



Roj: **STSJ MU 8/2014 - ECLI:ES:TSJMU:2014:8**

Id Cendoj: **30030330022014100001**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Murcia**

Sección: **2**

Fecha: **20/01/2014**

Nº de Recurso: **206/2013**

Nº de Resolución: **22/2014**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ABEL ANGEL SAEZ DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.MURCIA SALA 2 CON/ADMURCIA SENTENCIA: 00022/2014

ROLLO DE APELACIÓN nº. 206/13

SENTENCIA nº. 22/2014

LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA

SECCIÓN SEGUNDA

compuesta por los Ilmos. Srs.:

D. Abel Ángel Sáez Doménech

Presidente

D^a. Leonor Alonso Díaz Marta

D. Joaquín Moreno Grau

Magistrados

ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº. 22/14

En Murcia, a veinte de enero de dos mil catorce.

En el rollo de apelación nº. 206/13 seguido por interposición de recurso de apelación contra la Sentencia de 127/13, de 24 de mayo del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 5 de Murcia , dictada en el procedimiento abreviado nº. 88/13, en cuantía indeterminada, figuran como parte apelante la Administración Civil del Estado (Delegación del Gobierno de Murcia), representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado y como parte apelada **D. Basilio** , de nacionalidad ecuatoriana, representado por la Procuradora D^a. Encarna Bermejo Garres y dirigido por la Abogada D^a. Juan Núñez Trancho, sobre expulsión del territorio español y prohibición de entrada de acuerdo con el art. 57.2 de la Ley de Extranjería 4/2000 .

Siendo Ponente el Magistrada Ilmo. Sr. D. **Abel Ángel Sáez Doménech** , quien expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Presentado el recurso de apelación referido, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 5 de Murcia lo admitió a trámite y después de dar traslado del mismo a la Administración demandada para que formalizara su oposición, remitió los autos junto con los escritos presentados a la Sala, y acordó que quedaran



los autos pendientes para dictar sentencia; señalándose para que tuviera lugar la votación y fallo el 10 de enero de 2014.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada estima el recurso contencioso administrativo formulado contra la resolución de la Delegación del Gobierno de Murcia de 5 de febrero de 2013, por la que se acuerda la expulsión del recurrente, de nacionalidad ecuatoriana, del territorio español, prohibiéndole la entrada en España por un periodo de 5 años.

La resolución impugnada está fundamentada en lo dispuesto en el art. 57.2 de la L.O 4/2000, de 11 de enero y posteriores reformas, desarrollada por R. D. 2393/2004, de 30 de diciembre, en relación con los arts. 57.1 y 58. 1 y 2 de la referida Ley y 141.2 del mencionado Reglamento, teniendo en cuenta que el interesado había sido condenado a la pena de 1 año de prisión por un delito de robo con fuerza en las cosas por el Juzgado de lo Penal nº. 1 de Lorca, en sentencia de 12 de septiembre de 2007 .

Señala el Juzgado para llegar a dicha conclusión, después de rechazar la prescripción teniendo en cuenta que la expulsión no es una sanción de las previstas en el art. 52, sino una medida prevista por el art. 57.2 de la L.O. 4/2000 y por lo tanto que no es aplicable el plazo de prescripción previsto en el art. 56, que lo importante es determinar si los antecedentes penales fueron cancelados o eran cancelables, teniendo en cuenta que el cumplimiento de la pena de prisión de un año se había iniciado en junio de 2012, recabándose por el Centro Penitenciario la liquidación de condena de dicho Juzgado de lo Penal, para que posteriormente éste acordara por auto de 6 de julio de 2012 la suspensión de la pena por un plazo de 2 años, llegando a la conclusión de que los antecedentes ni habían sido cancelados ni eran cancelables. Sigue diciendo que no se cuestiona que la pena estuviera prescrita ya que el plazo de prescripción previsto para esta era de 5 años de acuerdo con el art. 133 C.P. en relación con el 33, sin que el mismo hubiera transcurrido en la fecha de firmeza de la sentencia tal y como exige el art. 134 del mismo Cuerpo Legal .

