



Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 17 Abr. 2009, rec. 62/2009

Ponente: González García, María Begoña.

Nº de Sentencia: 169/2009

Nº de Recurso: 62/2009

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Tipo de recurso de la resolución: APELACION

ACTO ADMINISTRATIVO. Requisitos formales. Motivación. Motivación suficiente. EXTRANJEROS. Expulsión. Extranjeros procesados o inculcados por delitos o faltas. FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Penas y sanciones. Clases de sanciones. Multa.

Normativa aplicada

### TEXTO

En Burgos a diecisiete de abril de dos mil nueve

### SENTENCIA

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha visto en grado de apelación, rollo 62/2009, el recurso interpuesto por Don Rodrigo contra la sentencia de fecha veintinueve de octubre de dos mil ocho, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Ávila por el que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Don Luis Pablo contra la resolución de 13 de febrero de 2008 por la que se acuerda la orden de expulsión del territorio nacional por un periodo de diez años, habiendo sido parte en la instancia como parte apelada la Administración General del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado en virtud de la representación que por Ley ostenta.

### ANTECEDENTE DE HECHO

**PRIMERO.-** Que por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Ávila en el Procedimiento Abreviado 163/2008, se dictó sentencia con fecha veintinueve de octubre de dos mil ocho, con el siguiente fallo:

"SE ACUERDA DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Letrado Sra. Araujo Velayos, en representación de D. Rodrigo , en el que se impugna la Resolución de fecha 13 de febrero de 2008, del Subdelegado del Gobierno en Ávila, por el que se acuerda



la expulsión del territorio nacional del recurrente, como responsable de la infracción tipificada como grave en el artículo 57.2 de la L.O. 4/2000 modificada por la L.O 8/2000 , con prohibición de entrada por un periodo de diez años, a la que se refiere este procedimiento y el encabezamiento de la Sentencia, desestimando las pretensiones de la parte recurrente y en consecuencia debe declararse:

1.- Conforme y ajusta a derecho la resolución administrativa impugnada.

2.- Todo ello, sin hacer imposición de las costas procesales causadas a

ninguna de las partes."

**SEGUNDO.**- Que contra dicha sentencia se interpuso por el recurrente recurso de apelación, que fue admitido a trámite, solicitando que se dicte sentencia por la que, con expresa estimación del presente recurso de apelación así como la demanda formulada dejando sin efecto la resolución impugnada y declarar no conforme y ajustada a derecho dicha resolución procediendo a su anulación, en cuanto impone al recurrente la sanción de expulsión con prohibición de entrada en el territorio nacional y su defecto y con carácter subsidiario, que lo que procede es multa por importe de 600 euros.

**TERCERO.**- De mencionado recurso se dio traslado a la parte demandada, hoy apelada, quien evacuó el traslado conferido, solicitando la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia de instancia.

**CUARTO.**- El recurso de apelación que tuvo entrada ante esta Sala el día 27 de febrero de 2009. Habiéndose dictado providencia de fecha 2 de marzo de 2009 teniendo por parte en el recurso de apelación como parte apelada la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado en virtud de la representación y defensa que legalmente ostenta y respecto a la personación del apelante por medio de Procurador se oficie al Colegio de Procuradores para la designación del mismo, verificado en la persona del Procurador Doña Paula Gil Peralta se la tuvo por personada en nombre y representación de Don Rodrigo , por lo que se dictó providencia con fecha diez de marzo de dos mil nueve, quedando pendiente de votación y fallo el día dieciséis de abril de dos mil nueve presente recurso de Apelación para el día que se celebró la misma.

Habiéndose designado Magistrado Ponente del presente recurso de Apelación a Doña María Begoña González García.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Es objeto del presente recurso de apelación la sentencia de fecha veintinueve de octubre de dos mil ocho dictada por el Juzgado de lo Contencioso de Ávila por la que se desestima el recurso interpuesto por Don Rodrigo contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Ávila de fecha 13 de febrero de 2008 por la que se impone la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un periodo de diez años, como responsable de la infracción tipificada como grave en el artículo 57.2 de la L.O. 4/2000 modificada por la L.O.8/2000 .



