



DIARIO DEL DERECHO

Aplicación retroactiva del nuevo plazo de prohibición de entrada en España como consecuencia de la expulsión de extranjeros (RI §1042728)

[10/06/2010](#) - [Notas de Jurisprudencia](#) - [AN, TSJ, AAPP](#)

El TSJ de Castilla La Mancha, entra a valorar los efectos de la entrada en vigor de la LO 2/2009, que modificó la LO 4/2000, de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en cuanto al plazo máximo de prohibición de entrada en España que lleva aparejada la expulsión del territorio nacional, prohibición que se reduce de diez a cinco años. En el caso examinado, se discute la conformidad o no a derecho de la resolución por la que se decreta la expulsión del territorio nacional al recurrente y se le prohíbe la entrada en España por un periodo de cinco años, habiendo sido dictada ésta antes de la entrada en vigor de la LO 2/2009. El TSJ considera que aunque la contemplación del nuevo marco normativo no fue objeto de valoración por las partes en sus respectivos escritos, sin embargo, han de valorarse las circunstancias concurrentes, sin que pueda prescindirse de la fuerza expansiva del principio de retroactividad de la norma más favorable en sede de Derecho sancionador -avalada por la doctrina del TS-, ello, tanto por exigencias del principio de tutela judicial efectiva, como del propio valor "Justicia", que se erige en valor superior del Ordenamiento Jurídico. En consecuencia, la Sala, teniendo en cuenta que, según el nuevo marco normativo la sanción de prohibición de entrada puede ir desde un día a cinco años, y no constando circunstancias negativas en el caso del interesado, considera adecuado establecer dicha prohibición en un año.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sentencia 10057/2010, de 12 de febrero de 2010

RECURSO Núm: 144/2008

Ponente Excmo. Sr. MIGUEL ANGEL NARVAEZ BERMEJO

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 10057/2010

Recurso Apelación núm. 144 de 2008

Toledo

S E N T E N C I A N.º 57

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2.ª.

Illmos. Sres.:

Presidente acctal.:

D. Jaime Lozano Ibáñez

Magistrados:

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narváez Bermejo

En Albacete, a doce de febrero de dos mil diez.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número 144/08 del recurso de Apelación seguido a instancia de la SUBDELEGACIÓN DEL GOBIERNO EN TOLEDO, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado contra D. Ceferino, dirigido por el Letrado D. Javier Toledo Martín, sobre EXPULSIÓN; siendo Ponente el Illmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narváez Bermejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Toledo, de fecha 26-12-07, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo número 141/07. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: "Que debía estimar y estimaba el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Ceferino contra la resolución administrativa dictada por el Subdelegado del Gobierno en Toledo, de 11 de enero de 2007 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 9 de octubre de 2006 por la que decreta la expulsión del recurrente del territorio español y se le prohíbe la entrada en España y en los países que se citan por un periodo de cinco años. Y debo anular parcialmente la resolución recurrida, anulando la sanción de expulsión del territorio español sustituyéndola por la de multa de 301 euros, todo ello sin hacer pronunciamiento condenatorio alguno en materia de costas."

SEGUNDO.- El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 18 de enero de 2010 a las 11,30 horas; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación contra la sentencia de fecha 26-12-2007 dictada por el Juzgado de lo contencioso administrativo n.º 2 de Toledo que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por D. Ceferino contra la resolución de fecha 11-1-2007 dictada por el Subdelegado del Gobierno en Toledo por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de fecha 9-10-2006 por la que decreta la expulsión del recurrente del territorio español y se le prohíbe la entrada en España y en los países que se citan por un periodo de cinco años, anulando dicha resolución en cuanto a la expulsión del territorio nacional sustituyéndola por la de multa de 301 euros

El Abogado del Estado recurre dicha resolución considerando que en el expediente administrativo existen elementos negativos que pueden justificar la expulsión como son una detención anterior de fecha 21-8-06 por un delito de propiedad intelectual. Otro factor negativo lo constituye una anterior denegación de

permiso de trabajo y residencia de fecha 12-7-04; el último se refiere a la falta de constancia en el pasaporte del lugar por donde se produjo la entrada en el territorio nacional.

SEGUNDO.- Con carácter general debemos señalar que en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio (RCL 1985\1591), 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 (RCL 2000\2963 y RCL 2001, 488) [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 regulación se deduce:

1.º.- 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 (RCL 2001\1808, 2468), 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.

2.º.- 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",

3.º.- 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.

4.º.- 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.

