

Auto	409/2007
Fecha	de 6 de noviembre de 2007
Sala	Pleno
Magistrados	Doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps.
Núm. de registro	422-2007
Asunto	Cuestión de inconstitucionalidad 422-2007
Fallo	Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 422-2007, presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo.

AUTO

I. Antecedentes

1. El 17 de enero de 2007 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal un escrito del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo, al que se acompaña, junto al testimonio del correspondiente procedimiento, Auto de 9 de enero de 2007 de dicho Juzgado por el que se plantea cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, en cuanto dispone en relación a la infracción tipificada en el apartado a) del art. 53 (“encontrarse irregularmente en el territorio español”), que “podrá aplicarse en lugar de sanción de multa la expulsión del territorio español”.

2. Los hechos relevantes en este proceso constitucional son los siguientes:

a) Por Resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Asturias el 11 de mayo de 2006 se acordó la expulsión del territorio nacional, por un periodo de diez años, de don Alfredo Bejarano Soquere como responsable de la infracción prevista en el art. 53, letra a), de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre.

b) Con fecha 25 de mayo de 2006, el Sr. Bejarano Soquere interpuso recurso contencioso- administrativo contra la anterior Resolución, solicitando como medida cautelar la suspensión de aquélla, que le fue denegada por Auto del mismo Juzgado, de fecha 7 de junio de 2006. En el recurso se alegó que las razones expuestas por la Administración para

imponer la sanción de expulsión no eran ciertas, ni se encontraban acreditadas en el expediente las razones que justificaron la expulsión en vez de imponer la multa, sin que tampoco se motivaran las razones para la imposición de la expulsión por el tiempo máximo, que resultaba desproporcionada.

c) Mediante providencia de 15 de diciembre de 2006, el Juzgado resolvió, de acuerdo con el art. 35.2 LOTC, conceder a las partes diez días para alegar lo que estimaran oportuno sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en cuanto dispone en relación a la infracción tipificada en el apartado a) del art. 53 de la misma Ley Orgánica (“encontrarse irregularmente en el territorio español”), que “podrá aplicarse en lugar de sanción de multa la expulsión del territorio español”. La duda de inconstitucionalidad expresada por el Juez se basó en la posible vulneración del art. 25.1 CE en relación al art. 9.3 CE, en la infracción del art. 103 CE, y en la vulneración del art. 10.1 CE.

d) En escrito presentado ante el Juzgado el 28 de diciembre de 2006, el Abogado del Estado se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, en primer lugar, por no exteriorizar el Juzgado proponente el juicio de relevancia, ya que ni las partes mostraron sus dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable, ni el actor estimó que la imposición como sanción de la expulsión fuera contraria a Derecho. La decisión del litigio no depende pues de la constitucionalidad de la norma cuestionada ya que el objeto del debate procesal se centró en las interpretaciones contrapuestas de la norma: para el recurrente procede la multa y para la Administración procede la expulsión.

En segundo lugar, el Abogado del Estado se opuso al planteamiento de la cuestión por entender que el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 no vulnera el mandato de taxatividad que incorpora el art. 25.1 CE, pues examinando la enumeración de infracciones y sanciones contempladas en la Ley cuestionada cualquier destinatario de la norma puede conocer con suficiente certeza que, cometida la conducta subsumible en el ilícito administrativo previsto en el art. 53.1 a) de dicha Ley, puede serle impuesta la sanción de expulsión. Asimismo, considera que el principio de eficacia de la Administración enunciado en el art. 103 CE nunca puede constituir parámetro de constitucionalidad del precepto cuestionado. Finalmente, no aprecia contradicción entre ese precepto y el art. 10.1 CE, pues la atribución a la Administración de la potestad para expulsar al extranjero no lesiona la dignidad del mismo.

Por su parte, en escrito registrado en el Juzgado el día 3 de enero de 2007, la representación de don Alfredo Bejarano Soquere estimó pertinente el planteamiento de la

cuestión ya que el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 podría conculcar el art. 25 CE al no incorporar un criterio para determinar si se impone la sanción de multa o la de expulsión.

