

~~OLGA HIDEZ~~

~~OLGA~~ SANDRA HIDEZ - CROS



Ap Albert J. Piñane Ibañez
 Procurador dels Tribunals

C/ Beilon, 3. 0ª 1ª - 08010 Barcelona.
 Tel: 93 406 82 54 - Fax: 93 459 01 67 - M: 677 58 00 58
 Mail: apinane@barcelona.cgsa.net

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
 SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
 SECCIÓN QUINTA**

Rollo de apelación nº 266/2008

SENTENCIA Nº 1279/2009

Ilmos. Sres.:

Presidente
DON JOAQUÍN JOSÉ ORTIZ BLASCO

Magistrados
DON ALBERTO ANDRÉS PEREIRA
DON JUAN FERNANDO HORCAJADA MOYA
DON JAVIER AGUAYO MEJIA

En la Ciudad de Barcelona, a dieciocho de diciembre de dos mil nueve.

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación nº 266/2008, interpuesto por LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo parte apelada ~~OLGA HIDEZ~~, representado por el Procurador Albert Josep Piñane Ibañez.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Javier Aguayo Mejia, quien expresa el parecer de la Sala.

IL·LUSTRE COL·LEGI D'ABOGATS DE BARCELONA
 RECEPCIÓ NOTIFICACIÓ

- 7 - 01 - 10 / - 8 - 01 - 10

Article 151.2 16/12/2009 10:51

Administració de Justícia i Drets • Administració de Justícia en Catalúnia



2/7

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo nº 244/2006, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 9 de Barcelona por los trámites del Procedimiento Abreviado, se dictó sentencia en fecha 23 de noviembre de 2007, cuyo fallo fue estimatorio en parte del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

SEGUNDO.- Contra la referida Sentencia se Interpuso recurso de apelación por la demandante, que fue admitido a trámite, y emplazadas las partes a fin de que comparocieran ante esta Sala.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a la misma, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrado Ponente y, no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba en esta alzada ni la celebración de vista, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso.

Para la adecuada resolución del rollo de apelación fue acordada Diligencia final, consistente en exhorto al Juzgado de lo Penal que tramita la ejecutoria que consta en el expediente administrativo, dándose con posterioridad traslado del resultado a las partes procesales.

CUARTO.- En la sustanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los fundamentos de la Sentencia apelada.

Se impugna la Sentencia nº 286/2007, de 23 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 9 de Barcelona, que acordó estimar en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto la Resolución de 1 de marzo de 2008 del Subdelegado del Gobierno en Barcelona, que acordó anular en cuanto impone la sanción de expulsión del ahora apelado con prohibición de entrada en España por 10 años, que sustituye por una multa de 350 euros.

La Sentencia impugnada recuerda que constituye infracción grave en materia de extranjería el encontrarse irregularmente en territorio español, como que en el caso, en orden la determinación de la modalidad de sanción, hubo de considerar la Administración que: *"... De la documental obrante en autos resulta que el recurrente se encuentra en España desde hace bastantes años pudiéndose remontar al año 87 habiendo obtenido en su día diversos permisos de residencia.*

Igualmente acredita que tiene tres hijos, uno de ellos menor de edad respecto del cual mantiene la patria potestad con régimen de visitas tras divorciarse de



u esposa.

3/1

Si bien es cierto ya que la misma parte lo reconoce que cumplió condena y se alude a una detención por delito doloso, no lo es menos que no se justifica por la Administración (que es a quien correspondería la carga de la prueba), que la condena sea por dicho hecho delictivo y que consten antecedentes penales."

SEGUNDO.- 1. La Administración General del Estado apela dicha Sentencia por estimar que incurre en infracción del ordenamiento jurídico, en cuanto anula la sanción de expulsión acordada en la resolución originariamente impugnada y la sustituye por una sanción pecuniaria.

Argumenta para ello que la sanción de expulsión responde a la propia naturaleza de la infracción que se imputa al interesado, lo cual requiere el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, salvo posibles circunstancias excepcionales que aquí no concurren.

2. Por el contrario, el apelado manifiesta que es más proporcionada la sanción pecuniaria que la de expulsión, en atención que permanece en España desde el año 1977, habiendo obtenido diversos permisos; que tiene tres hijos españoles siendo uno de ellos menor de edad, respecto del que mantiene la patria potestad y una nieta española.

