

PERMANENCIA ILEGAL EN ESPAÑA LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN

Tribunal Superior de Justicia (Palma de Mayorca). Sala de lo Contencioso

STSJ BAL 747/2017 de fecha 02/10/2017.

Recurso No. 167/2017

En materia de permanencia ilegal en territorio español, se entiende que la sanción principal es la multa, mientras que la expulsión se considera subsidiaria, por lo que, tratándose de supuestos de permanencia ilegal, pura y simple, en principio, deberá sancionarse con multa y no con la expulsión, salvo que existan otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, que sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, para lo cual la Administración deberá motivarlo en forma expresa y suficientemente conforme al principio de proporcionalidad.

“SEGUNDO . Resulta admitido que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (en su redacción tras la Ley Orgánica 8/2000), prevé que ante las infracciones que se detallan en su art. 57.1 ° "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo" , la duda radica en si este "podrá" implica el ejercicio de un derecho de opción o elección favor de la Administración, carente de cualquier control jurisdiccional. En este punto, no cabe duda de que la idoneidad de la elección es verificable a través de las técnicas de control jurisdiccional, máxime cuando nos encontramos con una decisión dictada en el seno de un procedimiento administrativo sancionador en el cual, la elección afecta a la gravedad de la sanción. Cuando la norma contempla dos sanciones posibles y una es más gravosa que otra -como ocurre en el caso en el que la sanción de expulsión lo es con respecto a la sanción económica-, la Administración debe realizar un juicio de proporcionalidad o de individualización de la sanción en atención a las circunstancias del infractor -criterio de prevención especial- y de la infracción misma -criterio de prevención general-. En definitiva, a la resolución sancionadora le es de plena aplicación lo previsto en el art. 131 de la Ley 30/1992 en cuanto que recoge el principio de proporcionalidad en materia sancionadora en el sentido de que la sanción aplicada deberá guardar la debida adecuación con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. El art. 20.2° de la Ley 4/2000 prevé que los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, por lo que la aplicación del art. 131 de la Ley 30/1992 , es incuestionable. En este sentido la STS de 30.06.2006 (seguida por otras muchas en el mismo sentido), indica que: "En la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, la expulsión del territorio nacional no era considerada una sanción, y así se deduce de una interpretación conjunta de sus artículos 26 y 27 , al establecerse como sanción para las infracciones de lo dispuesto en la Ley la de multa y prescribirse que las infracciones que den lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanciones pecuniarias. Quedaba, pues, claro en aquella normativa que los supuestos en que se aplicaba la multa no podían ser castigados con expulsión. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (artículos 49 -a), 51-1-b) y 53-1) , en regulación mantenida por la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (artículos 53 - a), 55-1-b) y 57-1), cambia esa concepción de la expulsión, y prescribe que en el caso de infracciones muy graves y graves de las letras a) , b), c), d) y f) del artículo 53 "podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español", e introduce unas previsiones a cuyo tenor "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas (sic) se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, y, en su

caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia". De esta doctrina se deduce: 1º.- Que el encontrarse ilegalmente en España (una vez transcurridos los noventa días previstos en el artículo 30-1 y 2 de la Ley 4/2000, reformada por la Ley 8/2000 ya que durante los primeros noventa días no procede la expulsión sino la devolución), repetimos ese encontrarse ilegalmente en España, según el artículo 53-a), puede ser sancionado o con multa o con expulsión. No sólo se deduce esto del artículo 53-a) sino también del artículo 63-2 y 3, que expresamente admite que la expulsión puede no ser oportuna (artículo 63-2) o puede no proceder (artículo 63-3), y ello tratándose, como se trata, del caso del artículo 53-a), es decir, de la permanencia ilegal. Por su parte, el Reglamento 864/2001, de 20 de julio, expresamente habla de la elección entre multa o expulsión, pues prescribe en su artículo 115 que "podrá acordarse la expulsión del territorio nacional, salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa", (Dejemos de lado ahora el posible exceso del Reglamento, que, en este precepto y en contra de lo dispuesto en la Ley, parece imponer como regla general la expulsión y como excepción la multa). Lo que importa ahora es retener que, en los casos de permanencia ilegal, la Administración, según los casos, puede imponer o bien la sanción de multa o bien la sanción de expulsión. 2º.- 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". 3º.- 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. 4º.- Sin embargo, resultaría en exceso formalista despreciar esa motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo. En efecto: A) 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. B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

(...) Y por último, conviene hacer referencia a que la doctrina jurisprudencial expuesta en relación con la sanción de multa como principal y la sanción de expulsión como subsidiaria y condicionada a la presencia de "otros datos negativos", debe ser revisada a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada el 23 de abril de 2015 (Asunto C-38/14, "Zaizoune", en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), en virtud de la cual en el supuesto de estancia ilegal las legislaciones nacionales deben contemplar las medidas de transporte físico del extranjero en cuestión fuera del territorio del Estado, salvo en los supuestos excepcionales previstos en la Directiva 2008/115, en los que deba priorizarse el derecho a la familia, de la infancia o de la salud del interesado".

Acceda a la sentencia completa a través del siguiente link:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=8170191&links=reagrupacion%20familiar&optimize=20171019&publicinterface=true>