, obviamente, no se atiende suficientemente con una interpretación como la que se realiza en la sentencia de la que discrepamos, ya que el precepto comunitario exige la *“actualidad”* de la medida, por las razones expresadas, que puede diferir en el tiempo en relación con la condena penalmente impuesta.

Por otra parte, la interpretación que realizamos resulta coherente con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los

Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTED caso Habdulaziz , 28 de mayo de 1985; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaquim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, 28 de noviembre de 1996) (ATC 331/1997 , F. 4).

C) Por último, debemos hacer referencia a la Directiva 38/2004, de 29 de abril, sobre 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, que en su artículo 27.1 dispone que *“los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública”*, añadiendo en el apartado 2 que *“Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general”*.

A mayor abundamiento, el siguiente artículo 28.1 (Protección contra la expulsión) añade:

“Antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, 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 el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen”.

11º. Por último, debemos dejar constancia de algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional:

A) En la STC 186/2013, de 4 de noviembre (Fundamento Jurídico 7) --- si bien desde la perspectiva de los diversos derechos fundamentales que se consideraban infringidos en el recurso de amparo formulado--- el Tribunal Constitucional señala 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, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, del Consejo”*.

B) En la STC 236/2007, de 7 de noviembre, se analizó la impugnación del punto 50 del artículo primero de la Ley 8/2000, que dio nueva redacción a los apartados 2 y 8 del art. 57 (antes 53) de la Ley Orgánica 4/2000, en la que se denunciaba la inconstitucionalidad del citado artículo 57.2 por ser contrario a los principios de reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), así como también por vulnerar el art. 25.1 CE puesto que supondría una infracción del principio *non bis in idem*, conectado con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones (art. 25.1 CE), al establecer que la causa de la sanción administrativa es la misma que la de la sanción penal. Aunque la cuestión suscitada era diferente a la de autos, y aunque la impugnación se desestima, lo cierto es que en la STC se expresa en los siguientes términos:

“Al margen pues de la naturaleza de la expulsión prevista en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, lo determinante para rechazar la impugnación del precepto es la falta de identidad entre el fundamento de aquella medida y el fundamento de la sanción penal prevista en el mismo, que como se ha dicho constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem. El precepto establece una expulsión gubernativa, previa

la tramitación del correspondiente expediente, siendo la «causa de expulsión» que el extranjero haya sido condenado penalmente dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año. Pues bien, debe señalarse que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes. En este sentido, hemos declarado que la exigencia de un fundamento diferente requiere «que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de Ley). O, expresado en los términos de la STC 234/1991, de 10 de diciembre, no basta "simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio ne bis in idem no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado" (F. 2)» (STC 188/2005, F. 5).

En el precepto enjuiciado, la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre) F. 6). Es decir, sin mayores matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza aflictiva. En cambio, la medida de expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso,

están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado”.

Tal diferente naturaleza de la pena y de la sanción (medida o causa) de expulsión actúa como un claro impedimento para la aplicación de la doctrina de la pena abstracta, sin tomar en consideración las circunstancias concretas del caso.

C) Por su parte, la STC 131/2016, de 18 de julio, se resolvía la posible vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa, por la ausencia de motivación y acreditación de la concurrencia de los presupuestos del art. 57.2 LOEx y por la falta de ponderación de las alegaciones formuladas por el recurrente respecto a sus circunstancias personales y de arraigo, en que habría incurrido la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valencia y, por extensión, la Sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia. En concreto se planteaba si existía *“una clara negativa de la Administración a valorar las circunstancias alegadas por el actor, ya que se limita a rechazar las alegaciones mediante fórmulas estereotipadas, en lugar de llevar a cabo una motivación más detallada y apegada al caso, en la que se ponderaran de manera constitucionalmente adecuada los derechos en juego y las circunstancias personales y familiares del actor”.*

Dejando al margen la cuestión relativa a la motivación, la STC, en relación con el artículo 57.2 de la LOEX se pronuncia en los siguientes términos:

“En cualquier caso, si no fuera así, esto es, si la resolución administrativa impugnada no pudiera vulnerar el art. 24 CE por no tener carácter sancionador, el deber de motivación del art. 24.1 CE alcanzaría ineludiblemente a las resoluciones judiciales que han enjuiciado la actuación administrativa, y, más en concreto, a la dictada en apelación que, bajo el entendimiento de que el art. 57.2 LOEx contempla una medida adoptada legítimamente por el Estado español en el marco de su política de extranjería,

sin que sea aplicable lo establecido en la LOEx para las sanciones, y, en particular, el art. 57.5, ni tampoco el art. 55.3 sobre el principio de proporcionalidad, consideró que no cabía valorar las circunstancias personales del actor ni su arraigo, porque tal circunstancia no tiene «ninguna relevancia respecto a ese motivo de expulsión». Es decir, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ... ha incurrido efectivamente en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, al haberse opuesto, en su labor de fiscalización de los actos administrativos recurridos, a la ponderación de las circunstancias personales del recurrente bajo una interpretación de la norma que no respeta el canon constitucional de motivación del citado derecho fundamental. Al estar en juego, asociados a derechos fundamentales como los contemplados en los arts. 18.1 y 24.2 CE (STC 46/2014 FJ 7), una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) en relación con el mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, al que conduce la previsión del art. 39.4 CE, el órgano judicial debió ponderar las «circunstancias de cada supuesto» y «tener en cuenta la gravedad de los hechos», sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal ponderación (STC 46/2014, FJ 7). En el mismo sentido se pronuncia la STC 186/2013, de 4 de noviembre FJ 7, que en un caso similar, ante la presencia de derechos e intereses constitucionales de esa naturaleza, entre los que se incluían el derecho a la vida familiar derivado de los art. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea que se encuentra, dentro de nuestro sistema constitucional «en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE)», manifestó 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, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE de 28 de mayo de 2001 del Consejo».