Por último llega a la conclusión, teniendo los criterios de otros Tribunales Superiores de Justicia como el de Aragón, Galicia y Madrid, así como que esta Sala no se había pronunciado al efecto, que la pena de un año de prisión impuesta por el delito de robo con fuerza en las cosas no se podía incardinar en el supuesto previsto en el art. 57.2 de la L.O. 4/2000 para adoptar la medida de expulsión señalada en el mismo, ya que el mismo prevé la pena prevista para el delito en concreto por la sentencia penal (que en este caso no es superior a un año como exige el precepto) y no la señalada en abstracto para el mismo por el Código Penal (en este caso entre 1 y 3 años de prisión según el art. 240 C.P.)

Alega la Administración apelante para fundamentar el recurso de apelación , la infracción del art. 57.2 de la L.O. 57.2 y de la jurisprudencia que los interpreta. En este caso el **extranjero** fue condenado a una pena de un año de prisión por la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas, castigado por el C.P . con una pena de 1 a 3 años de prisión, siendo irrelevante que en virtud de una sentencia de conformidad o de otras circunstancias concurrentes (dilación, arrepentimiento etc...) la pena impuesta finalmente sea la referida. El delito por tanto era doloso y estaba sancionado en nuestro país con una pena privativa de libertad superior a un año. El Juzgado incurre en error al interpretar el art. 57.2 al tener en cuenta la pena efectivamente impuesta y no la prevista en abstracto para el delito. Este precepto no establece como causa de expulsión la duración de la pena efectivamente impuesta, que no depende de la penalidad del delito, dato objetivo y no contingente, sino de las concretas circunstancias de su proceso de enjuiciamiento, cuestiones todas ellas contingentes y variables en cada caso, sino que la conducta dolosa constituya un delito cuya pena privativa de libertad sea superior a un año (en el presente caso hasta tres años), al margen de la finalmente impuesta. Esa es la interpretación literal que hay que dar al precepto y no la propuesta por el Juzgador de instancia. El Juzgado no tiene en cuenta el criterio mantenido por esta Sala en reiteradas sentencias dictadas en casos similares al presente, como la 460/2010, de 21 de mayo o la más reciente 955/12, de 31 de octubre . En dichas sentencias este Sala señala expresamente que la expulsión acordada con fundamento en el art. 57.2 de la referida Ley consiste en una medida que se acuerda legítimamente por parte del Estado español en el marco de política de extranjería, con fundamento en la existencia de una condena penal del ciudadano **extranjero** expulsado, sin que nada afecte su situación previa de legalidad o ilegalidad, sino exclusivamente la citada condena penal. Por tanto en nada influye la existencia de arraigo en el recurrente.

Por último, **el apelado solicita la desestimación del recurso de apelación** y la confirmación de la sentencia apelada por sus propios fundamentos, ya que la Administración pretende sustituirlos por los suyos propios. La interpretación que hace la sentencia es la mantenida por la mayoría de los Juzgados de Murcia y por muchos Tribunales Superiores de Justicia (como los de Aragón, Galicia y Madrid), que exigen para la aplicación del art. 57.2 de la L.O. 4/2000 , que la pena efectivamente impuesta sea superior a un año, sin que por otro lado el TSJ



