

Declara el TS que la expulsión contemplada en el art. 57.2 de la LOEX no reviste naturaleza sancionadora, y no se impone de forma automática ante la existencia de una condena por delito doloso

Se plantea ante la Sala si la expulsión prevista en el art. 57.2 de la LOEX, cuando un extranjero ha 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, tipifica una nueva infracción administrativa no prevista en los arts. 52, 53 y 54 de la LOEX; y si le resulta aplicable el régimen de prescripción de infracciones y sanciones del art. 56 de la LOEX.

Afirma que el hecho de que el art. 57.2 esté inserto en el título dedicado a “las infracciones administrativas en materia de extranjería y su régimen sancionador”, no atribuye la condición de infracción administrativa a cualesquiera conductas que en el mismo se regulen, no siendo de aplicación la prescripción contemplada en el art. 56. Entiende que la expulsión que se prevé en el precepto es una medida restrictiva de derechos que se impone en el marco de la política de extranjería para proteger el orden público y la seguridad ciudadana y garantizar que la permanencia de los extranjeros en España se efectúe en términos de convivencia que permitan la integración con respeto al sistema de derechos y libertades. Concluye que la expulsión contemplada en el art. 57.2 no deriva “ope legis” de forma automática de la condena penal, sino que ha de ser motivada, individualizada, con ponderación de todas las circunstancias personales y familiares concurrentes.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 5

Fecha: 18/01/2022

Nº de Recurso: 5259/2020

Nº de Resolución: 30/2022

Procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)

Ponente: ANGELES HUET DE SANDE

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso

SENTENCIA

En Madrid, a 18 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 5259/2020, interpuesto por doña Ramona , representada por la procuradora doña Marita López Vilar, bajo la dirección letrada de don José Ramón Ventura Arias, contra la sentencia dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 2 de julio de 2020 en el recurso de apelación nº 160/2020, que confirmó la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 11 de Madrid, el 8 de octubre de 2019 en el Procedimiento abreviado nº 331/19, interpuesto contra la resolución de

10 de julio de 2019 de la Delegación del Gobierno en Madrid, que acordó su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un periodo de cinco años.

Se ha personado en este recurso el Abogado del Estado en la representación que por su cargo ostenta. Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ángeles Huet De Sande.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el recurso de apelación núm. 160/2020, la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 2 de julio de 2020, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor:

"CON DESESTIMACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN N.º 160/2020, INTERPUESTO POR D.^a Ramona CONTRA LA SENTENCIA N.º 221/2019, DE FECHA 8 DE OCTUBRE DE 2019, DICTADA POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO N.º 11 DE MADRID EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO N.º 331/2019, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS ESTA RESOLUCIÓN. SIN COSTAS."

SEGUNDO. Contra la referida sentencia la representación procesal de doña Ramona preparó recurso de casación, que por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Décima) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se tuvo por preparado mediante auto de 16 de septiembre de 2020, que, al tiempo, ordenó remitirlas actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento a las partes.

TERCERO. Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, con fecha 29 de abril de 2021, dictó auto en cuya parte dispositiva se acuerda:

"1º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de D.^a Ramona, contra la Sentencia -n.º 433/2020, de 2 de julio- de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Décima).

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar: sí el apartado 2 del artículo 57 -"haber 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"-tipifica una nueva y concreta infracción administrativa no prevista en los artículos 52, 53 y 54 de la LOEX, o, por el contrario, dicha causa de expulsión es una consecuencia "ope legis" de la condena penal que prevé la LOEX. Planteándose, en último término, si le resulta aplicable el régimen de prescripción de infracciones y sanciones del art. 56 LOEX.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, deben ser objeto de interpretación: el art. 57.2 en relación con el art. 56 de la LOEX, sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse a otras si así lo exigiere el debate trabado en el recurso.

(...)"

CUARTO. La representación procesal de doña Ramona interpuso recurso de casación mediante escrito en el que termina suplicando a la Sala que dicte "... sentencia en cuya virtud:

1º. Declare haber lugar y estimar el Recurso de Casación interpuesto por esta representación procesal contra la Sentencia de fecha 2 de julio de 2020, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Recurso de Apelación 160/2020, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia n.º 221/2019, de 8 de octubre de 2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 11 de Madrid, en el Procedimiento Abreviado 331/2019, que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, que acordaba la expulsión

de doña Ramona , con prohibición de entrada por cinco años y, en consecuencia, casar y anular la precitada Sentencia impugnada, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.2 CE) e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos(artículo 9.3 de la Constitución),

así como por infracción de los artículos 57, apartados 2 y 5; 56.1 y 20.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y de los artículos 35y 88 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2º. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Ramona y anular la resolución dictada por la Delegada del Gobierno en Madrid de 10 de julio de 2019, que acordó decretar la expulsión de mi representada del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un período de cinco años.

