

SENTENCIA: 03048/2010

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SEDE DE VALLADOLID**

Número de Identificación Único: 47186 33 3 2010 0101302

Procedimiento:

RECURSO DE APELACION 0000316 /2010

Sobre EXTRANJERIA

De D/ña.

Representante: PROCURADOR HERMINIA SASTRE MATILLA

Contra D/ña. SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN VALLADOLID

Representante: ABOGADO DEL ESTADO

**SENTENCIA NÚM. 3048.**

**ILTMOS. SRES.:**

**MAGISTRADOS:**

**D. AGUSTÍN PICÓN PALACIO.**

**D<sup>a</sup>. MARÍA ANTONIA DE LALLANA DUPLÁ.**

**D. FRANCISCO JAVIER PARDO MUÑOZ.**

En Valladolid, a treinta de diciembre de dos mil diez.

Visto por esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, el recurso obrante en los presentes autos, que llevan el **núm. 316/2010** de los de este Tribunal, y que se corresponden con el proceso seguido, con el núm. 304/2009, en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valladolid; y en cuya segunda instancia han intervenido como partes: de una y en concepto de apelante, **\*\*\*\*\***, defendido por la Letrada doña Mónica Fernández de León y representado por la Procuradora de los Tribunales doña Herminia Sastre Matilla; y de otra, y en concepto de apelada, la **ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**, defendida y representada por la Abogacía del Estado; **sobre extranjería (expulsión de un ciudadano extranjero en situación irregular)**; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Agustín Picón Palacio, quien expresa el parecer de la Sala.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se dictó sentencia definitiva, en cuya parte dispositiva se lee: *“QUE DESESTIMANDO el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la letrado Sra. Fernández de León en nombre de \*\*\*\*\*, contra la resolución de la Subdelegación de Gobierno de Valladolid de fecha 30 de marzo de 2009, correspondiente al expediente sancionador n° 470020090000457 en la que se acuerda Decretar la expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en el mismo por un plazo de tres años y en el territorio Schengen, debo declarar y declaro que el acto administrativo es conforme a derecho, debiendo mantener el mismo y desestimada la pretensión deducida por la parte actora de este recurso..-Todo ello, sin que proceda establecer una especial condena en costas..-Así por esta mi sentencia, frente a la que cabe interponer recurso de apelación para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Castilla y León con sede en Valladolid, en el plazo de quince días, mediante escrito motivado a presentar ante este Juzgado, lo pronuncio, mando y firmo.”*.

**Segundo.-** Notificada que fue la anterior resolución a los interesados, por la parte actora se preparó e interpuso contra la misma recurso de apelación, el cual fue admitido a trámite en ambos efectos, por lo que, tras dar oportunidad de ser impugnado, se remitieron los autos originales a este Tribunal.

**Tercero.-** En esta instancia, donde se señaló para votación y fallo el día veintitrés de diciembre de dos mil diez, se han observado, substancialmente, todos los requisitos procesales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**I.-** Funda, esencialmente, su recurso el demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado *a quo* en un motivo básico, cual es, como ya sucedió en la instancia, su discrepancia con la sanción de expulsión de que ha sido objeto y que la sentencia de instancia afirma ser conforme a derecho, frente a lo que se aduce ser más correcta una sanción de carácter pecuniario, dadas las circunstancias concurrentes en el presente caso. Por el contrario, la representación procesal de la parte apelada interesa la confirmación de la sentencia de instancia, al estimarla conforme con el ordenamiento vigente.

**II.-** En lo que se refiere a las alegaciones en torno a la falta de motivación y proporcionalidad de la sanción, ha de señalarse que los defectos de motivación no se aprecia que concurren en el presente supuesto, desde el momento en que, tanto en vía administrativa, como en la judicial, se han consignado expresamente las razones por las que se establece la sanción al administrado y que dichos razonamientos no son, en absoluto, criticables, pues obedecen a una aplicación lógica de la ley en relación con unos hechos cuya existencia resulta de las propias resoluciones y de lo actuado en el procedimiento y en el proceso.

Del mismo modo, la alegación de falta de proporcionalidad de la medida sancionadora de expulsión del territorio nacional no puede ser compartida por la Sala. Dicha medida se recoge en el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11 y 14/2003, de 29 de septiembre y 20 de noviembre, y, últimamente, sin ser aplicable al caso, por la 2/2009, de 11 de diciembre.