Frente a dicha resolución y la sentencia que la confirma se alza la parte actora invocando como fundamentos de su pretensión impugnatoria que en base a que no procede la expulsión en base a la jurisprudencia más reciente, ya que estamos ante un supuesto de causación de perjuicios irreparables al recurrente que se derivarían de la expulsión del territorio nacional del mismo.

Que estamos ante una resolución administrativa carente de motivación y que de venir acreditada la infracción debería de ser sustituida la expulsión por la multa por lo que se ha vulnerado igualmente el principio de proporcionalidad, ya que se considera que la resolución infringe también el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como el artículo 39 y 10 de la Constitución, en relación con el artículo 10 del mismo texto legal.

Así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 12 y 13 que ha sido suscrito por España, por lo que la medida de expulsión afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos expuestos, por lo que en base a la jurisprudencia que se cita en el escrito de apelación, como la sentencia del TC de 20 de julio de 1994, de producirse la expulsión se verían conculcados los derechos del recurrente, puesto que toda su familia se encuentra en España, manteniendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una jurisprudencia progresiva como la recogida en la sentencia de 11 de julio de 2000, pro lo que el recurrente tiene suficiente arraigo familiar o social en España por lo que como recoge la sentencia del TSJ de Madrid de 28 de diciembre de 2006, la sanción de expulsión resulta desproporcionada, además de que conforme establece el artículo 55.1 de la Ley 4/2000 , la sanción principal es la de multa, si se impone la expulsión han de especificarse los motivos por lo que la sanción de expulsión es una vulneración del criterio de proporcionalidad, al ser una resolución tipo que no recoge las verdaderas circunstancias de arraigo familiar, por lo que en este sentido se ha pronunciado el TS en la sentencia de 24 de mayo de 2007, habiéndose vulnerado el artículo 24 de la Constitución, puesto que se vulnera el derecho a la reeducación y reinserción social, así como el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a ejercer su derecho a una defensa, en este mismo sentido se ha pronunciado el TSJ de Castilla La Mancha en la sentencia de 17 de abril de 2007, habiéndose vulnerado igualmente los preceptos siguientes de la Ley 4/2000 , artículo 3,16,20,21 y 22 , por lo que se termina solicitando la estimación del recurso de apelación.

**SEGUNDO.**- Frente al recurso de apelación, por el Abogado del Estado se rebaten puntualmente dichos argumentos impugnatorios, y frente a la alegación de la falta de proporcionalidad se invoca que la expulsión se ha impuesto en virtud de lo establecido en el artículo 57.2 por lo que la simple condena por delito con pena de prisión superior al año conlleva la consecuencia legal aparejada de expulsión como precisa la sentencia del TSJ de Navarra de 10 de mayo de 2006, y de este Tribunal en sentencias de 9 de junio de 2006 y 18 de marzo de 2004, constando en el caso que nos ocupa que el recurrente ha sido condenado por sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Ávila en la causa 232/06 a la pena de quince meses de prisión como responsable de un delito de atentado así como otros ocho meses de prisión por un delito de lesiones, lo cual es omitido por la parte apelante que incluso se limita a reprochar la falta de motivación, indicando la existencia de detenciones, pero sin referirse a la condena que es la que motiva la expulsión, por lo que el debate sobre el arraigo es improcedente, como precisa la sentencia de esta Sala de 26 de enero de 2007, siendo además que en el presente caso el arraigo que se invoca es inexistente tal y como ha sido definido por el TS en la sentencia de 14 de junio de 2001, ya que los elementos que definen el arraigo no



han sido acreditados, reiterando la existencia de antecedentes penales y que la infracción de los preceptos que se dice infringidos resulta extravagante por inaplicables por lo se termina solicitando la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la sentencia de instancia.

