



Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 29 Nov. 2004, rec.

4215/2001

Ponente: Enríquez Sancho, Ricardo.

Nº de Recurso: 4215/2001

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

EXTRANJEROS. PRINCIPIO NON BIS IN IDEM. Dicho principio no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada como causa de expulsión. Supuesto en que se imputa al extranjero la comisión de un delito menos grave existiendo un proceso penal pendiente. La Administración no puede basar la expulsión en la comisión de tales hechos delictivos. La Administración no puede pronunciarse sobre los mismos sin que antes lo haya hecho la jurisdicción penal.

Normativa aplicada

TEXTO

En la Villa de Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil cuatro

SENTENCIA

Visto por la Sección Quinta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación, interpuesto por D. Miguel, representado por la Procuradora Dª Mónica Ana Licerias Vallina, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de fecha 27 de noviembre de 2000, sobre expulsión de extranjero del territorio nacional, habiendo comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por acuerdo de 30 de marzo de 1998 el Delegado del Gobierno en Ceuta decidió la expulsión del territorio nacional del ciudadano marroquí D. Miguel, con la consiguiente prohibición de entrada en España, Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Portugal, Italia, Grecia y Austria, por un período de cinco años.

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso por D. Miguel recurso contencioso-administrativo que fue tramitado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con el nº 1347/98, en el que recayó sentencia de fecha 27 de noviembre 2000 por la que se desestimaba el recurso interpuesto.



TERCERO.- Frente a la anterior sentencia se ha interpuesto el presente recurso de casación en el que, una vez admitido y tramitado conforme a las prescripciones legales, se ha señalado para la votación y fallo el día 17 de noviembre de 2004, fecha en la que se ha llevado a cabo el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Ricardo Enríquez Sancho, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El 4 de noviembre de 1997 el recurrente fue interceptado por fuerzas de la Guardia Civil del Puerto de Ceuta cuando se disponía embarcar con destino a Algeciras, conduciendo un vehículo en el que, ocultas en el interior de ambas vigas longitudinales del bastidor, fueron descubiertos e intervenidos cincuenta y cuatro bloques de una sustancia que al parecer era resina de hachís, que arrojaron un peso de 14.700 gramos. Por este motivo pasó a disposición judicial como presunto autor de sendos delitos de contrabando y contra la salud pública. Puesto en conocimiento de la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía en Ceuta este hecho, al objeto de la incoación del oportuno expediente de expulsión, dicho expediente terminó por el acuerdo de expulsión que da lugar al presente proceso, adoptado previa autorización de su excarcelación por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Ceuta, que estaba conociendo de las diligencias penales incoadas por los hechos relatados.

La Administración fundó su acuerdo de expulsión en lo dispuesto en el artículo 26.1 c) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, por estar implicado el recurrente en actividades contrarias al orden público. Contra dicho acto el recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo en el que alegó, básicamente, que no se había respetado su derecho a la presunción de inocencia, alegación que es rechazada por la Sala de instancia teniendo en cuenta lo actuado en el expediente administrativo y la presunción de veracidad de la intervención de los funcionarios públicos que constatan los hechos descritos en aquél.

SEGUNDO.- En su primer motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción (LJ), la parte recurrente alega que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 13 y 24 de la Constitución, al no haber respetado el principio de presunción de inocencia en su favor como resulta, por un lado, de que no existe prueba alguna que acredite que la sustancia incautada era efectivamente resina de hachís y, por otro, de que se haya acordado la expulsión con base en unos hechos que estaban sujetos a enjuiciamiento penal y antes de que la Jurisdicción Penal se hubiera pronunciado.

La Administración ha aplicado el artículo 26.1 c), en relación con el artículo 21.2, párrafo primero, de la Ley 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (LDLE). El artículo 21.1 establece que «cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, 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, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1. Por su parte, el apartado c) de este último precepto considera como causa de expulsión de un extranjero el estar implicado en actividades contrarias al orden público, 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. Para la comprensión de estos preceptos conviene añadir que el artículo 26.1 d) LDLE considera como causa de expulsión el haber sido condenados, 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 sus antecedentes penales hubieran sido cancelados, y que el artículo 21.1, párrafo segundo LDLE establece que si el extranjero fuere condenado por un delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas aplicables, asegurando en todo la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta.

TERCERO.- Del contraste entre el artículo 26.1 c) y d) LDLE resulta claramente que sólo la condena por un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año constituye causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional. Sin embargo la condena por otro tipo de delito puede dar lugar a una causa de expulsión prevista en el artículo 26.1 c), o 26.1.f (desarrollar actividades ilegales) si la naturaleza de los hechos enjuiciados pone de manifiesto que concurren los presupuestos de hecho previstos en esos preceptos. La sentencia de esta Sala de 22 de mayo de 2000 rechaza que en estos casos se haya infringido el principio «non bis in idem» pues, según se declara en el auto del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1997, aunque la expulsión del territorio nacional de un extranjero haya sido conceptuada como sanción, dicha expulsión no puede ser confundida con una pena, de la que la separan el fundamento y los fines que persigue. Una cosa es que el actor hubiera traficado con droga y otra que su derecho a residir en España, que se encontraba condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad haya quedado extinguido al incumplir ese requisito legal. Añade el Tribunal Constitucional que la diferencia se reafirma si se tiene en cuenta que la pena de prisión se impone en el marco de la política criminal del Estado mientras que la expulsión del territorio nacional se acuerda en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes.

CUARTO.- Si el principio «non bis in idem» no impide que una condena penal por delito doloso pueden (sic) 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, 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 presupuesto el ámbito de aplicación del artículo 21.2 párrafo primero LDLE 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, 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.- Por lo expuesto hemos de estimar el presente recurso de casación sin que, conforme al artículo 139.2 LJ, proceda hacer declaración expresa sobre las costas causadas ni en la instancia ni en este recurso.

FALLAMOS

1º Estimamos el recurso de casación interpuesto por D. Miguel contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de noviembre de 2000.

2º Casamos dicha sentencia.

3º Estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Miguel contra el acuerdo del Delegado del Gobierno en Ceuta de 30 de marzo de 1998, que ordenó su expulsión del territorio nacional.

4º Anulamos dicho acuerdo por no ser conforme con el ordenamiento jurídico.

5º No hacemos especial declaración sobre las costas causadas en la instancia y en este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrado de esta Sala, de todo lo cual, yo, la Secretaria, certifico.