3º. Condenar en costas a la Administración General del Estado."

QUINTO. La Abogacía del Estado se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario, ejercitando las siguientes pretensiones:

"1º) Que desestime este recurso de casación y confirme la sentencia impugnada.

2º) Ello conforme a la interpretación que ha sido defendida en este escrito de oposición de los preceptos identificados según el citado Auto de admisión a trámite de este recurso de casación."

Y termina suplicando a la Sala que "... admita este escrito, tenga por formulado escrito de oposición de este recurso de casación y, en su día, dicte sentencia desestimatoria del mismo con los demás pronunciamientos legales."

SEXTO. Mediante providencia de 22 de septiembre de 2021, se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 30 de noviembre de 2020, fecha en que tuvo lugar.

SÉPTIMO. No se ha observado el plazo que la Ley de la Jurisdicción fija para dictar sentencia, debido a la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Antecedentes relevantes.

A).- La actuación administrativa impugnada.

La aquí recurrente en casación, doña Ramona , fue objeto de un procedimiento preferente de expulsión que concluyó con resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 10 de julio de 2019, por la que, en aplicación del art. 57.2 LOEx, se acordó su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España durante cinco años, por haber sido condenada por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 29, ejecutoria 72/2015, como autora de un delito contra la salud pública a la pena de 4 años y 6 meses de prisión.

La resolución administrativa argumenta que "El hecho de que el interesado sea titular de una autorización de residencia de larga duración no supone obstáculo alguno para la aplicación del repetido artículo 57.2,pues la excepción que en el art. 57.5 se hace ha de referirse al caso de que la sanción impuesta lo sea por la comisión de una infracción administrativa, y no para el supuesto contemplado en su apartado 2º que es la consecuencia legal que la norma circunscribe a la condena por la comisión de un delito doloso de las características descritas."

B).- La sentencia del Juzgado.

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 11 de Madrid de 8 de octubre de 2019, confirma esta resolución. El Juzgado entiende que está suficientemente motivada "por cuanto señala y fundamenta suficientemente la razón de la expulsión; sin que se aprecie la prescripción alegada". Descarta que la expulsión prevista en el art. 57.2 LOEx pueda ser aplicada de forma automática a los residentes de larga duración en aplicación de la Directiva 2003/109, debiendo valorarse "las circunstancias de arraigo y perjuicio al interés general tal y como indica la Directiva 2003/109 y el art. 57.5 de la Ley de extranjería". Pero considera que "En el supuesto sometido a enjuiciamiento resulta palmaria la peligrosidad y amenaza al orden público del actor al haber sido condenado como autor responsable de un delito de tráfico de que denotan un claro comportamiento antisocial.

La existencia de arraigo familiar resulta difícilmente compatible con la naturaleza de los hechos por los que fue condenado el recurrente, por lo que tampoco pueden considerarse las razones de arraigo familiar para la estimación del recurso.

Los antecedentes que motivan la actuación impugnada constituyen elementos negativos suficientes para suponer la realización de una conducta contraria al orden público y a la seguridad pública, que constituyen una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecta a la convivencia social."

C).- La sentencia de la Sala de Madrid.

- Destaca que la medida de expulsión resulta "justificada desde la perspectiva del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 pues la recurrente fue condenada penalmente por la comisión de un delito contra la salud pública en relación a sustancias que causan grave daño a la salud para el que el art. 368 del Código Penal prevé, en abstracto, la imposición de una pena de prisión superior a un año ... No consta, por otra parte, que los antecedentes penales derivados de la condena anterior estén cancelados."

- Descarta que resulte de aplicación la prescripción prevista en el art. 56 LOEx porque considera que la medida de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEx no tiene naturaleza sancionadora. Examina diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, deduciendo que "el Tribunal Constitucional parece inclinarse por sostener que la expulsión conforme al art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 no comporta una medida de naturaleza sancionadora", y cita a este respecto la STC 14/2017. Y entiende que "El único requisito temporal a que se subordina la aplicación del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000 es el que el mismo precepto incorpora de forma, explícita, es decir, "salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados".

En tanto no se cumpla dicha condición, por tanto, la Administración podrá acordar la expulsión de los extranjeros que hayan 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.