TERCERO.- En el presente caso no hay en el expediente administrativo ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal de la apelada en territorio español, quien no se hallaba indocumentada (consta en el expediente copia de su pasaporte y su cédula de identidad de su país de origen). No se pueden considerar como elementos negativos una simple detención sin consecuencias condenatorias de tipo penal ni el dato de una denegación de una solicitud anterior de permiso de trabajo y residencia que no añade nada a su situación de estancia irregular. En este sentido en las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 (dos), 22 de febrero de 2007, 9 de febrero de 2007, 31 de enero de 2007, 25 de enero de 2007 o 29 de septiembre de 2006 se declara, expresa y reiteradamente, que la mera imputación de delito no es razón en la que fundar la medida de expulsión del extranjero que permanece ilegalmente en España, enmendando expresamente el Tribunal Supremo anteriores sentencias en las que otra cosa declaró (véase esta enmienda expresa, entre otras, en la sentencia de 29 de septiembre de 2006). Así, dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de febrero de 2007, lo siguiente:

"la sanción principal o preferente para infracciones como la concretamente imputada al actor es la de multa y no la de expulsión (según hemos dicho en numerosas sentencias de innecesaria cita por su reiteración), por lo que la opción por la expulsión debe sustentarse en algún dato añadido y acreditado en el expediente por encima de la mera permanencia irregular. Y en este caso, la primera propuesta de resolución sólo hacía constar, además del mero dato inicial de la permanencia irregular en territorio nacional, una reciente detención por un presunto delito de hurto, pero hemos declarado en diversas sentencias (como, v. gr., la de 29 de septiembre de 2006, RC 5450/2003) que si la Administración sancionadora quiere fundar en esas actuaciones policiales la opción por la sanción de expulsión en vez de por la de multa, ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, y eso porque de otro modo no es posible saber cuál fue el resultado final de esas diligencias, pudiendo ocurrir que éste haya resultado inocuo, bien porque los antecedentes policiales no han desembocado en actuaciones judiciales, bien porque estas han terminado sin ninguna condena, con la consecuencia, en cualquiera de los dos casos, de no poder ser tenidas en cuenta como justificación de la elección de la expulsión, al tratarse de actuaciones administrativas o judiciales que, en sí mismas consideradas y por sí solas, resultan jurídicamente irrelevantes en contra del interesado".

En el caso de autos, no consta el resultado final de las diligencias que se incoasen, de modo que procede anular la medida de expulsión.

En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico.

De suerte que la resolución apelada debe considerarse ajustada a derecho cuando estimó el recurso Contencioso-Administrativo y anuló la expulsión impuesta.

Y debe tenerse presente que la Administración no sancionó a la demandante por entrada ilegal (cosa que, por cierto, no constituye infracción, sino sólo motivo de devolución) ni tampoco por no contar con documento que justificara su identidad, sino exclusivamente por permanencia ilegal en el territorio nacional [artículo 53-a) de la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000\72, 209)]. Por otra parte, el Abogado del Estado señala en su escrito de apelación que en la resolución administrativa se dice que en el pasaporte del interesado no consta sello de entrada en España, y que el desconocimiento de ese dato es razón suficiente, según la doctrina del Tribunal Supremo, para la expulsión. Ahora bien, a juicio de la Sala, el examen de las sentencias del Tribunal Supremo pone de manifiesto que en ellas no se considera suficiente este dato de la ausencia de entrada por puesto habilitado para la expulsión, sino que las mismas se fundan, principalmente, en el dato de la indocumentación total del extranjero, en el sentido de carencia de cualquier documento que acredite la identidad y filiación, aunque desde luego además se mencione la entrada clandestina, consecuencia obligada de la ausencia de documentación identificativa. Son estos casos de indocumentación total y falta de acreditación de la identidad y filiación los que primero destacó el Tribunal Supremo para considerar proporcionada la medida de expulsión. añadiendo posteriormente otros. tales como las

diligencias penales, luego transformadas en condena firme, y otros; pero no nos consta que la mera ausencia del sello de entrada en el pasaporte que sí se posea (que es el caso que se da en el supuesto de autos) haya sido considerado motivo suficiente de expulsión, y desde luego posee poca relación de proporción con el caso de la indocumentación total y absoluta que el Tribunal Supremo contemplaba en las sentencias citadas. En cualquier caso, es lo cierto que la estancia ilegal en España puede producirse de dos formas: o bien por la entrada legal seguida de la ausencia de obtención de los permisos necesarios una vez transcurrido el período inicial, o bien por la entrada ilegal; que el segundo caso posea un plus de antijuridicidad que sea suficiente para motivar la expulsión no es cosa evidente a nuestro juicio -el carácter ilegal de la estancia es el mismo en ambos casos-, y desde luego los casos que el Tribunal Supremo viene considerando como suficientes poseen una entidad superior a la del supuesto en cuestión.

