|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 457/2007 |
| Fecha | de 12 de diciembre 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 | 7425-2007 |
| Asunto | Cuestión de inconstitucionalidad 7425-2007 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente cuestión de inconstitucionalidad. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. El 21 de septiembre 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 10 de septiembre 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 3 de julio de 2006 se acordó la expulsión del territorio nacional, por un periodo de tres años, de doña Adriana Sousa Dos Santos como responsable de la infracción prevista en el art. 53 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) La Sra. Sousa Dos Santos interpuso recurso contencioso-administrativo contra la anterior Resolución, que fue admitido por providencia de 28 de noviembre de 2006. En la demanda se alegó, entre otros argumentos, que en el expediente administrativo no quedó acreditado el motivo por el cual la Administración optó por la expulsión, más gravosa, y no por la sanción de multa, invocando expresamente la aplicación del principio de proporcionalidad para sustituir la expulsión por multa.

c) Mediante providencia de10 de julio de 2007, 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 su escrito presentado el 18 de julio de 2007, la representación procesal de la Sra. Sousa Dos Santos consideró que no era preciso formular la cuestión de inconstitucionalidad.

Por su parte, en su escrito presentado ante el Juzgado el 19 de julio de 2007, 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 la recurrente procede la multa y para la Administración procede la expulsión. En segundo lugar, el Abogado del Estado se opone 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, la sanción que le puede ser impuesta puede ser la 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.

Finalmente, el Ministerio Fiscal, en su informe presentado al Juzgado el 20 de julio de 2007, considera que no procede el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

3. Mediante Auto de 10 de septiembre 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 25 de septiembre 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 9 de octubre de 2007, la Sección Segunda 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 24 de septiembre de 2007, en el que da por reproducidas las efectuadas con ocasión de su informe sobre las cuestiones de inconstitucionalidad 422-2007, 731-2007 y 3676-2007, suscitadas por el mismo Juzgado, interesando su inadmisión por entender que es notoriamente infundada, como acordó el Pleno del Tribunal en la primera de ellas.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Único. El Juez 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. 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.

Las dudas de constitucionalidad planteadas por el órgano judicial han sido resueltas en el ATC 409/2007, de 6 de noviembre, dictado como consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 422-2007, planteada por el propio Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo respecto del mismo precepto, en el que este Tribunal ha considerado que la citada cuestión se encontraba notoriamente infundada. Por tanto debe considerarse también la presente cuestión de inconstitucionalidad como notoriamente infundada, por las razones expuestas en el citado ATC de 6 de noviembre, a cuyos fundamentos jurídicos nos remitimos íntegramente.

Resumidamente, como se destaca en dicho Auto, la norma cuestionada no vulnera el art. 25.1 CE, porque no contiene una habilitación en blanco a la Administración que le permita optar sin límites por una determinada sanción administrativa, 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. 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 presente cuestión de inconstitucionalidad.

Madrid, a doce de diciembre de dos mil siete.