de Murcia se haya pronunciado al efecto. En su demanda citaba en apoyo de esta conclusión una sentencia de la Sala de Murcia de 28 de enero de 2011 (*ninguna norma contempla como causa de expulsión la existencia de diligencias abiertas, sino que más bien al contrario, claramente se dice que lo que la origina es solo la imposición de condena a más de un año de privación de libertad según el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000*). En el mismo sentido citaba la jurisprudencia aplicada por la Sala del TSJ de Aragón en diversas sentencias (debe estarse no a la pena prevista en abstracto por la Ley para el delito doloso, sino a la efectivamente impuesta en la sentencia penal). Cita la parte apelante la STJ de Murcia 460/2010, de 21 de mayo y la 955/12, de 31 de octubre, que sin embargo contemplan casos similares al presente, ya que las penas impuestas en ambos eran de dos años de prisión por un delito de lesiones causadas con arma blanca en el primero y por un delito contra la salud pública en el segundo. En ambos casos se trataba de hechos graves y con condenas privativas de libertad de dos años que por tanto sobrepasaban el límite señalado por el precepto al ser superiores a un año. Además hay que tener en cuenta que el interesado reside en España desde el año 1999 y cuenta con permiso de residencia de larga duración con autorización para trabajar, actualmente en fase de renovación, y en estos casos los tribunales vienen aplicando una interpretación distinta porque en la propia Ley Orgánica 4/2000 el art. 57.5 establece específicamente para los casos de residentes de larga duración unos requisitos para su expulsión que deben ser cumplidos (*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*). Si el legislador no hubiera querido que esto fuera así para el caso de residentes de larga duración no lo habría dispuesto. Por lo tanto la resolución de expulsión que no recoge nada de ello no cumple con la legalidad y debe ser anulada. Pero es que además dicho precepto señala para los residentes de larga duración que la sanción de expulsión no podrá ser impuesta salvo en dos supuestos: que la infracción cometida sea la prevista en el art. 54.1 a) que no es el caso (*participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley 1/1992, de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana*) o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión. El interesado no ha incurrido en ninguna de las conductas previstas en dicho precepto y por lo tanto no estamos ante un supuesto de amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública que justifique una medida como la expulsión, supuesto en el que los tribunales vienen anulando las resoluciones de expulsión, citando sentencias dictadas por diversos Tribunales (el TSJ de Castilla León o el Juzgado nº 2 de Zaragoza). En el mismo sentido cita el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que consagra el derecho a la vida familiar garantizado por el art. 8 del mismo que no puede ceder ante una exigencia de mero orden público y lo ha declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sentencia de 19 de marzo de 1999 (*el orden público solamente puede ser invocado para justificar la expulsión cuando exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, sin que la mera existencia de condenas penales constituya por sí sola motivo para la adopción de dicha medida*). Asimismo hace referencia a la STSJ de Cantabria de 23 de diciembre de 2011 (revoca la sentencia apelada por no haber valorado las circunstancias de arraigo social, laboral y familiar del apelante que lleva en España más de 9 años de residencia, está empadronado y tiene un hijo con una española y por no haber valorado los hechos que dan lugar a la sentencia penal que ni siquiera constan en el expediente, valoración que es exigible en supuestos como el presente de residentes de larga duración). Asimismo hace referencia a la STSJ de Murcia de 23 de marzo de 2012 que entiende que es de aplicación lo dispuesto en el art. 57.5 b) a los residentes de larga duración aun cuando se les quiera expulsar por el art. 57.2 al efecto de la adopción de la medida cautelar de suspensión.

Al interesado le fue impuesta la pena de un año de prisión como consecuencia de una sentencia de 12 de septiembre de 2007 de conformidad, por hechos cometidos en abril de 2001 (transcurridos 6 años) y la pena le fue suspendida al no tener antecedentes penales, aunque incomprensiblemente se tarada 5 años en hacerlo. Por lo tanto desde que suceden los hechos hasta que se abre el expediente transcurren 12 años, lo que denota a la fecha de hoy una evidente falta de peligrosidad. Así dos años después de dictarse la sentencia, el 24 de abril de 2009, le fue concedido un permiso de trabajo y residencia de larga duración, más de 8 años después de suceder los hechos por los que fue condenado y 2 años después de dictarse la sentencia. No es razonable que 12 años después de suceder los hechos se acuerde la expulsión de una persona que tiene permiso de residencia de larga duración por haber cometido un delito pese a estar la condena suspendida y sus responsabilidades civiles cumplidas, habiéndosele renovado, mientras tanto, la residencia temporal, el permiso de trabajo y la residencia de larga duración, porque así lo permite nuestra legislación. Cuando le fue concedido el permiso de trabajo y la residencia de larga duración el 20 de abril de 2009 se tuvieron que valorar todas las circunstancias concurrentes y entre ellas la referida condena impuesta por una sentencia dictada el 12 de septiembre de 2007 que era firme al ser de conformidad. La propia Administración el año 2009 consideró que su conducta personal no constituía una amenaza grave para el orden público o para la seguridad pública al concederle la residencia permanente, con lo que la Administración al acordar tres años y medio después