Finalmente, el Ministerio Fiscal, en su informe presentado al Juzgado el 8 de enero de 2007, considera que no procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

3. Mediante Auto de 9 de enero de 2007, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, en cuanto dispone en relación a la infracción tipificada en el apartado a) del art. 53 (“encontrarse irregularmente en el territorio español”), que “podrá aplicarse en lugar de sanción de multa la expulsión del territorio español”, por posible infracción del art. 25.1 en relación con el 9.3, y de los arts. 103 y 10.1, todos ellos de la Constitución.

En su Auto, el Juez considera procedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad por cuanto la decisión que debe adoptar en el proceso contencioso-administrativo depende de la validez de la disposición legal cuestionada. La estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo debe basarse en la aplicación del citado art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, que en caso de no considerarse inconstitucional daría lugar a un fallo desestimatorio, y en caso de considerarse inconstitucional estimatorio, de la pretensión del recurrente.

Dos son las dudas suscitadas por el órgano judicial. En primer lugar, si el precepto impugnado vulnera o no el principio de legalidad en materia sancionadora enunciado en el art. 25.1 CE, particularmente del régimen de *lex certa* o “taxatividad” en cuanto a la indeterminación de las pautas o criterios para imponer una u otra sanción administrativa, lo que comportaría también infracción del art. 9.3 CE. El art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000 efectuaría un apoderamiento a la Administración para optar por el tipo de sanción (multa o expulsión), de forma genérica, sin pauta ni límite, ya que los criterios fijados en el art. 55.3 de la misma Ley no contienen una pauta para la imposición de una u otra sanción, sino únicamente criterios en relación con la sanción pecuniaria, y así lo demostraría la praxis jurisprudencial. El mismo Tribunal Supremo habría acudido a conceptos jurídicos indeterminados (como el de “conducta negativa”) para completar la laguna del legislador, y la justicia contencioso-administrativa habría mostrado un criterio errático al aplicar el precepto discutido. En definitiva, la Ley deja a la discrecionalidad administrativa y al arbitrio judicial la imposición de una u otra sanción, sin que fije unas mínimas pautas o circunstancias que

obliguen a justificar la sanción que se impone. El precepto sería inconstitucional por omisión en la determinación típica de la sanción.

En segundo lugar, el precepto cuestionado podría infringir el principio de eficacia de la Administración (art. 103 CE), y ello en relación con la conculcación por el legislador del principio de proporcionalidad, ya que no puede reputarse eficaz una sanción que no guarda proporción o correspondencia con el hecho infractor. Según se expone en el Auto de planteamiento, la expulsión sería proporcionada a la comisión de la infracción contemplada en el art. 53, a) de la Ley, pero no la multa, que “monetariza” la entrada ilegal, y deja de cumplir un papel disuasorio de la conducta que se trata de reprimir, con lo que deviene ineficaz.

4. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría del Pleno de este Tribunal, de 22 de enero de 2007, se acordó acusar recibo del testimonio de actuaciones remitidas y comunicar al Ministerio Fiscal y al órgano judicial el número que le ha correspondido a la cuestión de inconstitucionalidad planteada.

5. Mediante providencia de 24 de julio de 2007, la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, a los efectos que determina el art. 37.1 LOTC, oír al Fiscal General del Estado para que en el plazo de diez días alegara lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión, por si fuere notoriamente infundada.

6. El Fiscal General del Estado formuló sus alegaciones por escrito registrado en este Tribunal el 21 de septiembre de 2007, interesando la inadmisión de la cuestión por entender que es notoriamente infundada. A su juicio, el precepto cuestionado cumple con las exigencias de la garantía material que el art. 25.1 CE impone a la potestad sancionadora de la Administración, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional, puesto que satisface suficientemente el requisito de la predeterminación normativa en cuanto a la sanción de expulsión que en dicho precepto se contempla. La regulación establecida en el Título III de la Ley Orgánica 4/2000 contiene criterios normativos suficientes para hacer predecibles los casos de imposición de la sanción de expulsión, que pueden extraerse del art. 55.3 y de los que posibilita el art. 50 mediante su remisión a la Ley 30/1992, en concreto a su art. 131. Tampoco vulnerarían la garantía del art. 25.1 CE las “sanciones facultativas”, que de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal no pueden considerarse inconstitucionales.

Por otra parte, el precepto cuestionado no consagraría la discrecionalidad de la Administración en la elección de la sanción, ya que, integrado con lo dispuesto en los arts.