CUARTO.- En cuanto a la sanción de prohibición de regreso a España de 5 años impuesta en la resolución administrativa debe tenerse en cuenta que la recién publicada, y ya en vigor, Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha modificado la Ley Orgánica 4/2000, de 11 enero, de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y ha establecido en este punto la siguiente regulación:

"1. La expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años.

2. Excepcionalmente, cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años".

Esta nueva regulación debe ser aplicada incluso ahora en fase de apelación, como deriva de la doctrina del Tribunal Supremo; por ejemplo en su sentencia de 13 de febrero de 2008, señala lo siguiente:

"Ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha dicho con reiteración que el principio de retroactividad de las normas administrativas sancionadoras obliga a aplicar retroactivamente dichas normas en todo aquello que pudiera ser más beneficioso para el presunto infractor, y tal aplicación debe llevarse a cabo en cualquier instancia administrativa o judicial donde se encuentre pendiente de enjuiciamiento o ejecución una resolución sancionadora (STS de 31 de enero de 2007, RC 8873/2003, por citar una de las últimas). Por eso, el dato relevante a los efectos que ahora nos interesan no es si la sanción impuesta por la Administración en su día lo fue o no de forma correcta atendidos los hechos concurrentes y el marco normativo entonces vigente, o si el Tribunal de instancia acertó o no al desestimar el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora, atendido ese mismo marco normativo. El dato relevante aquí y ahora, decimos, es que por obra de la evolución sobrevenida del Ordenamiento Jurídico, la específica conducta por la que el actor fue en su día castigado ha dejado de estar tipificada como infracción administrativa para él y para los ciudadanos de su misma nacionalidad, por lo que carece de sentido mantener una sanción referida a una conducta que ha dejado de merecer un juicio de desvalor para el legislador.

(...)

No se opone a esta conclusión que hemos alcanzado el llamado "carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa". Resulta útil transcribir, en este punto, unas atinadas consideraciones de la STS, 3.^a, de 18 de marzo de 2003 (RCUD 5721/1998): "No podemos compartir el criterio de la sentencia recurrida en el sentido de que el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa impida la aplicación por el Tribunal de una norma sancionadora más favorable aparecida con posterioridad al momento en que se dicta el acto administrativo sancionador. En el ámbito penal, el artículo 2.2 del Código Penal ordena que dicha garantía prevalezca incluso sobre la firmeza de la sentencia condenatoria: "tendrán efecto retroactivo aquellas Leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo la condena". Las limitaciones en la fiscalización de los actos administrativos inherentes al principio de jurisdicción revisora, que tiene su razón de ser en la prerrogativa de autotutela decisoria y ejecutiva de las Administraciones públicas, tienen, como aquélla, carácter instrumental y no pueden prevalecer frente a una garantía de orden sustantivo del ejercicio de la potestad sancionadora, cuyo ejercicio en manos de la Administración añade un plus a las prerrogativas expresadas".

En términos similares debe citarse la STC 99/2000, de 10 de abril.

Somos, por lo demás, plenamente conscientes de que los razonamientos que hemos expresado en los párrafos anteriores responden a la contemplación de un marco normativo que no fue objeto de valoración por las partes en sus respectivos escritos de interposición del recurso de casación y de oposición al mismo, por la sencilla razón de que ambos escritos fueron redactados antes del día 1 de enero de 2007, en que aquel entró en vigor. Con todo, entendemos que, valorando casuísticamente las circunstancias concurrentes, no podemos prescindir del mismo en esta nuestra sentencia, por tratarse, como adelantamos, de hechos notorios de especial relevancia, por la fuerza expansiva del principio de retroactividad de la norma más favorable en sede del Derecho sancionador (penal y administrativo), y por exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y del propio valor "Justicia", que se erige como valor superior del Ordenamiento Jurídico "ex" art. 1 CE".

Sobre la base de lo anterior, teniendo en cuenta que según el art. 55.3 establece que "para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas 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"; y que el art. 66.6 del Código Penal dispone que en ausencia de circunstancias atenuantes o agravantes se aplicará la pena en la extensión adecuada, en atención a las circunstancias personales y mayor o menor gravedad del hecho; teniendo en cuenta que la sanción puede ir desde un día a cinco años, y no constando especiales circunstancias negativas en el caso del interesado, se considera adecuado establecerla en un año.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso las costas de esta alzada se le imponen a la parte apelante según el art. 139 de la LJCA.

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

FALLAMOS

- 1.º Desestimamos el recurso de apelación interpuesta.
- 2.º Confirmamos la sentencia apelada, salvo en cuanto a la prohibición de entrada en el territorio nacional que quedará reducida a un año.
- 3.º Imponemos las costas de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narváez Bermejo, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a doce de febrero de dos mil diez.