El artículo 55.3 de la citada Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, establece una norma especial para la graduación de las sanciones en materia de régimen de extranjería. A su tenor, el órgano competente en la imposición de la sanción debe ajustarse a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. En efecto, el recorrido sancionador parte de la sanción de multa de 301 hasta 6.000 euros y alcanza, sin que pueda imponerse conjuntamente, hasta la sanción de expulsión del territorio español con las medidas accesorias de extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado y de prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez.

Esta Sala ha venido señalando al respecto que, a falta de norma específica, la administración puede escoger la sanción que imponga al extranjero que no se halle en situación regular en España, de tal manera que podrá elegir entre imponerle una multa o establecer su expulsión. Para ello, en todo caso, debe acudir a considerar los principios de culpabilidad para atender la posible incidencia de la conducta de quien recurre en la sanción acogida por la resolución impugnada, si bien, en principio, debería quedar reservada la sanción de expulsión del territorio español, en el supuesto del apartado a) del artículo 53 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración

Social, para aquellos supuestos en los cuales la posición antijurídica del extranjero denotara una especial trasgresión de la norma. En todo caso, lo trascendente es la obligación que corresponde a la administración de motivar el resultado de su elección, de acuerdo con el criterio de los artículos 54.1.a) y f) y 138.1 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y como un medio de que pueda ser objeto de impugnación dicha elección y de control por parte de los Tribunales de Justicia; criterio que se recoge, además, y entre otras, en las SSTC 260/2007, de 20 diciembre y 140 y 212/2009, de 15 junio y 26 noviembre.

Con independencia de ello, y de la concreta obligación de motivar sus resoluciones por parte de la administración, ello no impide que los Tribunales, en aquellos casos en que los motivos de la elección de una de las medidas y concretamente de la de expulsión, deriven de datos claramente acreditados en autos y no controvertidos o desautorizados por las pruebas practicadas, pueda entender que el razonamiento se halla recogido en las propias actuaciones administrativas, por más que ello debe siempre ser objeto de una manifestación patente (SSTS de 9 marzo, 20 abril, 19 julio, 20, 27 y 28 septiembre 4, 15, 25 y 31 octubre, 23 noviembre, 20 y 26 diciembre 2007 y 31 enero 2008).

**III.-** En el presente caso se aprecia que el actor se halla irregularmente en territorio nacional, y además se infiere de lo actuado, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, que carece de arraigo en España, sin que posea, por otro lado, medios económicos bastantes que, conforme a la legislación de extranjería, le permitan hacer frente a sus necesidades más elementales. Precisamente esas circunstancias, y especialmente su falta de intención de arraigo bastante, que sí son de apreciar en otros casos en los se hallan otras personas en situación irregular en territorio nacional, impiden considerar desproporcionada la medida de expulsión adoptada por la autoridad gubernativa frente al hoy apelante, y cuyo razonamiento recoge expresamente la resolución recurrida. De ahí que deba desestimarse la impugnación estudiada por este motivo.

**IV.-** Debe tratarse ahora la alegación referida a la existencia de una hija menor de edad que el actor tuvo con \*\*\*\*\*, y que nació el en Valladolid y en relación a cuyo estado de gestación de la madre ya se refiere el demandante en la primera declaración que formula en la comisaría de policía el día 23 de diciembre de 2008, alegando, igualmente, que vive en Valladolid con su novia. En la documentación aportada al expediente administrativo consta que la madre del hijo del actor nació en Valladolid, sin que conste referencia alguna a

nacionalidad distinta de la española, a diferencia de lo que consta respecto al hoy apelante, a quien en el libro de familia se le hace constar su nacionalidad brasileña, por lo que no cabe dudar, según la aplicación del artículo 17.1.a) del Código Civil, la condición de ciudadana española de la hija del actor.

Dicha circunstancia de la nacionalidad española de la hija del demandante determina que la medida de expulsión no sea ajustada a derecho. De la lectura del artículo 57.6 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, puede seguirse que no cabe adoptar la sanción de expulsión de quienes habiendo residido legalmente en España dos años, sean ascendientes de quienes hayan nacido en España y residido legalmente en los últimos cinco años en territorio nacional, o, por lo menos, que ello resulta, cuando menos, limitado jurídicamente por el obrar expreso del legislador. Si ello es así, según el artículo 57.5.a) de la precitada Ley Orgánica, deberá reconocerse con más fuerza aún la imposibilidad de imponer la sanción de expulsión a quien, habiendo residido legalmente en España durante dos años, es ascendiente no ya de quien ha nacido en España y residido legalmente en España durante cinco años, sino de quien es nacional español, puesto que, en principio, deberá gozar de mayores beneficios éste que aquél en su propio país. Así se ha manifestado el Tribunal Supremo en su conocida sentencia de 26 enero 2005, referida al caso de una madre de un hijo español, pero que no hay razón alguna para no aplicar al otro progenitor.