Dado que esta condición se cumple en el concreto caso analizado, ningún reproche merece desde esta perspectiva la actuación administrativa que se sujeta a control jurisdiccional."

- También descarta la sentencia las infracciones procedimentales atinentes a alegaciones, prueba y trámite de audiencia que considera satisfechos con la actuación administrativa.

- Se pronuncia después sobre la alegación de vulneración de los derechos fundamentales a la libertad, a la intimidad personal y familiar, y a la libre elección de residencia y circulación (arts. 17, 18 y 19 CE) con cita extensa de diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con la medida de expulsión y, más específicamente, con la prevista en el art. 57.2 LOEx, y concluye que "A la luz de la citada jurisprudencia constitucional, la Sala alcanza las siguientes conclusiones en relación al motivo de impugnación: (i) no existe una vulneración de los derechos fundamentales a la libertad (art. 17 CE) ni a la libre circulación (art. 19CE) pues estamos ante una medida legítimamente acordada por la Administración, en el marco de su política de extranjería y con fundamento en la causa legal prevista en el art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, ante la comisión por la recurrente de un delito castigado con

pena privativa de libertad superior a un año; (ii) no existe vulneración del art. 18 CE pues, conforme a la jurisprudencia constitucional, la protección de la vida familiar no resulta subsumible en dicho precepto sino "en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE).", y (iii) todo ello sin perjuicio de la ponderación de los derechos e intereses en conflicto en el caso concreto enjuiciado, cuestión que será abordada en el fundamento jurídico duodécimo."

- Entiende que la resolución administrativa "cumple el estándar de motivación legal y Jurisprudencialmente exigible".

- Y en cuanto a la proporcionalidad de la medida, refleja en extenso diversos pronunciamientos del TEDH, del TJUE –en relación con la Directiva 2003/109, pues afirma que "el recurrente ostenta la condición de residente de larga duración"- y del Tribunal Constitucional. Tras ello, como circunstancias más relevantes que concurren en la recurrente destaca las siguientes:

"-No acredita ser residente legal en España (al folio nº 2 del expediente administrativo consta que la última autorización de residencia de la que fue titular está caducada).

- Está casada con un ciudadano boliviano que dispone de autorización de residencia de larga duración en España -folios nº 19 a 27 del expediente administrativo-,

- Su marido tiene reconocida una discapacidad y percibe por tal motivo una prestación no contributiva de invalidez -folios nº 46 a 48 de las actuaciones de primera instancia-,

- La recurrente, aporta volante individual de empadronamiento en Madrid y su historial de empadronamientos en dicha localidad, que se remontan al año 2002 -folios nº 44 y 45 de las actuaciones de instancia-.

-La recurrente tiene dos nietos de nacionalidad española, nacidos en 2014 y 2016, y, una hermana de nacionalidad española -folios nº 39 a 43 de las actuaciones de instancia-.

- La recurrente ha trabajado en España -folio nº 49 de las actuaciones de instancia-.

-La recurrente fue condenada por la Sección 29ª de la Audiencia Provincial, mediante sentencia de fecha 22 de julio de 2015, a pena privativa de libertad de 4 años y 6 meses por un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud - folios nº 35 y 36 del expediente administrativo-.

- Al incoarse el expediente administrativo, la recurrente estaba interna en el Centro de Inserción Social CISDIRECCION000 de Madrid-folio nº 3 del expediente administrativo-."

A continuación, la sentencia recurrida descarta que se haya infringido el principio de proporcionalidad porque entiende que la conducta personal de la recurrente constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave contra el orden público, recordando el especial reproche que merecen las infracciones penales de tráfico de drogas, como es la cometida por la recurrente, y el menoscabo de un interés fundamental de la sociedad que tales infracciones penales suponen, de conformidad con el art. 83.1 TFUE en su interpretación por el TJUE, y concluye que: "Aunque es cierto existe arraigo de la interesada en España, también lo es que no reviste entidad suficiente para enervar el riesgo para el orden público que la conducta de la ciudadana extranjera ha representado y representa.

Decimos esto porque, de una parte, la recurrente no dispone en la actualidad de autorización para residir en España de forma regular. No goza, por tanto, de la protección reforzada frente a la expulsión que se reconoce a los residentes de larga duración. El hecho de que su marido sí sea titular de dicho permiso no supone la extensión automática de esa protección reforzada a todos sus familiares. Lo mismo sucede con la percepción por el marido de una prestación pública de carácter asistencial. Por

ello debe decaer la invocación del art. 57.5 de la Ley Orgánica 4/2000 que se contiene en el recurso de apelación.