**TERCERO.-** Expuestos en dichos términos el debate del presente recurso de apelación, debemos examinar el expediente administrativo donde se comprueba de la resolución objeto de impugnación se fundamenta en la causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 de la LO 4/2000 , al haber sido condenado el recurrente por una conducta dolosa por el Juzgado de lo Penal de Ávila en la causa 232/06 a la pena de quince meses de prisión como responsable de un delito de atentado así como otros ocho meses de prisión por un delito de lesiones, por lo que en principio no aparece infringido con la resolución impugnada el principio proporcionalidad, ya que respecto a que no se han tenido en cuenta el resto de las circunstancias que se recogen en el escrito de apelación, hemos de reiterar que la expulsión del recurrente se ha acordado por la causa prevista en el artículo 57.2 y en este caso la Sala ha precisado repetidamente, basten por todas la sentencia dictada en el recurso de Apelación 193/2006, de 26 de enero de 2007, de la que ha sido Ponente Don Eusebio Revilla Revilla y en la que se indica en su Fundamento Cuarto que:

" Para verificar dicho enjuiciamiento es preciso recordar lo que establece dicho precepto. Así, dispone el art. 57 citado lo siguiente:

"1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c) d) y f) del art. 53 de esta Ley Orgánica , podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

2. 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 constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.

4. 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.

5. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el art. 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 en los siguientes supuestos:

a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.

b) Los que tengan reconocida la residencia permanente...".

Y entrando ya en el enjuiciamiento de la cuestión realmente discutida, la Sala acepta y hace suyos los acertados argumentos esgrimidos en la sentencia de instancia, que no han sido desvirtuados en el recurso de apelación y que además no infringen el art. 57.5 de la Ley 4/2000 ,



tampoco el principio de legalidad y menos aún la jurisprudencia aportada a los autos, todo lo cual lleva a concluir que procede desestimar el recurso de apelación interpuesto confirmando la sentencia de instancia.

Y reiterando y ampliando la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, la Sala concluye que no se produce dicha infracción por cuanto que en el supuesto de autos no es aplicable a la expulsión acordada en la resolución recurrida la excepción contemplada en el citado art. 57.5, y ello pese que en el apelante concurren las dos circunstancias contempladas en las letras a) y b) del citado precepto, y ello por los siguientes razonamientos:

1°).- Porque la expulsión se impone en aplicación del art. 57.2 de la L.O. 4/2000 , es decir por haber sido condenado penalmente por una conducta dolosa constitutiva de delito a una pena privativa superior a un año, lo que revela que la expulsión en este caso impuesta no constituye "una sanción" toda vez que no se impone por la comisión de una infracción administrativa, dado que el supuesto contemplado no se prevé como infracción administrativa en los arts. 52 y siguientes de la L.O. 4/2000; este mismo criterio ha sido reiteradamente expuesto y aceptado en otras sentencias de esta misma Sala, así entre otras en las sentencias de 28.7.2006 dictada en el recurso de apelación 91/06, y de fecha 13.10.2006, y también es el criterio aceptado por la Sala del mismo nombre de este mismo TSJ con sede en Valladolid como lo revela la copia de sentencia aportada a los autos.

2°).- Porque la expulsión impuesta en aplicación del art. 57.2 citado no lo es como alternativa o en sustitución de la multa como prevé en el supuesto contemplado en el art. 57.1 de la misma Ley , sino que se impone de forma imperativa y como única consecuencia legal posible prevista.

3°).- Porque el art. 57.5 al contemplar mencionada excepción tan solo para el caso de que la expulsión impuesta lo sea como sanción a la comisión de una infracción administrativa, y como quiera que, como hemos reseñado, la expulsión impuesta al apelante no lo es ni como sanción ni como respuesta a la comisión de una infracción administrativa, es por lo que ha de concluirse que la excepción prevista en referido precepto no cabe extenderla al supuesto del art. 57.2, ambos de la L.O. 4/2000 .

4°).- Y no cabe tampoco extender dicha excepción a la expulsión acordada en autos, por los siguientes motivos:

4.1°).- Porque en el presente caso -en el art. 57.2 citado- no cabe elegir entre la sanción de multa o la expulsión.