TERCERO.- Con anterioridad al enjuiciamiento de lo que plantea la demanda conviene atender que el orden normativo de aplicación por razón temporal viene constituido por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -"LODYLE" en lo sucesivo-, conforme la redacción dada por Ley Orgánica 14/2003.

La referida legislación de orden interno establece como presupuesto de la lícita permanencia de ciudadanos extranjeros en territorio español la tenencia de autorización para residir, así como la expulsión y prohibición de entrada en territorio español del ciudadano extranjero que decide carecer de autorización de residencia.

No puede en este ámbito desconocerse que constituye doctrina del Tribunal Constitucional la que refiere que la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y consecuente derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE, y STC 107/1984), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano, de manera que corresponde lícitamente al legislador nacional y tratados internacionales modular el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, con permisión de tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros respecto la entrada y permanencia del territorio nacional, siempre y cuando ello sea respetuoso con las libertades que para todas las personas recorre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En lo que de manera más específica hace referencia a la legalidad de la orden



4/7

expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria, la STC 94/1993, recalda respecto la regulación contenida en la Ley Orgánica 7/1985, tuvo ocasión de referir que *"la conformidad con la Ley de la medida de expulsión depende de si concurren realmente los hechos determinantes de la expulsión, que deben quedar acreditados en el procedimiento administrativo o, en caso de contencioso, ante el Tribunal que conozca de él; y también depende de que concurren razones que justifiquen que, en vez de imponer la multa que con carácter general prevé el art. 27 Ley de Extranjería, haya de imponerse la decisión de expulsión, indudablemente más gravosa. Finalmente, deben ser respetados el mínimo esencial de garantías de procedimiento que enuncia el art. 13 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los arts. 13, 19 y 24 CE, precepto este último que es plenamente aplicable a los extranjeros, como declararon las SSTC 99/1985, f. j. 2º, y 115/1987, f. j. 4º"*.

CUARTO.- Descendiendo ya al supuesto de aplicación, no resulta discutido que el ciudadano no nacional recurrente careciera de autorización de residencia, como, en tal circunstancia, no puede sino declararse el incumplimiento del deber de autorización, cuyo incumplimiento constituye precisamente la infracción grave por la que fue sancionada, prevista en el art. 53,a) LODYLE.

Mas ni el recurso contencioso administrativo ni la presente apelación discuten la motivación de la procedencia de la sanción, sino la falta de motivación y desproporción de la concreta modalidad de sanción elegida en lugar de la de multa.

1.- En lo que hace referencia a la legalidad de la orden de **expulsión** como medida alternativa a la sanción pecuniaria, la STC 94/1993, recalda respecto la regulación contenida en la Ley Orgánica 7/1985, tuvo ocasión de referir que *"la conformidad con la Ley de la medida de expulsión depende de si concurren realmente los hechos determinantes de la expulsión, que deben quedar acreditados en el procedimiento administrativo o, en caso de contencioso, ante el Tribunal que conozca de él; y también depende de que concurren razones que justifiquen que, en vez de imponer la multa que con carácter general prevé el art. 27 Ley de Extranjería, haya de imponerse la decisión de expulsión, indudablemente más gravosa. Finalmente, deben ser respetados el mínimo esencial de garantías de procedimiento que enuncia el art. 13 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los arts. 13, 19 y 24 CE, precepto este último que es plenamente aplicable a los extranjeros, como declararon las SSTC 99/1985, f. j. 2º, y 115/1987, f. j. 4º"*.

Así, no puede la Administración elegir libremente qué modalidad de sanción determina, sino determinar la que sea la procedente conforme las circunstancias que en el caso individualizan la entidad de la responsabilidad del infractor, lo que lleva a la STC 260/2007 (f.j. 4º, con cita de STC 42/1987, 207/1990, 113/2002 y ATC 409/2007) a declarar que *"la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave [art. 53, a) de la*



5/7

Ley Orgánica 4/2000], y, por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma Ley o por la remisión de ésta a la Ley 30/1992.".

Asimismo, constituye ya doctrina jurisprudencial (ver por ejemplo S. 22-XII-2005 y 21-IV-2006 Sec. 5ª TS3ª) que "En el sistema de la Ley la sanción principal es la de multa, pues así se deduce de su artículo 55.1 y de la propia literalidad de su artículo 57.1, a cuyo tenor, y en los casos, (entre otros) de permanencia ilegal, "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional", como que "En cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa. Según lo que dispone el artículo 55.3 (que alude a la graduación de las sanciones, pero que ha de entenderse que resulta aplicable también para elegir entre multa y expulsión), la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, añadimos nosotros, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa.".