La recurrente lleva residiendo en España desde el año 2002, ha desarrollado una actividad laboral en España y tiene evidentes vínculos familiares con el país.

Sin embargo, la gravedad de la amenaza que su conducta personal representa ha de prevalecer frente a la realidad de esos vínculos familiares y a las restantes circunstancias de arraigo.

La interrupción de esos vínculos familiares no sería, por tanto y en las circunstancias descritas, una consecuencia desproporcionada.

Se trata, por lo demás, de una consecuencia derivada de una medida prevista en la Ley que resulta necesaria en una sociedad democrática para garantizar el orden público amenazado por la conducta personal de la ciudadana extranjera.

Respecto a la valoración de otras circunstancias de arraigo, lo cierto es que tampoco desde esta perspectiva procede la revisión de la sentencia de instancia, debiendo insistir nuevamente en la primacía de la defensa del orden público frente a tales circunstancias.

En definitiva, en las circunstancias expresadas, la protección del orden público debe prevalecer frente a la vida familiar de la extranjera en nuestro país y frente al resto de sus circunstancias personales a que se ha hecho alusión."

SEGUNDO. El auto de admisión del recurso.

Precisa que la cuestión en la que aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si el apartado 2 del art. 57 -"haber 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"- tipifica una nueva y concreta infracción administrativa no prevista en los arts. 52, 53 y 54 de la LOEX, o, por el contrario, dicha causa de expulsión es una consecuencia "ope legis" de la condena penal que prevé la LOEX. Planteándose, en último término, si le resulta aplicable el régimen de prescripción de infracciones y sanciones del art. 56 LOEX.

E identifica como normas jurídicas que, en principio, debemos interpretar, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso, el art. 57.2 en relación con el art. 56 de la LOEX.

TERCERO. El escrito de interposición.

Sus razonamientos son en suma los siguientes:

A).- La recurrente considera que la expulsión prevista en el art. 57.2 LOEX tiene naturaleza sancionadora. Entiende que ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo se han pronunciado al respecto hasta el momento, pero considera que de los pronunciamientos del Tribunal Supremo que cita puede deducirse su configuración como infracción administrativa.

Deduca, asimismo, esta naturaleza sancionadora del precepto (i) de su inserción en el Título III LOEX, relativo a las infracciones en materia de extranjería, así como de su tratamiento legal como uno más entre el resto de preceptos que recogen infracciones castigadas con la sanción de expulsión; y (ii) de los términos que se utilizan en el procedimiento administrativo seguido en este caso por la Administración para acordar la expulsión, e n cuyos trámites se califica de infracción la conducta contenida en el art. 57.2 LOEX y de sancionador el procedimiento.

Por ello, dada la naturaleza de infracción administrativa de la conducta descrita en el citado precepto, resultan de aplicación los plazos de prescripción establecidos en el art. 56 LOEX y, ante el vacío legislativo en la calificación de la gravedad de la infracción, considera que el plazo de prescripción

debería ser el de 6 meses que corresponde a las infracciones leves por ser la interpretación más favorable.

En cualquier caso, la infracción debería considerarse prescrita, tanto si se considera infracción leve, graveo muy grave, porque desde la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, 21 de diciembre de 2015–momento seleccionado por el recurrente como día inicial– hasta la fecha de incoación del procedimiento sancionador, el 17 de junio de 2019, habrían transcurrido todos los plazos de prescripción de las infracciones del art. 56.1 LOEx, 6 meses las leves, 2 años las graves y 3 años las muy graves.

B).- En cualquier caso, considera que la sentencia impugnada aplica indebidamente la sanción de expulsión porque el art. 57.5 LOEx excluye la posibilidad de su imposición; invoca, asimismo, el art. 12 de la Directiva2003/109, y la jurisprudencia del TJUE al respecto, extendiéndose en sus circunstancias personales y familiares de arraigo que al amparo de dichos preceptos impedirían la expulsión:

"... doña Ramona entró en España en el año 2002, adquiriendo la autorización de residencia y trabajo en el año 2005. Desde entonces su permanencia en nuestro país ha sido continuada, manteniendo la autorización concedida salvo por tres interrupciones: la primera, al no concedérsele la renovación de su autorización por falta de cotizaciones sociales, la segunda como consecuencia de una denegación que se realizó a su marido, y la tercera por causa de su ingreso en prisión, lo que le impidió la renovación en el año 2016. En el expediente administrativo (folio 2) se hace referencia a los últimos tres trámites de mi representada que constan en la base de datos de extranjeros, que acreditan que ha residido en España más de dos años.