4.2°).- Porque de excluirse por vía de aplicación del art. 57.5 de la L.O. 4/2000 la aplicación de la expulsión, no solo excluiríamos la expulsión sino que tampoco cabría aplicar la sanción de multa, y por ello el supuesto contemplado en el art. 57.2 citado, se quedaría sin la respuesta o consecuencia ordenada imperativamente en dicho precepto

4.3°).- Porque de excluirse la expulsión por vía de aplicación del art. 57.5 citado se ofrecería una solución jurídica contradictoria y contraria al espíritu y finalidad de la norma por cuanto que cabría aplicar y mantener la expulsión (por remisión al art. 54.a, apartado 1 de la L.O. 4/2000 y a la Ley Orgánica 1/1992) en el caso de encontrarnos ante un extranjero implicado en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la L.O. 1/1992 , y sin embargo no cabría aplicar y mantener la expulsión cuando se ha condenado a un extranjero por un delito doloso como el de autos, como autor de un delito de robo con violencia a la pena de tres años y seis meses de



prisión, cuando los hechos que motivan dicha condena claramente integran una actividad contraria al orden público, como así resulta de los criterios recogidos en torno al concepto de "orden público" en la sentencia del TS, Sala 3ª, sec. 4ª, de fecha 5.3.2003 , dictada en el rec. 10558/1998 (Pte: Soto Vázquez, Rodolfo), y en la sentencia del T.S. Sala 3ª, sec. 4ª, de fecha 8.1.2004 , dictada en el recurso 2581/2001 (ponente: Baena del Alcázar, Mariano)

4.4º).- Porque de aplicarse dicha excepción haríamos de mejor condición al extranjero no comunitario que al extranjero ciudadano comunitario, por cuanto que al primero no podríamos expulsarlo de concurrir alguna de las circunstancias del art. 57.5 de la L.O. 5/2000 aunque estuviéramos en el supuesto del art. 57.2 de la misma Ley , mientras que sí cabría la posibilidad de poder expulsar en aplicación del art. 16 del R.D. 178/2003, de 14 de febrero al extranjero ciudadano comunitario, que haya sido condenado penalmente por afectar ello al orden público y a la seguridad pública.

4.5º).- Y porque según el art. 57.4 de la L.O. 4/2000 la expulsión conlleva la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, permitiendo este precepto también por ello la extinción del permiso de residencia permanente concedido al apelante.

Por lo que la existencia del permiso de residencia permanente no es un obstáculo a la aplicación del supuesto del artículo 57.2 de la LO 8/2000 , tal y como hemos indicado, por lo que lo único que restaría examinar es en lo que vuelve a insistir la parte apelante en las especiales circunstancias que concurren en este caso para no proceder a la sanción de expulsión y si bien es cierto que las circunstancias de arraigo pueden y deben ser tenidas en cuenta en los supuestos sancionadores en los que la Ley permite la opción entre la sanción de expulsión y la multa como ha indicado el TS en la sentencia de 30-6-2006, dictada en el rec.5101/2003 , de la que ha sido Ponente Don Pedro José Yagüe Gil, y en la que se precisa que...":

Y dicha sentencia concluye finalmente que:

"Pues bien como cabe concluir de toda esta jurisprudencia la opción para aplicar la sanción de multa en lugar de expulsión se produce en los supuestos en los que la misma se ha impuesto como consecuencia de una infracción, pero no en los casos en los que la expulsión va anudada a la comisión de un delito y prevista específicamente en el artículo 57.2 de la ley 4/2000 , la cual no se hace depender la expulsión de la estancia regular o irregular en territorio español, el arraigo u otra circunstancia que no sea que los antecedentes penales hubieran sido cancelados y no consta que lo hayan sido, por lo que en el presente caso el arraigo no puede ser invocado aunque pudiera apreciarse para enervar la causa de expulsión como ha indicado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 18 de abril de 2005 de la que fue Ponente Don Francisco Javier Pueyo Calleja y en la que se indica que:

" Por otro lado como tiene dicho esta Sala la alegación de arraigo, al resolver el fondo del asunto en la causa de expulsión por comisión de delito doloso del artículo 57.2 LOEX , es irrelevante pues la concurrencia de tal arraigo no enerva la aplicación de la citada causa de expulsión que obedece a otros fundamentos y criterios distintos a los de "regularización de residencia" por arraigo."