57.5 y 6, 55.3 y 50 de la Ley Orgánica 4/2000, cumpliría con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que derivan de los principios de legalidad y seguridad consagrados en los arts. 25.1 y 9.3 CE, y en absoluto permitiría la arbitrariedad.

Finalmente, el Fiscal General del Estado rechaza la posibilidad de que el precepto cuestionado infrinja el principio de eficacia de la Administración (art. 103 CE), que es un principio de aplicación a la actuación de la actividad administrativa, el cual no debe relacionarse con la posible inconstitucionalidad de un precepto legal.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo cuestiona en este procedimiento la constitucionalidad del art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, en cuanto dispone en relación a la infracción tipificada en el apartado a) del art. 53 (“encontrarse irregularmente en el territorio español”), que “podrá aplicarse en lugar de sanción de multa la expulsión del territorio español”.

El órgano judicial fundamenta la posible inconstitucionalidad del precepto legal en su contradicción con el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), concretamente en su exigencia de lex certa o “taxatividad” al dejar indeterminadas las pautas o criterios para imponer una u otra sanción administrativa (multa o expulsión), lo que comportaría también infracción del art. 9.3 CE. El precepto cuestionado apoderaría a la Administración para optar por cualquiera de las dos sanciones, de forma genérica, sin pauta ni límite, ya que los criterios fijados en el art. 55.3 de la misma Ley no contienen una pauta para la imposición de una u otra sanción, sino únicamente criterios en relación con la sanción pecuniaria, y así lo demostraría la praxis jurisprudencial. Por otra parte, el órgano promotor de la cuestión afirma que el precepto cuestionado podría infringir el principio de eficacia de la Administración (art. 103 CE), en relación con la conculcación por el legislador del principio de proporcionalidad, ya que no puede reputarse eficaz una sanción que no guarda proporción o correspondencia con el hecho infractor. La expulsión sería proporcionada a la comisión de la infracción contemplada en el art. 53 a) de la Ley, pero no la multa, que “monetariza” la entrada ilegal, y deja de cumplir un papel disuasorio de la conducta que se trata de reprimir, con lo que deviene ineficaz.

2. Conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC, este Tribunal puede rechazar en trámite de admisión y mediante Auto aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que fueren notoriamente infundadas. Este último concepto de cuestión “notoriamente infundada” encierra un cierto grado de indefinición que se traduce procesalmente en otorgar al Tribunal un margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad. A este respecto, desde sus primeras decisiones, el Tribunal ha mantenido una línea interpretativa muy flexible cuya finalidad fundamental ha sido, además de contribuir a la consolidación de la institución procesal, fomentar la colaboración entre órganos judiciales y jurisdicción constitucional de cara a cumplir el mandato de asegurar la supremacía de la Constitución mediante la depuración del ordenamiento jurídico a través de la expulsión de éste de las normas con fuerza de ley contrarias a la Norma fundamental (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1).

Sin embargo, existen supuestos en los que “un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables como la paralización de múltiples procesos en los que resulte aplicable la norma cuestionada (AATC 389/1990, de 29 de octubre, FJ 1; 134/1995, de 9 de mayo, FJ 2; 380/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 229/1999, de 28 de septiembre, FJ 2; 119/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 311/2000, de 19 de diciembre, FJ 3; 46/2001, de 27 de febrero, FJ 2, y 47/2001, de 27 de febrero, FJ 3; 165/2001, de 19 de junio, FJ 2; 257/2007, de 23 de mayo, FJ 2). El presente caso, como se argumentará a continuación, es uno de esos supuestos en que es posible concluir que las dudas de inconstitucionalidad están manifiestamente infundadas, en el sentido expresado.

3. Entiende el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo que el art. 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, conculca el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE) por cuanto incumple el mandato de lex certa o de “taxatividad” de las normas sancionadoras. Y ello porque dicho precepto establece que, cuando un extranjero realice una conducta prevista en el apartado a) del art. 53 de la misma Ley (“encontrarse irregularmente en el territorio español”), la Administración puede optar entre la sanción de multa o la expulsión del territorio español, sin establecer

ninguna pauta o criterio para saber cuando procede imponer una u otra sanción administrativa, lo cual comporta falta de previsibilidad de las consecuencias sancionadoras de la entrada ilegal del extranjero. Esa indeterminación de las pautas o criterios para imponer una u otra sanción administrativa comportaría también la infracción del art. 9.3 CE.