Estas mismas Sentencias acabadas de referir admiten como válida y suficiente la motivación que aunque no explicitada en la propia resolución sancionadora sin embargo conste en el expediente administrativo, mas "Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.".

2.- En lo que nos ocupa la Resolución administrativa da cuenta que el no nacional fue identificado tras el cumplimiento de condena en el Centro Penitenciario de Quatre Camins, comprobando que carecía de cualquier tipo de documentos que amparase su estancia en España, siendo la última detención que le consta por delito de homicidio doloso.

Y justifica la imposición de la sanción de expulsión en lugar de una multa por no reunir las siguientes circunstancias de carácter acumulativo: vínculos familiares de primero o segundo grado con españoles o extranjeros residentes legales e inexistencia de antecedentes delictivos, circunstancias que en caso de concurrir aconsejan la imposición de la sanción económica en lugar de la expulsión.

3. Como que, centrando sustancialmente la apelación su queja en la indebida sustitución de la modalidad de sanción, es lo cierto que la actuación administrativa impugnada carece de ninguna motivación de la justificación de la modalidad de sanción determinada, ni siquiera por remisión a lo que consta en el expediente administrativo, pues el recurrente se halla empadronado, permanece en territorio nacional desde el mes de septiembre del año 1977, ha dispuesto de distintas autorizaciones de residencia y de trabajo, siendo durante



6/7
 cinco años autorización de residencia comunitaria, y es padre de tres hijos españoles, una menor de edad; de manera que resultaba del todo necesario que la decisión de determinar la sanción de expulsión en lugar de otra pecuniaria viniera justificada en una motivación explícita y pegada al caso, de la que carece la resolución administrativa.

Por otro lado, la evidencia de aquella situación de arraigo social y familiar, se contraponen el hecho negativo de la condena penal por unos hechos relacionados con una detención por delito de homicidio doloso.

Y si la Sentencia impugnada aduce la falta de justificación y prueba que la condena lo haya sido por dicho delito, es igualmente cierto que esta incógnita fue despejada en el rollo de apelación mediante la diligencia final acordada, y de la que se desprende que la condena trae causa efectivamente de dicha detención, practicada en enero de 2001 por tal delito, si bien la condena penal no fue por dicha calificación sino como autor de un delito de maltrato habitual, en cuyo contexto se cometieron también hechos por lo que fue condenado como autor de un delito de robo de vehículo de motor, uno de amenazas, otro de daños, así como faltas de lesiones, daños e injurias.

En orden de cosas, la resolución administrativa da noticia de aquella detención y que al apelado le fue incoado el presente expediente acto seguido del cumplimiento de la condena penal, mas sin que la resolución desgane las graves y especiales circunstancias que hubieran de motivar en dicho supuesto la legalidad de la sanción de expulsión.

Por el contrario, de la documentación acompañada aparece cual es de presente la situación personal y familiar del infractor, lo que constituye, junto con la trascendencia y riesgo derivado de la infracción y grado de culpabilidad, criterio para la determinación de la sanción a imponer. En el presente caso, y por lo que hemos dicho, resulta de aplicación la regla general establecida en la doctrina constitucional antes indicada, en el sentido de reservar la sanción de expulsión, "indudablemente más gravosa" que la multa de 301€ a 6.000€ que en otro caso cabría imponer, para los supuestos que revistan mayor entidad, conforme un juicio de adecuación de la sanción a la real entidad de la infracción según los criterios indicados, siendo que de todo esto aquí conforman la conveniencia de la modalidad de sanción pecuniaria en la cuantía fijada en la Sentencia apelada:

Conforme al referido criterio jurisprudencial, procede desestimar el presente recurso de apelación, por ser la sentencia recurrida conforme en Derecho.

QUINTO.- Resulta asimismo pertinente la condena en costas de la parte apelante, con arreglo a lo que dispone el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional, no concurriendo circunstancias que justifiquen la no imposición, si bien dicha condena lo será hasta la cifra máxima de 400 euros.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.



7/7

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- **DESESTIMAR** el recurso de apelación formulado por el Sr. Abogado del Estado, contra la Sentencia nº 286/2007, de 23 de noviembre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso nº 9 de Barcelona, que se confirma en su integridad.

2º.- Imponer a la Administración General del Estado las costas del recurso de apelación, hasta el límite de 400 euros.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.