

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 1
DONOSTIA-SAN SEBASTIAN
Procedimiento Abreviado nº 7/05

SENTENCIA

En DONOSTIA-SAN SEBASTIÁN, a cuatro de julio de dos mil cinco.

Vistos por mí, D. JOSE TOMAS RODRÍGUEZ RODRIGUEZ, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Donostia- San Sebastián, los presentes autos de recurso contencioso administrativo, seguidos por procedimiento Abreviado núm. 7/05., en el que se impugna la Resolución de fecha 3 de noviembre de 2004 y en el que han sido partes, como recurrente, Doña. Gabriela Ericka Queteguari Farfán., asistida por el Letrado Sr. Almandoz y, como parte demandada, la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, asistida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 12 de Enero de 2005, se presentó por el Letrado Sr. Olano, actuando en nombre de Doña. Gabriela Ericka Queteguari Farfán, recurso contencioso administrativo contra la resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa de fecha 3 de noviembre de 2004, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado.

SEGUNDO. Mediante Providencia de fecha 12 de Enero de 2005, se admitió a trámite la demanda, acordando asimismo recabar la remisión del expediente administrativo. Verificado lo anterior y previa exhibición del expediente a las partes personadas, se señaló para la celebración de vista el día 28 de junio de 2005.

TERCERO. En el presente procedimiento se han interesado por el Letrado Sr. Almandoz, en nombre de la recurrente las siguientes medidas cautelares: 1ª De retorno al territorio nacional y 2ª De suspensión de la Resolución recurrida que acordaba la expulsión de Dña Gabriela Ericka Queteguari Farfán del territorio nacional con prohibición de entrada en el mismo, durante un periodo de 5 años; dichas medidas cautelares solicitadas han sido aceptadas y acordadas por este Juzgado mediante autos de fecha 15 de Febrero y 23 de Junio de 2005, respectivamente.

CUARTO. El día señalado se celebró la vista, practicándose toda la prueba propuesta y admitida con el resultado que obra en autos.

QUINTO. En la tramitación del presente procedimiento se

han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente procedimiento se impugna por la parte recurrente la Resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa de fecha 3 de noviembre de 2004, por la que se acuerda la expulsión de Doña Gabriela Ericka Queteguari Farfán, del territorio nacional con prohibición expresa de entrar nuevamente en el mismo por un periodo de cinco años, como consecuencia de los siguientes hechos: Doña Gabriela Queteguari Farfán, fue controlada poseyendo un pasaporte en el que figuraba estampado un sello de entrada en el espacio Schengen de fecha 02/04/2004 sin salida posterior, habiendo superado el plazo máximo de estancia y habiendo permanecido, pues, irregularmente, y careciendo de cualquier tipo de autorización o permiso que le habilite para permanecer en España, por lo que fue entregada a la Policía Nacional de Irún; siéndole a continuación notificada la incoación de procedimiento de expulsión.

Así, el recurrente ejercita pretensión anulatoria en relación con el acto administrativo recurrido, declarando asimismo el derecho del recurrente a regularizar su situación personal en territorio español.

SEGUNDO. La recurrente solicita la anulación de la Resolución recurrida y basa su pretensión en varias alegaciones, en primer lugar que el acto administrativo recurrido la ha causado indefensión por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), ya que se impidió que un órgano jurisdiccional analizase de forma cautelar y urgente, la legalidad del expediente administrativo incoado y de la sanción que se la impuso, ya que la expulsión fue inmediatamente ejecutada, con anterioridad a que su representante tuviera conocimiento de la orden de expulsión que se la impuso; En segundo lugar alega la vulneración del principio de proporcionalidad y solicita la graduación de la sanción y que sea sustituido el acto de expulsión por la sanción de multa de 301 euros, en consonancia con el artículo 55 de la Ley Orgánica 4/2000 (reformada por las leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003) y con lo dispuesto en el artículo 57 del mismo cuerpo legal, ya que este precepto dice que las conductas graves del artículo 53.a) de la Ley Orgánica 14/2003, entre otras podrán, ser sancionadas con expulsión en lugar de la sanción de multa.

La defensa de la Administración demandada se opone al recurso e interesa su desestimación. Sostiene, en síntesis, que, la sanción impuesta al recurrente se funda en el hecho de que carece de documentación alguna y se ignora cuándo,

cómo y por donde entró en España, y que por ello la resolución impugnada es conforme a derecho y, en todo caso se puede rebajar la prohibición de entrar en territorio nacional de 5 a 3 años.

TERCERO. Procede examinar, en primer lugar, y por razones de orden lógico procesal, la alegación referente a la vulneración del art.24 de la Constitución, así el derecho de defensa, el derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. Se alega, como motivo relativo a la nulidad del acto recurrido que se ha vulnerado el derecho de defensa de la recurrente, al haber sido la expulsión inmediatamente ejecutada, con anterioridad a que su representante tuviera conocimiento de la orden de expulsión.