Tal circunstancia realmente podría verse alterada si el progenitor estuviese privado de la patria potestad o tuviese limitado su derecho de visitas al menor o no le alcanzase su ámbito protector, pues no ha de considerarse la exclusión de la sanción de expulsión como un bien realmente patrimonio del, en este caso, ascendiente, sino del hijo menor, que es a quien la ley, no sólo la de extranjería, sino la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre cuya dicción y la de la Constitución Española se basa la referida STS para otorgar el amparo a la allí interesada, quiere proteger. Tal cuestión se atisba por la Juzgadora a quo en su sentencia cuando rechaza la circunstancia de la paternidad para excluir la sanción de expulsión, sobre la idea de que el actor no ha acreditado que conviva con la que aparece como madre de la menor. Tal apreciación de la Juzgadora a quo no deja de ser valorable, sobre todo cuando no se ve siquiera contradicha por el actor.

Efectivamente, la protección que se otorgue a los padres extranjeros de los menores españoles cabe, lógicamente, que tenga un carácter dinámico, precisamente por ser objeto de protección no realmente el ascendiente, sino el hijo, en cuyo interés se adoptará una u otra medida. Ahora bien, en la propia sentencia, quizá porque no se planteó directamente, no se establece la nacionalidad de la menor, mientras que ahora sí llega el Tribunal a una conclusión concreta, cual es la de ser la misma una ciudadana española, lo que beneficia, indirecta, pero realmente, a su padre y lo hace de una manera mucho más severa que si se estuviese ante un menor extranjero que residiese legalmente en España. Por otra parte, no consta que el hoy apelante esté privado de patria potestad, ni que no tenga un régimen de visitas con su hijo, ni que no tenga relación con la misma, ni tampoco que no le asista. Tampoco consta que no convive con su hija, pues no aparece cuestionado en todo el procedimiento administrativo, quizá porque durante el mismo se estaba en periodo de gestación. En esas muy concretas circunstancias presumir que el demandante es un mal padre, que no atiende a su hija y que no es digno de la protección que le otorgan las leyes, supone un exceso de inferencia que va más allá de la lógica y de las presunciones que en materia sancionadora consagran la Constitución Española –artículo 24- y la legislación ordinaria – artículo 137 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- y no puede ser compartido por la Sala. De ahí que deba acogerse por el motivo que se expresa el recurso estudiado y, con revocación parcial de la sentencia de instancia y anulación parcial de la resolución administrativa dictada, deba establecerse como sanción la de multa de trescientos un euros.

**V.-** De acuerdo con el criterio que se establece en el artículo 139.1 y 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede no hacer expresa imposición las costas de de ninguna de las dos instancias, al no apreciarse temeridad ni mala fe por ninguno de los litigantes, por lo que cada uno de ellos abonará las causadas a su instancia y las comunes lo serán por iguales partes.

**VI.-** De conformidad con lo prevenido en los artículos 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y 208.4 de la Ley 1/2.000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la doctrina de los artículos 86 y concordantes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede comunicar a los interesados, mediante entrega de copia de esta resolución debidamente autenticada, que es firme.

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

## FALLAMOS

Que estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Herminia Sastre Matilla, en la representación que tiene acreditada en autos, contra la sentencia dictada, el día nueve de febrero de dos mil diez, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valladolid en esta causa y debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y anular y anulamos del mismo modo la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valladolid de treinta de marzo de dos mil nueve, en el sentido de imponer al actor la sanción de multa de trescientos un euros y no la de expulsión, permaneciendo en lo demás inmodificadas dichas resoluciones. Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas procesales a ninguno de los litigantes, por lo que cada uno de ellos abonará las causadas a su instancia y las comunes lo serán por iguales partes.

Hágase saber a los interesados, mediante entrega de copia de esta resolución debidamente autenticada, que la misma es firme.

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

**PUBLICACIÓN.-** La anterior resolución fue leída y publicada, el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, don Agustín Picón Palacio, estando constituido el Tribunal en audiencia pública. Doy fe.

**NOTA.-** Véase el Libro Registro de Resoluciones en el folio 217.

**NOTA.-** Queda unido testimonio de la sentencia en el rollo de apelación. Doy fe.

**DILIGENCIA:** Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.