

Fecha 10/05/2005, Tribunal Supremo, Sala 3ª , ,1, rec. 5855/2001. Procedimiento:Recurso de casación. Pte: Yagüe Gil, Pedro José

RESUMEN

El TS no ha lugar al recurso de casación planteado contra la STSJ que anuló la resolución por la que se había decidido la expulsión de la actora ahora recurrida del territorio nacional. La Sala considera que el ámbito de aplicación del art. 21, 2 LO 7/1985 no puede extenderse al supuesto de la calificación de unos hechos que están siendo enjuiciados por la Jurisdicción Penal, pues la Administración puede solicitar del Juez, conforme a la LECrim., la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento por delitos menos graves, siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, ya que en caso contrario, como sucede en el supuesto de autos, la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la Jurisdicción Penal.

TÍTULO

Indebida expulsión de extranjero con causa penal pendiente

En la Villa de Madrid, a diez de mayo de dos mil cinco.

Visto por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 5855/2001, interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado, contra sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 13 de julio de 2001, sobre expulsión del territorio nacional de Dª Emilia, de nacionalidad peruana, que comparece como parte recurrida representada por el Procurador D. Pedro Moreno Rodríguez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 9/2000 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 13 de julio de 2001, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

“Fallamos: Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Pedro Moreno Rodríguez, en nombre y representación de Dª Emilia, contra la resolución dictada por la Delegación de Gobierno de Madrid de 13 de mayo de 1999, confirmada en reposición por la de 6 de octubre de 1999, por la que se decretó la expulsión del territorio nacional de la recurrente, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de tres años, declaramos la nulidad de dicha resolución al no ser ajustada a Derecho, sin hacer expresa imposición de las costas procesales”.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación el Abogado del Estado, en la representación que ostenta, formalizándolo, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, en base a un único motivo de casación por aplicación indebida del artículo 25 de la Constitución **L1978/3879 en ART 25** e infracción del artículo 53.4 de la Ley 4/2000.

Y termina suplicando a la Sala que "...dicte nueva sentencia en la que, estimándolo en todas sus partes se case y anule la sentencia recurrida y se resuelva conforme a Derecho, confirmando íntegramente los actos administrativos originariamente impugnados".

TERCERO.- Se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 5 de mayo de 2005, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación ha estimado el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución del Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid, de fecha 13 de mayo de 1999, confirmada en reposición por la de 6 de octubre de 1999, que decretó la expulsión de la recurrente, de nacionalidad peruana, del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un período de tres años. Dicha expulsión se decretó al amparo de lo dispuesto en la letra c) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, en las que se tipifican como supuestos que permiten la expulsión, respectivamente:

c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países"; por estar aquella encartada en diligencias de la Comisaría de Alcobendas-San Sebastián de Los Reyes núm. 407/98 de fecha 26-10-98, como presunta autora de un delito de robo, falsificación y estafa.

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado se sustenta en un único motivo, formulado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de esta Jurisdicción y en el que se denuncia la aplicación indebida del artículo 25 de la Constitución **L1978/3879 en ART 25** y la infracción del artículo 53.4 (en su redacción originaria) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social; precepto, éste, cuyo párrafo primero era del siguiente tenor:

"Cuando el extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida del territorio español, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal **L1882/1**, o su expulsión, si ésta resultara procedente de conformidad con lo previsto en los párrafos anteriores del presente artículo, previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador".

En síntesis, se expone en el motivo que la expulsión prevista en el precepto que acaba de ser transcrito, exige la tramitación y finalización del procedimiento administrativo sancionador antes de la terminación del proceso penal, pues de otra forma no podría surgir el supuesto