Por lo que resulta evidente que ante el supuesto de expulsión del artículo 57.2 , no cabe invocar que se vulnere el principio de proporcionalidad, ni tampoco de falta de motivación, ya que incluso en el caso de estancia irregular el TS en sentencia de 27 de abril de



2007 , ha considerado que debe entenderse justificado y motivado, aún por remisión al expediente, la imposición de la sanción de expulsión, pero es que además en el presente caso, es la propia Ley la que determina la expulsión del extranjero que ha sido condenado por delito, como aquí ocurre, siendo un supuesto donde no cabe apreciar arraigo, ni imponer sanción de multa, no obstante lo cual además la alegación de especiales vínculos de arraigo, exige la correspondiente prueba al respecto, prueba que corresponde al recurrente y en el presente caso la existencia de familia en España, no elimina el dato de que exista condena penal en firme y que además de dicha condena existen detenciones en cuatro ocasiones, en julio de 2005 por atentado contra la autoridad, en agosto de 2006 también por atentado contra la autoridad, en septiembre de 2007 por amenazas y en octubre de 2007 por homicidio doloso, lo que hace sino revelar que el apelante no ha respetado en todo momento las normas de convivencia y de orden público de obligado cumplimiento tanto para españoles, como para extranjeros; y este incumplimiento en cierto modo revela que ese arraigo no es tan evidente o al menos no responde al concepto de convivencia pacífica, ordenada y respetuosa con la legalidad vigente y aplicable en España, no bastando para apreciar arraigo la existencia de familiares, siendo además preciso otros vínculos económicos, personales y patrimoniales, por lo que no resulta ni vulnerado el principio de proporcionalidad, ni se ha incurrido en infracción alguna del derecho aplicable, por lo que tampoco se infringe precepto constitucional alguno, ya que la Jurisprudencia Constitucional ha matizado, mediante la conocida diferenciación entre derechos que corresponden por igual a los españoles y a los extranjeros, cuya regulación ha de ser igual para ambos (como el de presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución); derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (supuestos del art. 23 de la Constitución en relación con el art. 13 de la misma) y derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las Leyes (como el de residencia y libre circulación del art. 19.1 de la Constitución) - S.T.C. 107/1994, de 23 de noviembre -.

Respecto a esta última modalidad, en concreto en relación al art. 19.1 de la Constitución, la Jurisprudencia Constitucional ha señalado que las medidas que repercuten sobre la libre circulación de las personas deben fundarse en una Ley y aplicarla en forma razonada y razonable.

Cuando la medida consiste en la expulsión de un extranjero, siempre que éste se halle legalmente en territorio nacional, el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos insiste en que se requiere "una decisión adoptada conforme a la Ley".

Por consiguiente, para ser respetuosa con la libertad de circulación que el art. 19 reconoce a los extranjeros que se hallan legalmente en nuestro territorio, la decisión de expulsión debe de fundarse en alguno de los supuestos previstos en la Ley de Extranjería u otro texto legal de igual valor - STC 94/1993, de 22 de marzo .

Por lo que no existe la vulneración denunciada, ya que aquí existe el motivo determinante de la expulsión, que es el previsto en el artículo 57.2 de la Ley 4/2000 que cuenta con el respaldo de la STC 24/2000, de 31 de enero , en la que se afirma que "es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son, entre otras, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público o la de no cometer delitos de cierta gravedad", como precisa la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11-9-2007 , de la que ha sido Ponente Don Miguel Ángel Pérez Yuste, procediendo por todo ello la desestimación íntegra del presente recurso.



CUARTO.- Procede hacer especial imposición de costas a la parte apelante por imperativo legal, al haberse desestimado el presente recurso de apelación en aplicación del artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente

### FALLO

Que se desestima el recurso de Apelación 62/2009, interpuesto por la representación procesal de Don Rodrigo contra la sentencia de fecha veintinueve de octubre de dos mil ocho, dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Ávila por el que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don Luis Pablo contra la resolución de 13 de febrero de 2008 por la que se acuerda la orden de expulsión del territorio nacional por un periodo de diez años por el supuesto del artículo 57.2 de la L.O. 4/2000 modificada por la L.O.8/2000 .

Sentencia cuya confirmación integra procede y todo ello con expresa imposición de las costas procesales causadas en la presente instancia a la parte apelante.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución para ejecución y cumplimiento.

Así lo acuerdan y firman los Illmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala, de todo lo cual, yo el Secretario, doy fe.