Durante estos casi 20 años viviendo en España, doña Ramona ha alternado trabajos por cuenta ajena con el cuidado de su hogar familiar, especialmente de sus nietos menores de edad.

Doña Ramona tiene contraído matrimonio con Don Nicolas, ciudadano boliviano con autorización de residencia de larga duración en España, quien además es beneficiario de una prestación económico asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral. Además, tiene un amplio arraigo familiar en España, pues tiene dos hermanas y dos nietos españoles residiendo en nuestro país, no manteniendo arraigo familiar o social alguno en su país de nacionalidad, Bolivia, donde no ha regresado nunca a establecer de nuevo su domicilio desde su llega a España hace casi 18 años.

Además, el marido de mi representada, don Nicolas , presenta un delicado estado de salud, estando bajo tratamiento y supervisión médica en el HOSPITAL000 . Se le ha diagnosticado una insuficiencia cardiaca crónica con FEVI deprimida, clase funcional III NYHA. También tiene diagnosticada una miocardiopatía dilatada no isquémica (posible cardiopatía chagásica); disfunción ventricular izquierda severa. BCRIHH, resincronizado, no respondedor. Portador de DAI en prevención primaria. Antigua resincronización, norespondedor, downgrade a DAI monocameral en 2019. Hipertensión, dislipemia, diabetes. Fibrilación auricularparoxística anticoagulada.

Doña Ramona fue condenada por la Sección 29 de la Audiencia Provincial de Madrid por hechos que habían tenido lugar el 19 de febrero de 2015, siendo este el único delito que ha cometido en su vida, y mostrando un sincero arrepentimiento que le ha llevado a realizar un intenso esfuerzo de reinserción social, que le llevó a estar clasificada en tercer grado en el CIS DIRECCION000 en el momento de incoarse el procedimiento administrativo sancionador. El tiempo transcurrido desde que cometió el único delito en su vida (más de seis años), así como la situación de semilibertad que venía disfrutando cuando se incoó el expediente sancionador de expulsión, justo al final del cumplimiento de su condena, son factores que conducen a pensar en que, verdaderamente, no existe una situación de riesgo para el orden y la seguridad públicas y que el delito cometido se corresponde con un hecho aislado, un borrón cometido en su vida, por el cual ya ha pagado con el cumplimiento de la pena, y

que la expulsión por ese hecho, con la consiguiente prohibición de entrada en España, causaría un daño desproporcionado a la recurrente."

C).- La resolución administrativa que acuerda la expulsión adolece de falta de motivación al no valorar las circunstancias personales, sociales y familiares de la recurrente con vulneración de los arts. 9.3 CE, 20.2 y 55.3 LOEx, 35, 88 y 90.1 de la Ley 39/2015.

CUARTO. El escrito de oposición.

A).- Distinta es la posición de la Abogacía del Estado que analiza la regulación legal contenida en la LOEx y de ella deduce que el propio legislador descarta la naturaleza sancionadora de la expulsión prevista en el art.57.2, debido a la distinta redacción de los apartados 1 y 2 de dicho precepto y a su ubicación sistemática fuera de la relación de infracciones contenida en los arts. 53 y 54.

Asimismo, como ha destacado el Tribunal Constitucional, el fundamento y fines de esta norma no responde al ejercicio del "ius puniendi" del Estado, sino que persigue asegurar el orden público y la seguridad ciudadana en coherencia con la Directiva 2001/40. Y entiende que de la doctrina constitucional y del Tribunal Supremo citada por la recurrente puede deducirse, por el contrario, la naturaleza no sancionadora del precepto analizado.

B).- En otro orden de cosas, alega que la recurrente insiste en plantear en este recurso, además de la anterior, otra cuestión distinta, aunque intenta presentarla como relativa a la aplicación del art. 57.2 LOEx, vinculada a la residencia de larga duración, planteamiento que considera improcedente ya que, formulada tal cuestión en el escrito de preparación, no se ha apreciado respecto de la misma interés casacional objetivo en el auto de admisión, y, en todo caso, entiende que ha sido razonada y acertadamente desestimada por la sentencia de instancia.

QUINTO. La cuestión que presenta interés casacional objetivo.