la expulsión actuó en contra de sus propios actos, así como del art. 57.5 de la L.O. 4/2000, de los arts. 3, 7 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de la Directiva 2003/1009/CE del Consejo de Europa, con vulneración de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de las sentencias de muchos tribunales nacionales y del art. 13 de la Constitución Española, ya que la aplicación automática de la expulsión sin consideración alguna a las circunstancias de la persona es claramente inconstitucional, además de una contradicción en la que ha incurrido la Administración en su actuar, que no solo vulnera el principio de confianza que debe regir en la actuación de la Administración (art. 3.1 de la Ley 30/1992), sino que también supone un contrasentido jurídico, por cuanto por un lado la Administración le permite su permanencia legal en España renovando e incluso concediendo un permiso de larga duración, para 3 años después acordar su expulsión con base en una condena penal que ya existía y conocía cuando le otorgó dicho permiso. Cita en apoyo de esta conclusión otra STSJ de Castilla-León de 30 de marzo de 2012 (se había impuesta al delito la penas mínimas y además se hallaban suspendidas).

En definitiva estamos ante un residente de larga duración para el que la Ley le otorga una especial protección a la hora de poderlo expulsar del país en cumplimiento de la Directiva 2003/1009/CE del Consejo, de 25 de noviembre, que en su art. 12.1 establece: "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", añadiendo en el art. 12.3: "antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes: a) la duración de la residencia en el territorio; b) la edad de la persona implicada; c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen". Precisamente el incumplimiento de dicha Directiva dio lugar a la **Sentencia del Tribunal de Justicia (CE, Sala 5ª, nº. C-59/2007, de 15 de noviembre, en la que se declaró**: Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2003/1009/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, al no haber adaptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en dicha Directiva. Dicha protección especial ha sido conculcada por la Administración al no cumplir la resolución de expulsión con los requisitos exigidos por la Ley Orgánica para los residentes de larga duración.

SEGUNDO.- Se aceptan los hechos y fundamentos de derecho de la sentencia apelada en cuanto se opongan a los mantenidos en la presente sentencia.

La prima cuestión planteada consistente en la interpretación que debe darse al art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 ha sido resuelta por esta Sala en distintas ocasiones

Así cabe citar la Sentencia 755/2012, de 11 de octubre de la **Sección 1ª que dice**: *En el presente supuesto no se ha acordado la expulsión del recurrente por estancia irregular en nuestro país, sino por aplicación del artículo 57.2 de la L.O. 4/2000, por haber sido condenado en España por una conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, no constando cancelados los antecedentes. Por tanto, no resulta de aplicación el apartado 5 del artículo 57, que está previsto para las sanciones de expulsión por la comisión de las conductas tipificadas como infracción en la propia Ley de Extranjería. Y tampoco procede hacer ninguna valoración sobre el posible arraigo del recurrente en nuestro país pues no se plantea cuestión alguna sobre la proporcionalidad.*

También se ha pronunciado sobre la cuestión la Sección 2ª de esta Sala en sentencia **460/2010, de 21 de mayo, reiterada por otras muchas posteriores, que literalmente señala**:

*"Plantea el apelante la existencia de arraigo en nuestro país. Podría llevar razón el recurrente si la causa de expulsión fuera la prevista en el art. 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000, en cuyo caso sí que podría plantearse el arraigo de que dispusiera el demandante, pero no puede olvidarse que se aplicó la causa prevista en el art. 57.2 de la Ley, conforme al cual "constituirá causa de expulsión, previa la 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 hayan sido cancelados" 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 el presente caso concurre. Por otra parte, no se produce infracción al principio "non bis in idem", pues, se trata de diferentes respuestas dadas por el ordenamiento jurídico en protección de diferentes bienes jurídicos, y como se ha dicho, mediante la sentencia condenatoria por un delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, se produce el incumplimiento de la condición y por ello la respuesta desde la Administración en el sentido de ordenar la expulsión del **extranjero** es ajustada al ordenamiento jurídico.*

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre "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 "non 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' (FJ 2)" (STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 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, FJ 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.

