



NOTIFICAR AL LETRADO DON CÉSAR MANUEL TOCINO HERNÁNDEZ
JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 2
SALAMANCA

PROCEDIMIENTO ABREVIADO Nº 398/2008

ES COPIA

SENTENCIA Nº 161/2009

En SALAMANCA, a trece de mayo de dos mil nueve.

Vistos por Dña. RAQUEL HERMELA REYES MARTINEZ, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de SALAMANCA los autos que constituyen el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 398/2008 y seguido por el procedimiento abreviado, en el que se impugna: LA RESOLUCION DE FECHA 19 DE AGOSTO DE 2008 DE LA SUBDELEGACION DEL GOBIERNO EN SALAMANCA, POR LA QUE SE ACUERDA LA EXPULSIÓN DEL DEMANDANTE DEL TERRITORIO NACIONAL.

Son partes en dicho recurso: como recurrente EDGAR nacional de Ecuador, representado y dirigido por el Letrado D. CESAR MANUEL TOCINO HERNANDEZ; como demandada la **SUBDELEGACION DE GOBIERNO DE SALAMANCA**, representada y dirigida por el SR. ABOGADO DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 2 de octubre de 2008, tuvo entrada en este Juzgado recurso contencioso administrativo, interpuesto por el Letrado D. CESAR MANUEL TOCINO HERNANDEZ, en representación de EDGAR nacional de Ecuador, contra la Resolución dictada por el Subdelegado del



Gobierno en Salamanca el día 19 de agosto de 2008, por la que se acuerda la sanción de expulsión del Territorio Nacional al demandante.

SEGUNDO.- Por resolución de 22 de octubre de 2008 se admitió a trámite el recurso, registrándose y decidiéndose su sustanciación por el procedimiento abreviado, y en la misma se acordó requerir a la Administración demandada para que remitiera el expediente administrativo y realizara los emplazamientos oportunos a los interesados, en la misma resolución se fijó para la vista el día 1 de abril de 2009, a las 10:10 horas de su mañana.

TERCERO.- El 10 de noviembre de 2008 se recibió el expediente administrativo, dictándose a continuación resolución, acordando la exhibición del mismo a las partes a fin de que pudieran realizar alegaciones en el acto de la vista y solicitar la práctica de diligencias preparatorias de prueba.

CUARTO.- Llegado el día señalado para la celebración del juicio, al mismo compareció el Letrado D. CESAR MANUEL TOCINO HERNANDEZ, en representación de EDGAR y por la Administración demandada el Sr. ABOGADO DEL ESTADO.

Abierto el acto, el demandante manifestó que se afirmaba y ratificaba en el escrito de demanda, oponiéndose a la misma la Administración demandada, por las partes se propone prueba documental que es admitida por SSª y practicada en el acto.

Como diligencia final se acordó la práctica de más documental. Una vez recibida, se dio traslado a las partes por tres días para alegaciones, quedando los autos para resolver por diligencia de 28 de abril de 2009. Firme la anterior resolución, quedó el pleito pendiente de dictar sentencia el día 13 de mayo de 2009.

QUINTO.- La cuantía del recurso ha quedado fijada como INDETERMINADA.

SEXTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso jurisdiccional la impugnación de la Resolución de fecha 19 de agosto de 2008, dictada por el Subdelegado del Gobierno en Salamanca, por la que se acuerda imponer al recurrente, EDGAR [redacted] nacional de Ecuador, la sanción de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada al territorio español por espacio de CINCO años, prohibición que deberá extenderse a los territorios de Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Portugal, Italia, Grecia, Austria, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Noruega e Islandia, en virtud de lo previsto en el art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

La parte recurrente alega en su demanda como motivos de impugnación:

1º.- Falta de tipicidad, puesto que el art. 57.2 de la L. O. 4/2000 establece como causa de expulsión la condena por una conducta dolosa que constituyen nuestro país delito sancionado con pena privativa libertad superior a un año, salvo que los antecedentes hubieran sido cancelados; siendo que en este caso el demandante ha sido condenado a doce meses de prisión.

2º.- Vulneración del principio *non bis in idem*, de que se está sancionado doblemente al demandante, en primer lugar cumple la pena de prisión por el ilícito penal cometido y en segundo lugar se le expulsa de nuestro país.

Por lo expuesto, solicita que se dicte sentencia por la que se declare no ajustada a Derecho y se anule la Resolución recurrida, mandando estar y pasar por tal resolución a la Administración recurrida.

El Sr. Abogado del Estado se opuso a la demanda alegando que el art. 57. 2 habla de la pena prevista para el tipo penal aplicado y en este caso el art. 169 del C.P. establece para el delito de amenazas una pena de prisión de uno a cinco años.

No se vulnera el principio *non bis in idem*, señalado reiteradamente la jurisprudencia y tampoco se vulnera el



principio proporcionalidad en la imposición de la sanción. Por ello solicita la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- El art. 57.2 de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000 y la LO 14/2003 establece que: "Asimismo 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 constituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados".

El apartado 4 del citado art. 57 dispone que la expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.

Asimismo la disposición adicional cuarta de la L. O. 4/2000 dispone que se inadmitirá una solicitud de autorización de trabajo y residencia cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa.