Madrid, a 31 de mayo de dos mil dieciocho.

Firmado: Rafael Fernández Valverde. Rubricado.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ JUAN SUAY RINCÓN A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RCA 1321/2017.

Coincide este voto con la conclusión alcanzada por el otro que, junto a éste, acompaña a la sentencia, si bien disiente de él en cuanto a su fundamentación, razón por la que, con absoluto respeto al criterio de la mayoría y a dicho voto, vengo ahora a exteriorizar mi propia opinión sobre el asunto litigioso concernido en el caso.

1. Coincido, como digo, con la postura mantenida en última instancia por el otro voto que se acompaña la sentencia, en el sentido de que la sanción a tener en cuenta no es la prevista en el Código Penal para el delito por el que el ciudadano extranjero es condenado, sino la pena por la que, concretamente, es condenado.

Admite dicho voto que la dicción literal del precepto sobre el que gravita la polémica (artículo 57.2 LOEX) puede servir de sustento a la opinión suscrita por la mayoría de la sección enjuiciadora.

Sin perjuicio de que sea efectivamente sea así, sin embargo, lejos está de que pueda acudirse sin más a la interpretación gramatical del precepto

concernido para aplicar al caso con base en ella la regla de que *“in claris non fit intrerpretatio”*.

La propia existencia de criterios divergentes en las instancias jurisdiccionales que han tenido que pronunciarse a propósito de dicho precepto pone de manifiesto, precisamente, que lejos dista de estar esclarecida una cuestión cuya complejidad a la postre resulta, a mi modo de ver, de la propia formulación del precepto.

El principio de seguridad jurídica, en su vertiente objetiva, demanda la certeza del Derecho, esto es, la formulación de unas normas jurídicas suficientemente claras y precisas en la determinación de los supuestos a que han de aplicarse y de las consecuencias previstas por ellas; si bien con carácter general, con más razón cuando tales normas están llamadas a ser aplicadas de forma cotidiana y cuando además la medida dispuesta resulta especialmente gravosa, como es el caso.

Precisamente, por razón de lo expuesto, considero preciso apurar las reglas interpretativas que proporciona nuestro ordenamiento jurídico con vistas a acoger aquella interpretación de la norma, si no más favorable a su destinatario, sí la más proporcionada, en todo caso, a cada supuesto de hecho determinante de su aplicación.

Y por eso me inclino, en suma, como hace el otro voto que acompaña a la sentencia, por la tesis expuesta en el mismo al respecto.

2. Ahora bien, esto sentado, disiento también de dicho voto, como igualmente avanzaba, en la medida en que la mayor parte de su fundamentación descansa sobre la base de atribuir carácter sancionador a la medida de expulsión dispuesta por el precepto que nos ocupa (artículo 57.2).

En este sentido podría entenderse que mi opinión se aproxima a la de la mayoría. Sin embargo, no lo entiendo así. Porque no veo necesario partir de la indicada consideración para sostener la opinión de que la sanción a tener en

cuenta, a los efectos de aplicar dicha medida, no es la prevista en el Código Penal para el delito por el que el ciudadano extranjero es condenado, sino la pena por la que, concretamente, es condenado.

Sin necesidad y al margen, por tanto, de la indicada consideración, cabe alcanzar la misma conclusión. Y, es más, me parece más adecuado hacerlo así con vistas a eludir de este modo las consecuencias que en último término podrían resultar de aquélla.

Porque, si no de una sanción en sentido propio, estamos ante todo caso ante una “consecuencia accesorio” a una sanción, en el que el juicio sobre el grado de reprochabilidad de la conducta realizada (infracción) ha sido ya realizado en sede penal y del que no cabe prescindir ya ni apartarse del mismo en sede administrativa, al margen de que en esta última sede puedan tomarse en cuenta otras circunstancias (artículo 57.5: cuando este precepto emplea la expresión “sanción” lo hace en sentido impropio y abarca también el supuesto del artículo 57.2; de otro modo, carecería de sentido la exigencia que impone de tramitar un expediente, una nueva evidencia, por otra parte, del insuficiente rigor técnico en el empleo de los conceptos manejados); en todo caso, ajenas tales circunstancias a la valoración de la conducta realizada, como decimos.

Tratándose así de una consecuencia asociada a la realización de una infracción penal, a su imposición no le puede ser ajena el juicio de proporcionalidad que, si bien pudiera resultar exigible en vía de principio, ya de entrada, a todo acto de gravamen, con mayor dificultad aún cabe eludir su toma en consideración, precisamente, ante una medida como la que nos ocupa que incide directa y gravemente sobre la propia esfera de libertad personal de sus destinatarios y aplicable incluso a extranjeros con autorización de residencia de larga duración.

3. En la medida en que el juez penal ha efectuado ese juicio, a tenor de las circunstancias concurrentes en el caso, es por eso por lo que me inclino por partir de su propia conclusión para la aplicación del artículo 57.2 de la Ley

de Extranjería. Sin que, por lo demás, se vea comprometido por ello el logro de una pretendida uniformidad en la aplicación del Derecho europeo, cuando éste ya de entrada admite la previsión de penas diferentes para los delitos incorporados a las respectivas normativas de los Estados miembros.

En el sentido expuesto, pues, vengo a formular mi voto particular reiterando en todo caso mi máximo respeto al criterio mayoritario de mis compañeros de Sección y al expresado por el otro voto discrepante, que siempre pondero con la máxima atención.

Madrid, a 31 de mayo de 2018.

Firmado: José Juan Suay Rincón

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia, juntamente con dos votos particulares, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente Don Rafael Fernández Valverde, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha de lo como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