En efecto, 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), de ahí que la misma Ley Orgánica 4/2000 establezca los requisitos para la entrada en el territorio español (art. 25), así como las causas de prohibición de dicha entrada, que son las "legalmente establecida(s) o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España" (art. 26.1, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000). Al respecto, merece destacarse la normativa europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración "la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública" (art. 6). Asimismo, la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001), contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso 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" (art. 3). Es, por tanto, lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia 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 (SSTEDH caso Abdulaziz, 28 de mayo de 1985; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaquim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996: ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 4)".

Por lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación, ya que el hecho de que se haya solicitado el indulto de la condena penal, no supone que no pueda incoarse un expediente de expulsión, por las razones anteriormente citadas, máxime al no constar suspendidos los efectos de la condena; sin perjuicio, como dice la sentencia apelada, de la preferente autoridad de la Jurisdicción Penal, a la que deberán comunicar previamente la expulsión, al estar cumpliendo una condena en el Centro Penitenciario.



El motivo de la expulsión, como señala el propio apelante, no es una supuesta situación de ilegalidad por carencia de arraigo o documentación, sino una condena penal, por tanto en nada afecta el hecho de que esté empadronado, o haya estado trabajando, y no se vulnera el principio de proporcionalidad por que como ya hemos señalado no prevé el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 una posibilidad de opción como sucede con el párrafo 1 del mismo art. 57. Añadamos que en este caso la sanción impuesta es proporcional a las circunstancias concurrentes, ya que una condena penal a dos años de prisión por delito doloso de lesiones causadas con arma blanca, como consta en la sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Cartagena, es lo suficientemente grave como para imponer la prohibición de 10 años, además de que, como consta en la citada sentencia, ya había sido condenado con anterioridad. Estando la resolución administrativa suficientemente motivada en cuanto a los hechos que han dado lugar a la misma y la sanción que lleva aparejada".

Últimamente la Sala en sentencia 954/13, de 12 de diciembre (rollo de apelación 181/13) en el mismo sentido, se pronuncia sobre la interpretación que debe darse al art. 57.2 en relación a si se refiere a la pena prevista para el delito en abstracto o a la impuesta por la sentencia penal en concreto. Dice dicha sentencia:

"Como señala la Sentencia de instancia, la causa de expulsión es la prevista en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000; conforme al cual "constituirá causa de expulsión, previa la 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 hayan sido cancelados". 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 sí 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).

Además, no hay infracción al principio "non bis in idem", pues, se trata de diferentes respuestas dadas por el ordenamiento jurídico en protección de diferentes bienes jurídicos, y como se ha dicho, mediante la sentencia condenatoria por un delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, se produce el incumplimiento de la condición y por ello la respuesta desde la Administración en el sentido de ordenar la expulsión del **extranjero** es ajustada al ordenamiento jurídico.

Así, señala textualmente el Tribunal Constitucional en la sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, al resolver el recurso de inconstitucionalidad núm. 1707/2001, interpuesto contra la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los **Extranjeros** en España y su Integración, al resolver la impugnación que se hacía del art. 57.2 de la citada Ley

"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 "non 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" (FJ 2)" (STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 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, FJ 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.

En efecto, 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), de ahí que la misma Ley Orgánica 4/2000 establezca los requisitos para la entrada en el territorio español (art. 25), así como las causas de prohibición de dicha entrada, que son las "legalmente establecida(s) o en virtud de convenios internacionales en los que sea parte España" (art. 26.1, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000). Al respecto, merece destacarse la normativa europea relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003), que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública mediante la correspondiente resolución, tomando en consideración "la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública" (art. 6). Asimismo, la normativa europea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001), contempla la expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales que puede adoptarse en caso 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" (art. 3). Es, por tanto, lícito que la Ley de extranjería subordine el derecho a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia 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 (SSTEDH caso Abdulaziz, 28 de mayo de 1985; caso Berrehab, 21 de junio de 1988; caso Moustaquim, 18 de febrero de 1991, y caso Ahmut, de 28 de noviembre de 1996: ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 4)".