Esta alegación, aunque de " lege ferenda", sería asumible por este Juzgador y sería recomendable que lo fuera en un futuro por el legislador, no pueden aceptarse desde el prisma de " lege data". En primer lugar hay que destacar, y así lo tiene establecido la Sala Primera del Tribunal Constitucional en STC 72/2005, de 4 de abril de 2005, " que no es el abogado el que tenía derecho a que se le notificara la resolución sino, precisamente, la interesada, a la que se le informara en ese momento " acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada (artículo 24.2 de la Ley Orgánica 4/2000). Consta en el expediente administrativo remitido a este Juzgado la resolución notificada a la Sra. Queteguari, que cumple estos requisitos. Será el interesado quien, en actuación del derecho a la asistencia letrada, pueda instar al profesional que le defienda en el ejercicio de las acciones que procedan. Pues bien examinado el expediente administrativo incorporado a los autos se constata que en el procedimiento estudiado no se vulnera la presunción de inocencia, ni el derecho de defensa, que quedaría reservada una posible causa penal; no estudiada en este procedimiento, ya que el motivo por el que se incoa el expediente de expulsión es el contemplado en el artículo 53.a de la Ley Orgánica 14/2003, donde se tipifica como infracción grave: " encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada mas de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente". Constando acreditado en autos la notificación de la incoación del expediente de expulsión, frente a la que la parte pudo interponer las correspondientes alegaciones, así como la existencia de la correspondiente propuesta de resolución y la pertinente sanción, frente a la que interpuso el recurso objeto del presente litigio, siempre referidos a la causa que origino la expulsión aquí estudiada, la contemplada en el artículo 53.a) de la Ley 14/2003, ha de concluirse que

ninguna vulneración del art. 24.2 de la Constitución se ha producido, ya que ha sido asistida por letrado desde su primera declaración, se la han notificado todas las actuaciones de la Administración, frente a las que ha presentado los pertinentes recursos, y entre ellos, el presente recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- Frente a la legalidad del acto administrativo recurrido, la parte actora en su demanda, para solicitar la anulación del mismo, dejando sin efecto la orden de expulsión, alega, como motivo de impugnación subsidiario al principal analizado en el precedente fundamento de derecho, la falta de motivación y proporcionalidad de la resolución recurrida al causarle indefensión, en cuanto desconoce los motivos que la misma ha llevado a decretar la orden de expulsión del territorio nacional en lugar de la sanción de multa, prevista de forma general para el tipo de infracción imputada, pues sustituir el régimen sancionador general de multa por el de expulsión es una mera posibilidad de carácter excepcional que requerirá para su aplicación una mínima motivación que la justifique.

Como tiene declarado, de modo uniforme y constante la jurisprudencia constitucional (por todas la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril), " no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, administrativas en general. , pues el ejercicio del " ius puniendi" en sus diversas manifestaciones esta condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba, a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción este basada en actos o medios probatorios de cargo e incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie este obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

La estancia irregular en territorio nacional, sea por no haber obtenido o por tener caducada mas de tres meses la prorroga de estancia, constituye infracción grave- articulo 53.a) de la Ley Orgánica 14/2003.

La infracción grave prevista en el articulo 53.a) ha de sancionarse con multa, pero también cabe que la Administración, en lugar de aplicar la sanción de multa, aplique otra, en concreto, la expulsión del territorio nacional, lo que precisa tramitación del correspondiente expediente administrativo de expulsión art. 57.7 de la Ley

Orgánica 14/2003.

Ahora bien, la opción por la sanción de expulsión requiere no solo la tramitación del expediente correspondiente, sino ante todo, la **motivación** en que se asienta la decisión de imponer la sanción de mas entidad, esto es **proporcionalmente más gravosa**, como sin duda es la expulsión, en lugar de la sanción de multa prevista con carácter general en el art.55 de la ley Orgánica 4/2000, reformada por las Leyes Orgánicas 8/2000 y 14/2003.

En el presente caso, ni el acuerdo de iniciación del expediente de expulsión, ni en su resolución ni en momento alguno del procedimiento administrativo se ha ofrecido explicación cualquiera que sea, sobre que faltase arraigo o sobre la situación personal y familiar, que justificase la aplicación de la sanción seleccionada por la Administración.

Al ser posible la imposición de sanción de multa o sanción de expulsión por la comisión de la infracción prevista en el artículo 53.a) de la Ley Orgánica 14/2003, la elección de la que a cada caso concreto corresponda incumbe, desde luego, al órgano administrativo competente para sancionar, pero esa elección entre sanciones alternativas se encuentra sujeta, en general, al principio de congruencia y, por lo que aquí importa, al principio de proporcionalidad, de modo que, aun sin que quepa entender que la sanción pecuniaria fuese de aplicación preferente, no hay duda que la resolución sancionadora, cuando impone la expulsión, esto es la sanción mas gravosa en atención al derecho que limita, viene ineludiblemente obligada a contener la motivación correspondiente a que en el caso concreto se ha mantenido la debida proporcionalidad.