El examen de la duda de constitucionalidad permite avanzar en esta fase su inviabilidad. En efecto, este Tribunal ha reiterado en numerosas ocasiones que el art. 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una garantía de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes (desde la STC 42/1987, FJ 2). Dicha predeterminación normativa supone la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) las conductas infractoras y conocer de antemano a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción de que pueda hacerse merecedor el infractor (SSTC 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 4; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7; y 133/1999, de 15 de julio, FJ 2). A esa exigencia de predeterminación normativa de conductas y sanciones el Tribunal le ha denominado mandato de taxatividad, entendida como la inadmisibilidad de formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (STC 34/1996, FJ 5).

El órgano judicial que plantea la cuestión invoca la STC 116/1993, en la cual el Tribunal declaró que un determinado precepto, relativo precisamente a la expulsión de extranjeros, incumplía las exigencias materiales del art. 25.1 CE. Pero debe advertirse que en aquella resolución se enjuició un Decreto de 1974 en el que se definían las conductas determinantes de la expulsión a través de conceptos “que por su amplitud y vaguedad dejaban en la más absoluta indefinición los tipos punibles merecedores de tal medida”, según declaró el Tribunal. El precepto ahora cuestionado, por el contrario, no define conductas, sino que establece sanciones para las conductas tipificadas en el art. 53 de la Ley, entre ellas la de encontrarse irregularmente en el territorio español [apartado a)], disponiendo que cuando aquéllas se realicen “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo”. El órgano judicial entiende que el precepto es contrario al art. 25.1 CE al no contener criterios ni pautas

para imponer una u otra sanción administrativa, apoderando sin límites a la Administración para optar por una de las dos, lo que conduce a una falta de previsibilidad de las consecuencias sancionadoras de la entrada ilegal del extranjero

Frente a este argumento, el Tribunal ha declarado en la STC 113/2002, citada en el Auto de planteamiento, que: “la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta. Así lo ha reconocido este Tribunal al decir en su STC 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3, que el establecimiento de dicha correspondencia ‘puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa’; lo que en modo alguno puede ocurrir es que quede ‘encomendada por entero a ella’, ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio, lo cual, como hemos dicho anteriormente (con cita de la STC 42/1987), contraviene frontalmente las exigencias constitucionales.” (FJ 6)

Pues bien, la norma cuestionada no contiene esa habilitación en blanco a la Administración, tal como sostiene el órgano promotor de la presente cuestión. En primer lugar, el art. 57, apartados 5 y 6 de la Ley Orgánica 4/2000 acota negativamente el ámbito de aplicación de la sanción de expulsión. En segundo lugar, el art. 55, apartado 3 establece criterios para la aplicación de dicha sanción al regular la graduación de las sanciones establecidas en la Ley. Finalmente, el art. 50 remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992 en concreción del principio de proporcionalidad y los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20, apartado 2 de la misma Ley Orgánica 4/2000.

En la misma STC 113/2002, el Tribunal declaró que el hecho de que la sanción pueda imponerse con carácter potestativo, como así lo hace el precepto ahora cuestionado (“podrá aplicarse...”), sin fijar unos criterios específicos que sirvan como orientación para decidir sobre su imposición y graduación, no supone la consagración legal de una inadmisibles discrecionalidad a favor de la Administración sancionadora (FJ 7). **Al igual que en aquella resolución, también aquí se puede afirmar, en un examen preliminar, que el precepto cuestionado cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los arts. 25.1 y 9.3 CE, pues 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 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. Tal como afirma el Fiscal General del Estado en sus alegaciones, la Ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión y permiten el control jurisdiccional de sus decisiones.

Por otra parte, la duda de inconstitucionalidad basada en la posible contradicción del precepto cuestionado con el principio de eficacia de la Administración debe considerarse notoriamente infundada por cuanto que, en el caso concreto, la norma no incide en la eficacia de la actividad administrativa a la que se refiere el art. 103.1 CE.

Por lo expuesto, el Pleno del Tribunal

ACUERDA

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 422-2007, presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo.

Publíquese este Auto en el “Boletín Oficial del Estado”.

Madrid, a seis de noviembre de dos mil siete.