A).- La pregunta que nos formula el auto de admisión consiste en determinar si el apartado 2 del art. 57 tipifica una nueva y concreta infracción administrativa no prevista en los arts. 52, 53 y 54 de la LOEX, o, por el contrario, dicha causa de expulsión es una consecuencia "ope legis" de la condena penal que prevé la LOEx, planteándose, en último término, si le resulta aplicable el régimen de prescripción de infracciones y sanciones del art. 56 LOEx. Cuestión que, como se indica en el auto de admisión, no ha sido abordada de forma expresa por esta Sala hasta el momento, siendo ésta la razón del interés casacional objetivo que en dicha resolución se aprecia (art. 88.3.a/ LJCA).

El precepto en cuestión dice lo siguiente:

"Asimismo, 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."

En una primera aproximación a la regulación contenida en la LOEx, observamos que, aunque el precepto que analizamos está contenido dentro del Título III "De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador", ello no obstante, el legislador, al enumerar el catálogo de infracciones en materia de extranjería –leves, art. 52, graves, art. 53 y muy graves, art. 54–, no incluye en ninguno de sus apartados como infracción administrativa la que aquí se analiza. Asimismo, la ley, tras efectuar en tales preceptos la descripción tipificadora de las infracciones, así como de las sanciones que les corresponden en función de su gravedad (art. 55), dedica su art. 56 a la prescripción de las mismas referida a dicho catálogo al fijar los plazos de prescripción en función de la respectiva gravedad de las infracciones y sanciones expresada en los artículos anteriores. Por tanto, debe constatarse que el legislador no ha incluido la conducta descrita en el art. 57.2, en el catálogo que ha

realizado de infracciones administrativas en materia de extranjería que es al que van expresamente referidos los plazos de prescripción que se contemplan en el art. 56.

La circunstancia de que el art. 57.2 esté inserto en el título dedicado a "las infracciones administrativas en materia de extranjería y su régimen sancionador" no atribuye la condición de infracción administrativa a cualesquiera conductas que en el mismo se regulen, y así, la que da lugar a la denegación de entrada a la que se refiere el art. 60 o a la devolución prevista en el art. 58.3 que no responden a una finalidad punitiva, sino a la mera carencia de requisitos para entrar en España, en el primer caso, y a restablecer la legalidad conculcada, en el segundo (STC 17/2013, FJ 12).

Por otra parte, la voluntad del legislador de excluir la conducta prevista en el art. 57.2 del catálogo de infracciones parece deducirse también de la regulación en párrafos distintos del art. 57 de la medida de expulsión que cabe imponer en ambos casos, como sanción respecto de algunas de las infracciones contenidas en el catálogo de infracciones de los artículos precedentes (apartado 1 del art. 57), y como "causa de expulsión" en el apartado 2 del precepto.

Y desde la perspectiva del derecho comunitario, la configuración del supuesto contemplado en el art. 57.2 como infracción administrativa no viene tampoco impuesta por la normativa de la Unión, y así, el art. 3 de la Directiva 2001/40, sobre reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países –que 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"–no exige tal calificación, ni tampoco cabe deducir tal exigencia de la Directiva 2003/109, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que autoriza a los Estados miembros a denegar dicho estatuto por motivos de orden público o de seguridad pública, tomando en consideración "la gravedad o el tipo de delito contra el orden público o la seguridad pública" (art. 6 y considerando 8).

B).- Ahora bien, aunque hayamos concluido que el legislador no ha incluido en el catálogo de infracciones la conducta descrita en el art. 57.2, no siéndole, por tanto, de aplicación la prescripción contemplada en el art. 56, debemos aún indagar si materialmente tal conducta, con la consecuencia de expulsión que lleva aparejada, reviste naturaleza sancionadora ya que, como nos recuerda la doctrina constitucional (SSTC 239/1988, FJ 2 y 3, y 164/1995, FJ 4), no es bastante la sola calificación del legislador, el nomen iuris, para excluir la naturaleza sancionadora de una determinada conducta y de la consecuencia a ella aparejada.

Debemos, por tanto, examinar si, como nos indica la citada doctrina constitucional (a las ya citadas se pueden añadir las SSTC 276/2000, FJ 3 y ss, 48/2003, FJ 9, ó 17/2013, FJ 13), la previsión contenida en el art. 57.2 tiene una "función represiva, retributiva o de castigo" propia de las sanciones o persigue otras finalidades justificativas distintas de las que se encuentra ausente la idea de castigo.