Por lo expuesto procede desestimar el recurso de apelación, ya que el hecho de que se haya solicitado el indulto de la condena penal, no supone que no pueda incoarse un expediente de expulsión, por las razones anteriormente citadas, máxime al no constar suspendidos los efectos de la condena; sin perjuicio, como dice la sentencia apelada, de la preferente autoridad de la Jurisdicción Penal, a la que deberán comunicar previamente la expulsión, al estar cumpliendo una condena en el Centro Penitenciario.

El motivo de la expulsión, como señala el propio apelante, no es una supuesta situación de ilegalidad por carencia de arraigo o documentación, sino una condena penal, por tanto en nada afecta el hecho de que esté empadronado, o haya estado trabajando, y no se vulnera el principio de proporcionalidad por que como ya hemos señalado no prevé el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 una posibilidad de opción como sucede con el párrafo 1 del mismo art. 57. Añadamos que en este caso la sanción impuesta es proporcional a las circunstancias concurrentes, ya que una condena penal a dos años de prisión por delito doloso de lesiones causadas con arma blanca, como consta en la sentencia del Juzgado de lo Penal número 2 de Cartagena, es lo suficientemente grave como para imponer la prohibición de 10 años, además de que, como consta en la citada sentencia, ya había sido condenado con anterioridad. Estando la resolución administrativa suficientemente motivada en cuanto a los hechos que han dado lugar a la misma y la sanción que lleva aparejada".

En este caso la sentencia de instancia parte del hecho probado, señalado en la resolución impugnada y no negado por el apelante, de que ha sido condenado por un delito doloso de lesiones previsto y penado en el art. 147.1 C.P. que prevé para el mismo una pena de entre 6 meses y 3 años de prisión.

CUARTO.- Entiende el apelante que debe tenerse en cuenta la sanción concreta impuesta en la sentencia y no la prevista en abstracto por la Ley. Sin embargo no es este el criterio que viene manteniendo esta Sala, entre otras en la nº 465/2013, de 31 de mayo y 598/13 de 14 de mayo, pues el recurrente fue condenado por un delito doloso que lleva aparejada pena superior a un año de prisión.

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.

QUINTO.- Por las razones anteriormente expuestas, y porque la expulsión contemplada en el art. 57.2 es una medida acordada 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, procede desestimar el recurso de apelación, por entender que la sentencia recurrida es ajustada a Derecho, sin que por otro lado el apelante haya acreditado circunstancias que justifiquen que deba rebajarse la prohibición de entrada por infringir el principio de proporcionalidad. Por el contrario los hechos declarados como probados en la sentencia penal ponen de manifiesto una conducta por parte del apelante que realmente que no refleja una voluntad de integrarse en esta sociedad, ya que no solo fue condenado por el delito de lesiones referido, sino también por otro de resistencia a los agentes de la autoridad a otros seis meses de prisión y por dos faltas, una de hurto y otra de daños.

Por lo tanto esta Sala **considera incorrecta la sentencia de instancia cuando considera que la pena a tener en cuenta es la efectivamente impuesta en la sentencia penal y no la prevista en abstracto para el delito**.

TERCERO.- La sentencia apelada no resuelve sin embargo la segunda cuestión planteada por el recurrente en la demanda consistente en si al ser residente de larga duración (se le concedió el permiso en 2009), gozaba de la protección especial que a dichos residentes les concede el art. 57.5 de la referida Ley y la conclusión a la que llega la Sala no puede ser más que la afirmativa por los argumentos que señala el apelado en su escrito de oposición al recurso. Procede por tanto cambiar el criterio que hasta este momento ha venido manteniendo esta Sección en los supuestos en el que no ha considerado valorable dicha circunstancia, ni por tanto aplicable dicho precepto a los residentes de larga duración.

Entiende este Tribunal que cuando se trata de residentes de larga duración la Ley les otorga una especial protección a la hora de poderlos expulsar en cumplimiento de la Directiva 2003/1009/CE del Consejo, de 25 de noviembre, que en su art. 12.1 establece: " 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 ", añadiendo en el art. 12.3 : " antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes: a) la duración de la residencia en el territorio; b) la edad de la persona implicada; c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen" .

