

EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL DE UN EXTRANJERO POR SU CONDENA PENAL

Comentario a la STSJ de Madrid de 6 de junio de 2017¹

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

EXTRACTO

La interpretación que cabe dar al artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España, en cuanto explicita como causa de expulsión del territorio nacional a un extranjero que 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, ha dado lugar a no pocos quebraderos de cabeza a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. Y es que mientras unos propugnan que hay que atender a la pena en abstracto del Código Penal, otros afirman que lo trascendente es la pena en concreto impuesta al extranjero, siendo así que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, objeto del presente comentario, se inclina con total rotundidad por este segundo criterio.

Palabras clave: extranjería; expulsión del territorio nacional; condena penal superior a un año.

Fecha de entrada: 05-10-2017 / Fecha de aceptación: 20-10-2017

¹ Véase el texto de esta sentencia en www.civil-mercantil.com (selección de jurisprudencia de Derecho Administrativo del 1 al 15 de octubre de 2017).

En nuestro comentario mensual vamos a poner el «foco» en el ámbito del Derecho de Extranjería, disciplina multisectorial y que extiende primordialmente al Derecho administrativo, sin perjuicio de su afección por normas sectoriales del Derecho penal y del Derecho laboral.

Centrados en el Derecho administrativo sancionador, los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo de nuestro país se encuentran de manera frecuente ante una de las causas de expulsión del territorio nacional de ciudadanos extranjeros que más es utilizada por la Administración y que plantea no pocos problemas interpretativos a la hora de su aplicación práctica. Nos estamos refiriendo al motivo de expulsión previsto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEX), que dispone que «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», y que desde el inicio de su entrada en vigor ha originado pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios, proyectados acerca tanto de su naturaleza como de la interpretación concreta que cabe dar al término pena privativa de libertad superior a un año.

En primer término, y aunque esta cuestión no es objeto en la sentencia que nos ocupa, hemos de referirnos, aunque de manera somera, a la naturaleza de la expulsión acordada por el citado precepto.

Es de todos sabido que el mismo ha dado lugar a dos posturas enfrentadas entre distintos tribunales de lo contencioso-administrativo; en la primera se entendía que la medida de expulsión no reviste una naturaleza sancionadora toda vez que no se impone por la comisión de una infracción administrativa de las previstas en los artículos 52 y siguientes de la ley, sino como consecuencia de la previa condena por delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año; y, dada la rotundidad de la norma, se entiende de aplicación imperativa a los casos de condena penal que menciona, sin que la ley prevea una situación de arraigo como causa que pueda enervar

tal medida, ni resulte aplicable la excepción del artículo 57.5 b), en la redacción introducida por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que dispone:

«La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: [...] b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá 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 con el país al que va a ser expulsado».

Por el contrario, otros tribunales consideran la expulsión prevista en el artículo 57.2 como una sanción administrativa equiparable a las restantes prevenidas en la LOEX, de modo que entienden plenamente aplicables las limitaciones a la expulsión que regula el artículo 57.5, especialmente, en lo que concierne a los residentes de larga duración. En estos casos, el automatismo de la medida de expulsión controvertida puede conllevar una vulneración de la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, en cuyo considerando 16 establece que «los residentes de larga duración deben gozar de protección reforzada contra la expulsión», y en su artículo 12 que «los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública», y deberán tomarse en consideración, entre otros elementos, la duración de la residencia en el territorio, la edad de la persona implicada, las consecuencias para él y para los miembros de su familia, los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen».

Desde luego inclinarse por una u otra postura implica un posicionamiento que ha de tener unas consecuencias prácticas incuestionables, pues si adoptamos la primera de ellas, la capacidad que tiene el extranjero expulsado para atacar la expulsión, resulta muy limitada, pues de manera cuasiamatística, apreciada la condena penal por delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, se ha de optar inexcusablemente por la expulsión, mientras que compartir la segunda de las tesis expuestas supone introducir en el debate jurídico una serie de conceptos jurídicos indeterminados –primordialmente el arraigo y la naturaleza del permiso de residencia que en su caso pudiera ostentar el extranjero– que harían que dicho automatismo no se produjera.

En segundo lugar, y ya refiriéndonos al tema que aquí nos ocupa, el citado artículo 57.2 de la LOEX a la luz de su redacción introduce un nuevo elemento de inseguridad jurídica que hace decisiva la interpretación que cabe dar a la expresión «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», encontrándonos, también, ante una cuestión

trascendental, pues se ha de fijar con absoluta claridad si la pena ha de ser valorada en abstracto, es decir, en función de la extensión temporal que el Código Penal prevé para el delito cometido, o la pena en concreto, atendiendo exclusivamente a la pena impuesta, con independencia de la horquilla que contempla el Código Penal.