Pues bien, entendemos que la expulsión que en este caso se prevé anudada a la condena por la comisión de un delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, no persigue el castigo de una conducta ilícita, la sentencia condenatoria es la respuesta punitiva del Estado a la conducta ilícita en que consiste el delito cometido, y la expulsión –con la prohibición de entrada que conlleva– no pretende castigar desde una perspectiva distinta tal conducta ilícita en que el delito consiste. La expulsión de la que aquí tratamos es una medida restrictiva de derechos que se impone en el marco de la política de extranjería para proteger el orden público y la seguridad ciudadana (así se deduce de la Directiva 2001/40, antes citada) y garantizar que la permanencia de los extranjeros en España se efectúe en términos de convivencia que permitan la integración con respeto al sistema de derechos y libertades.

Tiene, pues, una finalidad distinta de la puramente represiva, retributiva o de castigo. Se trata de una decisión del legislador, adoptada en la ley que regula las condiciones de entrada y permanencia en España, de subordinar el derecho a entrar y a residir en nuestro país al cumplimiento de determinadas condiciones como la de no haber cometido delitos de cierta gravedad, como deriva de las Directivas antes mencionadas.

La STC 236/2007, abunda en esta línea y, aunque aborda la finalidad de la medida de expulsión prevista en el art. 57.2 desde un ángulo distinto –para descartar un reproche de duplicidad con la sanción penal incompatible con el principio de non bis in idem allí invocado– y no llega a pronunciarse sobre la naturaleza, sancionadora o no, de la expulsión prevista en dicho precepto, explica con claridad la finalidad en este caso perseguida por dicha medida: "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".

No es, por tanto, la finalidad retributiva o de castigo la que subyace a tal medida, y ello excluye que podamos considerarla como una manifestación del ejercicio por la Administración de su potestad sancionadora.

C).- Ahora bien, que hayamos excluido la naturaleza sancionadora de la expulsión prevista en el art. 57.2, ni supone en este caso una merma de las garantías procedimentales –que para la potestad sancionadora derivan del art. 24.2 CE–, pues el procedimiento para acordar la expulsión prevista en este precepto es el mismo que se sigue para imponerla como sanción para determinadas infracciones (art. 63 LOEx), ni tampoco del deber de motivación, ponderación y respeto al principio de proporcionalidad propios del ejercicio de la potestad sancionadora ya que tales exigencias han de regir, asimismo, en todo caso, aun derivadas de un origen distinto, en la aplicación de la medida de expulsión que ha de estar siempre alejada de cualquier automatismo, como recuerda reiterada y constante jurisprudencia del TEDH, del TJUE y del TC –adecuada y extensamente citada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, v.gr., STDH de 26 de junio de 2012, caso Kuric y otros contra Eslovenia, y las que allí se citan; SSTJUE de 8 de diciembre de 2011 (asunto C-371/08, apartados 79 a 85), 7 de diciembre de 2017 (asunto 636/16, apartados 22 a 29), entre otras; o SSTC 94/1993, 236/2007, 186/2013, 131/2016, 201/2016, 14/2017, entre otras–, de la que se ha hecho eco esta Sala (por todas, sentencia nº 321/2020, dictada en el recurso nº 5364/2018), ya que tal necesidad de motivación, de ponderación individualizada y de respeto al principio de proporcionalidad no es exigible sólo en el ámbito sancionador, sino que deriva de forma directa del necesario respeto a los derechos fundamentales (v.gr., el derecho a la intimidad personal y familiar, art. 18 CE) y a los principios constitucionales (v.gr., la protección de la familia y del superior interés del menor, art. 39 CE, entre otros que puedan resultar afectados), en los que incide gravemente la medida de expulsión.

Por lo tanto, aunque la medida de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEx no revista naturaleza sancionadora, su imposición no deriva "ope legis" de forma automática de la condena por delito doloso prevista en el precepto ya que el grado de gravamen que tal medida representa en intereses constitucionalmente salvaguardados impone la necesidad, en todo caso, de motivación, individualización, ponderación de todas las circunstancias personales y familiares concurrentes, y la aplicación del principio de proporcionalidad entre la finalidad perseguida por la medida y los principios constitucionales y derechos fundamentales a los que afecta.

SEXTO. La interpretación que fija esta sentencia.

A la vista de los anteriores razonamientos debemos concluir que el art. 57.2 LOEx debe interpretarse en el sentido de que no tipifica una nueva y concreta infracción administrativa no prevista en los arts. 52, 53 y 54 de la LOEX, sin que, por esta razón, le resulta aplicable el régimen de prescripción de infracciones y sanciones del art. 56 LOEx, sin perjuicio de que el grado de gravamen que comporta en

intereses constitucionalmente salvaguardados impone la necesidad, en todo caso, de motivación, individualización, ponderación de todas las circunstancias personales y familiares concurrentes, y la aplicación del principio de proporcionalidad entre la finalidad perseguida por la medida y los principios y derechos fundamentales a los que afecta.