que el precepto prevé de expulsión mientras "el extranjero se encuentra encartado en un procedimiento por delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años". En consecuencia, no existe la vulneración del artículo 25 de la Constitución **L1978/3879 en ART 25** en el particular relativo al principio ""non bis in idem"" por la no paralización del procedimiento administrativo sancionador en tanto no se termine el penal. Tal vulneración sólo existiría cuando se impone una doble sanción, penal y administrativa, por unos mismos hechos que vulneren un mismo bien jurídico protegido; pero en supuestos como el de autos, en los que unos mismos hechos dan lugar a un delito y a una infracción administrativa con bienes jurídicos protegidos diferentes, la paralización del procedimiento administrativo sancionador no vendría determinada por dicho principio, sino por la situación de preferencia de la tramitación del procedimiento penal, establecida en el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto **L1993/17573 en ART 7**, por el que, desarrollando la Ley 30/1992 **L1992/17271**, se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora. Sin embargo, se añade, la citada LO 4/2000, posterior a la Ley 30/1992 **L1992/17271**, ha establecido una excepción a la paralización administrativa ordenada, con carácter general, en ésta. Se trata de una norma del mismo rango y posterior, que establece una excepción específica, y que, por ello, ha de aplicarse de forma preferente.

TERCERO.- Aquel artículo 53.4 (hoy 57.7, tras las reformas operadas por las Leyes Orgánicas 8/2000 y 11/2003) no estaba vigente al tiempo de dictarse la resolución administrativa impugnada en este proceso. Pese a ello, debemos analizar el motivo. De un lado, porque la norma contenida en aquel artículo 53.4 (hoy 57.7) es similar a la que se recogía en el párrafo primero del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, a cuyo tenor:

"Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal **L1882/1**, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1.". Y, de otro, porque es obvio que el motivo de casación invoca aquel artículo 53.4 no sólo por ser una "norma posterior" a la Ley 30/1992 **L1992/17271**, sino también por ser una "norma especial"; argumento, éste, que subsiste o queda en pie aunque el precepto a analizar no lo sea el repetido artículo 53.4 y sí el 21.2, párrafo primero, que acabamos de transcribir.

CUARTO.- La cuestión jurídica que se suscita en el motivo de casación, ha sido analizada y resuelta por este Tribunal Supremo en sentido coincidente con el criterio de la Sala de instancia y contrario, por tanto, al que se defiende en dicho motivo. Entre otras, en las recientes sentencias de 29 de noviembre y 21 de diciembre de 2004, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 4215 **J2004/219390** y 6018 de 2001 **J2004/225091**. En ellas, hemos sustentado el pronunciamiento desestimatorio de motivos de casación como el aquí esgrimido en el siguiente argumento, que ahora reiteramos:

Si el principio ""non bis in idem"" no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional, la cuestión debe abordarse desde una perspectiva diferente si la expulsión se funda en la comisión de unos hechos por los que existe pendiente un proceso penal. Como viene declarando el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 30 de enero de 1981 **J1981/2**, el principio ""non bis in idem"" conduce a que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación

de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. De aquí deriva una regla de subordinación de la Administración a la actuación jurisdiccional que determina que no pueda pronunciarse aquélla hasta que lo haya hecho la Jurisdicción y que los hechos declarados por ésta no puedan ser contradichos por la Administración.

Partiendo de estos presupuestos, el ámbito de aplicación del artículo 21.2, párrafo primero, de la LO 7/1985 no puede extenderse al supuesto de la calificación de unos hechos que están siendo enjuiciados por la Jurisdicción penal. La Administración puede solicitar del Juez, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal **L1882/1**, la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento por delitos menos graves, siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, puesto que en caso contrario, como sucede en el supuesto de que se trata en este proceso, la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la Jurisdicción penal.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas de este recurso de casación a la parte recurrente, limitando la minuta del Letrado a la cantidad máxima de 200 Euros, a la vista de las actuaciones procesales.

Por todo ello, en nombre de S.M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLO

NO HA LUGAR al recurso de casación núm. 5855/01 que la representación procesal de la Administración del Estado interpone contra la sentencia de fecha 13 de julio de 2001, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo número 9 de 2000. E imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso de casación, en los términos expuestos en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano De Oro-Pulido López.- Pedro José Yagüe Gil.- Jesús Ernesto Peces Morate.- Segundo Menéndez Pérez.- Rafael Fernández Valverde.- Enrique Cancer Lalanne.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.