Con el supuesto concreto que recoge la sentencia, creo que resultará más clara la controversia a la que nos referimos. Así, nos encontramos con un ciudadano extranjero que es condenado por un Juzgado de lo Penal de Madrid, a una pena de seis meses de prisión, por la comisión de un delito de estafa, en cuantía de 35.500 euros, tipificado en el artículo 248.1.º del Código Penal, delito que, conforme al artículo 249 del CP, tiene señalada una pena de seis meses a tres años. De esta manera, si se acude a la pena impuesta, la Administración del Estado no podría acordar la expulsión del extranjero, mientras que si se toma en consideración la pena en abstracto –seis meses a tres años– la Administración estaría habilitada para ordenar su expulsión.

Esta última fue la tesis sostenida por la Administración, acordando la expulsión del extranjero, reaccionando este interponiendo recurso contencioso-administrativo, dictándose en primera instancia una sentencia por la que desestimaba el recurso y se confirmaba lo actuado por la Delegación del Gobierno en Madrid, reseñando la procedencia de la medida de expulsión al ser la pena superior a la señalada en el artículo 57.2 de la LOEX.

Ahonda el juzgador de instancia en su fundamentación, poniendo de manifiesto que el extranjero, además, carece de autorización de residencia en vigor, no pudiendo acogerse a la excepción que el ya citado artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE establece. En definitiva, a su juicio, nos encontraríamos ante una expulsión automática.

El extranjero afectado interpone recurso de apelación contra esta primera sentencia contraria a sus intereses, esgrimiendo el error en que han incurrido tanto la Administración del Estado como el primer juzgador, pues ha de estarse a la pena en concreto impuesta, que recordemos es de 6 meses, inferior, por tanto, al año establecido en el artículo 57.2 de la LOEX, no resultando, a su juicio, conforme a Derecho la expulsión del territorio nacional acordada.

Pues bien, lo primero que hace la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es poner de manifiesto las profundas discrepancias que sobre las cuestiones presentan los distintos tribunales superiores de justicia de España, razón por la que resulta preciso, en espera de que en futuro más o menos próximo el Tribunal Supremo se llegue a pronunciar a través del recurso de casación basado en el interés casacional, que una sala como la de Madrid, que es la que cuantitativamente resuelve más recursos en materia de extranjería de España, establezca una doctrina clara y precisa que dote a la materia de seguridad jurídica, pues incluso en la propia sala de Madrid existen posturas enfrentadas.

Es por ello que, de una manera acertada, el presidente de la sala convocó un pleno jurisdiccional integrado por las secciones que conocen de la materia de extranjería –2.ª, 3.ª, 9.ª y 10.ª– a fin de superar las contradicciones existentes. Y también, a nuestro juicio, de una manera acerta-

da se adelanta el pleno pronunciándose a favor de interpretar el artículo 57.2 de la LOEX, en el sentido de considerar que se refiere a la pena en concreto impuesta al extranjero, y no la abstracta, con sus horquillas, prevista en el Código Penal.

Dos son las razones primordiales que abonan la tesis afirmada. Así, partiendo de que la redacción gramatical del precepto pudiera incluir las dos doctrinas, la sala acude a la interpretación teleológica del precepto y que no es otra que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 (La Ley 7515/2001) del Consejo, de manera que se preserve dicho interés general teniendo en cuenta la conducta realizada por el extranjero reflejada en el reproche penal concreto efectuado, es decir, a la pena concreta impuesta.

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 solo teniendo presente el concreto reproche penal realizado, cabe valorar si el nacional de un tercer país constituye esa amenaza.

Un segundo fundamento que nos ha de inclinar a dotar de validez a la pena concreta impuesta es que la propia Ley de Extranjería, las directivas comunitarias y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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.

Asimismo 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 artículo 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.

Solo faltaría para dotar de rango jurisprudencial a tal doctrina que la Sala Tercera del Tribunal Supremo a través del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, instaurado mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, fijara la interpretación del artículo 57.2 de la LOEX, habiendo tenido noticia de que por Auto de 7 de julio de 2017 el Tribunal Supremo ha admitido un recurso de casación que versa sobre cuál debe ser la interpretación correcta del artículo 57.2 de la LOEX, habiendo declarado la Sección de Admisión del Tribunal Supremo que el objeto del recurso es precisar que la cuestión 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».