SÉPTIMO. Aplicación de los anteriores razonamientos a la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida se ajusta al planteamiento que hemos dejado expuesto ya que no aprecia naturaleza sancionadora en la medida de expulsión adoptada en este caso al amparo del art. 57.2 LOEx y, tras exponer un completo panorama jurisprudencial sobre la necesidad de motivación, ponderación individualizada y aplicación del principio de proporcionalidad en la aplicación de tal medida, lleva a cabo desde esta perspectiva un análisis de las circunstancias personales y familiares concurrentes, llegando a la conclusión de que tales circunstancias, así como el arraigo familiar que denotan "no reviste entidad suficiente para enervar el riesgo para el orden público que la conducta de la ciudadana extranjera ha representado y representa", constituida, recordemos, por la condena a una pena privativa de libertad de 4 años y 6 meses, impuesta por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de julio de 2015, por un delito contra la salud pública de sustancias que causan grave daño a la salud (art. 368 CP), destacando asimismo el especial reproche que merecen las infracciones penales de tráfico de drogas y el menoscabo de un interés fundamental de la sociedad que tales infracciones penales suponen, de conformidad con el art. 83.1 TFUE en su interpretación por el TJUE.

Aunque ya reflejamos las circunstancias personales y familiares que la Sala de instancia considera acreditadas, conviene reproducirlas de nuevo con la finalidad, no de revisar los hechos que la sentencia ha tenido por acreditados, sino, exclusivamente, de analizar si el obligado juicio de ponderación se ha realizado en los términos que hemos venido exponiendo.

Pues bien, tales circunstancias tenidas por acreditadas por la sentencia recurrida son las siguientes: no acredita ser residente legal en España, pues la última autorización de residencia de la que fue titular está caducada; está casada con un ciudadano boliviano que dispone de autorización de residencia de larga duración en España y que tiene reconocida una discapacidad (del 65%, según consta en los autos) y percibe por tal motivo una prestación no contributiva de invalidez; tiene volante individual de empadronamiento en Madrid cuyo historial se remonta al año 2002; tiene dos nietos de nacionalidad española, nacidos en 2014 y 2016, y una hermana de nacionalidad española; ha trabajado en España; y al incoarse el expediente administrativo, la recurrente estaba interna en el Centro de Inserción Social CIS DIRECCION000 de Madrid.

Y haciendo uso de la facultad para integrar tales hechos que nos confiere el art. 93.3 LJCA, de la propia documentación aportada por la recurrente al Juzgado que obra en autos, y más específicamente, de los informes aportados sobre la situación médica de su esposo (informe de asistencia en el servicio de cardiología del HOSPITAL000 de Madrid el 26 de abril de 2019) se desprende que el cónyuge de la recurrente "acude desde prisión" de la que "saldrá ... en 6 años" para "seguimiento por insuficiencia cardíaca", se efectúa como diagnóstico principal el de "insuficiencia cardíaca crónica con FEVI deprimida, clase funcional IIINYA" y se propone como tratamiento "dieta" y que "evite el alcohol y el tabaco".

Las circunstancias personales y familiares de la recurrente que han quedado descritas, sin residencia legal en España, con su cónyuge asimismo en prisión por tiempo dilatado y de cuya patología médica puede seguir tratamiento en prisión, sin hijos menores ni otros familiares a su cargo o cuidado (nada consta acreditado al respecto sobre los nietos de la recurrente), determinan que la ponderación llevada a cabo por la Sala de instancia sobre la proporcionalidad en este caso de la expulsión, desde la perspectiva de su afectación a los intereses constitucionales en juego, deba considerarse respetuosa con las exigencias del art. 57.5.b) LOEx cuya aplicación se invoca por la parte, al amparo del último párrafo del apartado 5, por ser cónyuge de residente de larga duración y alegar haber residido

legalmente en España durante más de dos años- y se ajuste, asimismo, a la interpretación que hemos propuesto y, por esta razón, el recurso de casación debe ser desestimado.

OCTAVO. Pronunciamiento sobre costas.

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 LJCA, cada parte abonara las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero. Fijar como criterio interpretativo aplicable a la cuestión que precisó el auto de admisión el reflejado en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia.

Segundo. No haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Ramona contra la sentencia de 2 de julio de 2020, dictada en el recurso de apelación núm. 160/2020, por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Tercero. Sin imposición de las costas causadas en este recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.