TERCERO.- Respecto a la alegada vulneración del principio *non bis in idem*, puesto que la causa de la sanción administrativa es la misma que la de la condena penal, la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de mayo de 2000, que aplica la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en el Auto de 3 de octubre de 1997 (RTC 1997331) conforme al cual una cosa es que la persona haya traficado con droga, y que esa conducta le haya acarreado una pena privativa de libertad; y otra cosa es 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. La pena de prisión es impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional es acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (STC 234/1991 [RTC 1991234]).

El caso a que se refiere el Auto citado alude al supuesto legal del apartado 1 d) del artículo 26 de la Ley



7/1985, es decir, el que permite la expulsión del territorio nacional de los extranjeros que hubieren sido condenados por una conducta dolosa que constituya un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. En este sentido, podría parecer que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el mismo no sería extensible a la cuestión debatida en este proceso, en que el precepto aplicado fue el apartado c) del mencionado artículo, que considera susceptibles de ser expulsados a los extranjeros implicados en actividades contrarias al orden público.

Al respecto señala la Sentencia antes citada del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000 que "a pesar de que ambos supuestos legales describen circunstancias distintas para justificar la expulsión, pues mientras en el apartado d) el puro hecho de la condena penal constituye de por sí motivo legal suficiente para acordarla, mientras que en el apartado c) la Administración califica inicialmente si las actividades son o no contrarias al orden público, con independencia de su valoración penal, sin embargo, desde el estricto punto de vista del principio "non bis in idem", no cabe ignorar que ambas situaciones son sustancialmente iguales, pues si se admite que el hecho que origina una condena penal superior a un año puede acumular a este efecto el de la expulsión del territorio nacional, por responder ambas sanciones a "intereses públicos netamente diferentes", también habrá que concluir que esta diferenciación de los intereses públicos concernidos podrá hacerse por la Administración cuando, sancionado un hecho en vía penal, sea considerado además como contrario al orden público y por eso subsumible en el apartado c), sin que por eso afecte a la vigencia del mencionado principio".

En definitiva, no hay infracción del principio non bis in idem por la aplicación a una misma persona y por unos mismos de la sanción penal y de la sanción administrativa por la infracción contemplada en el artículo 26.1 c) de la Ley 7/1985, dado que difieren ambas sanciones en el fundamento jurídico de su imposición (en el mismo sentido STS Sala 3ª, sec. 6ª, S 19-11-2002 EDJ 2002/51416).

Aun cuando esta sentencia se refiere a la Ley de Extranjería anterior, es igualmente aplicable en este caso puesto que los preceptos aplicados de la nueva Ley de Extranjería tiene el mismo contenido y aplicando la doctrina



expuesta al presente caso, debe desestimarse este motivo de impugnación.

CUARTO.- En cuanto a la falta de tipicidad, consta en el expediente administrativo, y que es corroborado por la sentencia unirá al procedimiento principal, que el demandante ha sido condenado por sentencia impuesta por el Juzgado de lo Penal N° 13 de los de Madrid por dos delitos de amenazas del art. 169.2 C.P. con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco el art. 23 C.P. y de la atenuante analógica de embriaguez a la pena, por cada uno de ellos, de seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, imponiéndole asimismo, por cada uno de ellos, la pena de prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 metros a la persona de Brenda , de su domicilio o lugar de trabajo y comunicarse con ella por cualquier medio durante dos años.

Así pues, la pena impuesta al demandante por los dos delitos de amenazas a su pareja sentimental es de doce meses de prisión, por lo que no estamos ante una pena privativa de libertad superior a un año, habiéndose atendido reiteradamente por la Administración y por los Tribunales al aplicar el art. 57.2 de la L. O. 4/2000 a la pena efectivamente impuesta al extranjero. Por otra parte, atendiendo a la pena señalada en abstracto para el tipo penal, en el caso de amenazas no condicionales está castigado con pena de prisión de seis meses a dos años, siendo, por tanto, el mínimo de la pena a imponer inferior a un año. Por ello, efectuando la interpretación más favorable para el sancionado, cabe concluir que no resulta de aplicación en este caso la previsión contenida en del referido art. 57.2 de la L. O. 4/2000 al demandante.

Por lo expuesto, debe acogerse este motivo de impugnación y anular la resolución sancionadora al no ser conforme al Ordenamiento Jurídico.

QUINTO.- No se aprecian causas o motivos que justifiquen realizar un especial pronunciamiento impositivo sobre las costas procesales causadas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la L.J.C.A.

SEXTO.- En base a lo dispuesto en el art.- 81 de la L.J.C.A., frente a la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por el Letrado D. CESAR MANUEL TOCINO HERNANDEZ, en representación de EDGAR [redacted] nacional de Ecuador, contra la Resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno en Salamanca el día 19 de agosto de 2008, por la que se acuerda imponer al recurrente, EDGAR [redacted] la sanción de expulsión del Territorio Nacional, con prohibición de entrada al territorio español por espacio de CINCO años, prohibición que deberá extenderse a los territorios de Francia, Alemania, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Portugal, Italia, Grecia, Austria, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Noruega e Islandia, en virtud de lo previsto en el art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen; debo declarar y declaro que la resolución impugnada es contraria a Derecho, anulándola y dejándola sin efecto. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales causadas en este procedimiento a ninguna de las partes.

MODO DE IMPUGNAR ESTA RESOLUCIÓN: mediante RECURSO DE APELACIÓN EN AMBOS EFECTOS, por escrito presentado en este Juzgado en el plazo de QUINCE DÍAS, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 81.1 de la LJCA).

Así por esta mi Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.