Puede aceptarse que la Ley deje a la Administración márgenes mas o menos amplios a la discrecionalidad pero, como ya señalo la Sentencia del Tribunal Constitucional numero 207/90, " en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella", razón por la que el ejercicio de esa potestad se conecta indisolublemente a la ponderación de las circunstancias concurrentes, sin que tampoco el principio de proporcionalidad de la sanción se escape al control jurisdiccional.

La potestad sancionadora, en concreto, la individualización de la sanción, es esencialmente discrecional, pero su ejercicio se encuentra sometido al principio de proporcionalidad y, además, se requiere motivación, esto es, la fundamentación del proceso lógico que ha conducido a una concreta sanción, con lo que la motivación no actúa sino como elemento de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario.

La resolución sancionadora fundamenta la orden de

expulsión en la estancia irregular de la recurrente en territorio nacional, pero no contiene motivación alguna acerca de la opción por dicha medida en lugar de la multa, salvo una referencia genérica al artículo 57.1 en relación con 58.1 de la L.O 14/2003, irrelevante a los efectos que nos ocupan.

En aplicación de lo expuesto hasta ahora, y teniendo en cuenta el contenido de la resolución impugnada, debe llegarse a la conclusión, de la falta de motivación en la misma, pues de ella no se desprende cual haya sido la voluntad de la Administración, y la justificación para decretar la expulsión de la recurrente y seguir el procedimiento correspondiente de expulsión. Si la regla general, en los supuestos de estancia ilegal- en el caso ocurre, ante la falta de documentación legalmente exigible presentada por la actora- es la sanción de multa, no se adivinan las razones que hayan llevado a imponer la sanción de expulsión, que puede hacerlo, eso si, pues los términos del artículo 57 así lo permiten, pero ello debe ser motivado para no causar indefensión a la parte, y sobre todo para saber este órgano jurisdiccional las razones que condujeron a dicha decisión. Al no hacerlo así, procede la estimación del recurso, y la anulación de la resolución recurrida por falta de motivación de la misma, sin que frente a ello puedan prosperar los razonamientos del Sr. Abogado del Estado, pues no se esta ante un criterio de proporcionalidad, sino de total ausencia de motivación para decretar la expulsión.

QUINTO.- Con el punto de partida de todo lo anterior, aunque, al haberse estimado la pretensión principal no sea necesario entrar a enjuiciar la petición subsidiaria que hace la recurrente para el caso de no aceptarse las alegaciones que, con carácter general postula cual era la de sustitución de la expulsión por una multa de 301 euros, ha de precisarse también que si el órgano jurisdiccional considera desproporcionada la sanción ha de anularla, pero no tiene que sustituirla por otra. En efecto el alcance del principio de proporcionalidad no puede ser la sustitución de la discrecionalidad administrativa por la discrecionalidad judicial, sino que se ciñe a la corrección del exceso legal en que hubiese incurrido la Administración al aplicar la sanción, razón por la cual al Juzgador le incumbe excluir la solución desproporcionada pero no la indicación de la sanción mas adecuada posible.

Llegados a este punto y en consideración a todo lo anteriormente expuesto, cumple ya la estimación del recurso y consecuentemente procede la declaración de nulidad de la resolución impugnada..

SEXTO. A los efectos previstos en el art. 139.1 de la

Ley Jurisdiccional de 1998 no se ofrecen méritos para efectuar un pronunciamiento condenatorio sobre las costas devengadas en esta instancia.

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

FALLO

Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Doña Gabriela Ericka Queteguari Farfán. contra la resolución dictada por el Subdelegado del Gobierno en Guipúzcoa de fecha 3 de noviembre de 2004, por la que se acuerda la expulsión de la recurrente del territorio nacional con prohibición expresa de entrar nuevamente en el mismo por un periodo de cinco años y en el territorio previsto en el artículo 96 del convenio de aplicación del acuerdo Schengen, por la comisión de una infracción prevista en el art. 53 a) de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social 4/2000 de 11 de enero, reformada por leyes orgánicas 8/2000 de 22 de diciembre, 11/2003 de 29 de septiembre y 14/2003 de 20 de noviembre, **DEBO DECLARAR Y DECLARO:**

Primero.- La disconformidad a derecho de la resolución administrativa impugnada y en su consecuencia, la **ANULO.**

Segundo.- No hacer expresa imposición de las costas devengadas en el presente proceso.

Notifíquese la presente resolución haciendo saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de quince días a contar desde su notificación.

Así lo manda y firma, D. José Tomas Rodríguez Rodríguez, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Donostia- San Sebastián.