Precisamente el incumplimiento de dicha Directiva dio lugar a la **Sentencia del Tribunal de Justicia (CE, Sala 5ª, nº. C-59/2007, de 15 de noviembre, en la que se declaró** : Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2003/1009/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, al no haber adaptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a lo dispuesto en dicha Directiva. Dicha protección especial ha sido conculcada por la Administración al no cumplir la resolución de expulsión con los requisitos exigidos por la Ley Orgánica para los residentes de larga duración.

La Directiva se refiere a la adopción de la **decisión de expulsar**, sin distinguir según se trate de una medida (como la prevista en el art. 57.2) o de una sanción por la comisión de una de las infracciones previstas en la Ley. Por lo tanto la Sala entiende que en el referido supuesto es aplicable el art. 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000 que establece específicamente para los casos de residentes de larga duración unos requisitos para su expulsión que deben ser cumplidos. Dice dicho precepto que *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 entre otros supuestos en el siguiente: 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 consiguiente dicho precepto señala para los residentes de larga duración que la sanción de expulsión no podrá ser impuesta salvo en dos supuestos: que la infracción cometida sea la prevista en el art. 54.1 a) que no es el caso (*participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley 1/1992, de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana*) o suponga una reincidencia en



la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión. Además exige que antes de adoptarse la decisión se tome 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

En el presente caso está acreditado que el interesado reside en España de 1999 y además no ha incurrido en ninguna de las conductas previstas en dicho precepto. Por lo tanto no estamos ante un supuesto de amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública que justifique una medida como la expulsión, ya que le fue impuesta la pena de un año de prisión como consecuencia de una sentencia de 12 de septiembre de 2007 de conformidad, por hechos cometidos en abril de 2001 (transcurridos 6 años) y la pena al no tener antecedentes penales le fue suspendida, aunque se tardara 5 años en hacerlo. Por lo tanto desde que suceden los hechos hasta que se abre el expediente transcurren 12 años, lo que denota a la fecha de hoy una evidente falta de peligrosidad. Lo demuestra el hecho de que dos años después de dictarse la sentencia, el 24 de abril de 2009, le fuera concedido un permiso de trabajo y residencia de larga duración, más de 8 años después de suceder los hechos por los que fue condenado y 2 años después de dictarse la sentencia. No es razonable que 12 años después de suceder los hechos se acuerde la expulsión de una persona que tiene permiso de residencia de larga duración por haber cometido un delito pese a estar la condena suspendida, habiéndosele renovado mientras tanto la residencia temporal, el permiso de trabajo y la residencia de larga duración. Cuando le fue concedido el permiso de trabajo y la residencia de larga duración el 20 de abril de 2009 se tuvieron que valorar todas las circunstancias concurrentes y entre ellas la referida condena impuesta por una sentencia dictada el 12 de septiembre de 2007 que era firme al ser de conformidad. La propia Administración el año 2009 consideró que su conducta personal no constituía una amenaza grave para el orden público o para la seguridad pública al concederle la residencia permanente, con lo que la Administración al acordar tres años y medio después la expulsión actuó en contra sus propios actos, así como del art. 57.5 de la L.O. 4/2000, y de la Directiva 2003/1009/CE del Consejo de Europa. Por un lado la Administración permite al **extranjero** su permanencia legal en España renovando e incluso concediendo un permiso de larga duración, para luego 3 años después acordar su expulsión con base en una condena penal que ya existía y conocía cuando le otorgó dicho permiso.

CUARTO.- En razón de todo ello procede desestimar el recurso de apelación, confirmando la sentencia recurrida aunque por unos argumentos distintos a los contenidos en la misma; sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas en ninguna de las dos instancias de acuerdo con lo dispuesto en art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

En atención a todo lo expuesto, Y POR LA AUTORIDAD QUE **NO** S CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

FALLAMOS

Desestimar el recurso de apelación nº. 206/13, interpuesto por la Delegación del Gobierno de Murcia, contra la sentencia de 127/13, de 24 de mayo del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 5 de Murcia, dictada en el procedimiento abreviado nº. 88/13, que se confirma en la medida que revoca y deja sin efecto la resolución impugnada, pero por los argumentos contenidos en el tercer fundamento jurídico de la presente resolución, sin hacer pronunciamiento en materia de costas en ninguna de las dos instancias.

Notifíquese la presente sentencia, que es firme al no darse contra ella recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.