

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**13578** *Sala Segunda. Sentencia 169/2012, de 1 de octubre de 2012. Recurso de amparo 6022-2011. Promovido por don Fredy Oswaldo Calle Quintero frente a la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid acordando su expulsión del territorio nacional en expediente sancionador, confirmada por Sentencias de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Vulneración del derecho a la defensa: resolución administrativa que sustituye la sanción de multa por la expulsión del territorio nacional fundándose en datos incorporados a la propuesta de resolución, de la que no se dio traslado al interesado (STC 145/2011).*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Ramón Rodríguez Arribas, Presidente, don Pablo Pérez Tremps, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y doña Encarnación Roca Trías, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6022-2011, promovido por don Fredy Oswaldo Calle Quintero, representado por el Procurador de los Tribunales don Ramiro Reynolds Martínez y bajo la dirección del Letrado don César Pinto Cañón, contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 313-2011, de 8 de septiembre, por la que se desestima el recurso de apelación núm. 274-2011 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid, de 19 de noviembre de 2010, dictada en el procedimiento abreviado núm. 1143-2008, por la que se desestima el recurso interpuesto contra la resolución de la Delegada del Gobierno en Madrid de 4 de junio de 2008, dictada en el expediente sancionador núm. 501880 sobre expulsión del territorio nacional. Ha comparecido el Abogado del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 7 de noviembre de 2011, el Procurador de los Tribunales don Ramiro Reynolds Martínez, en nombre y representación de don Fredy Oswaldo Calle Quintero, y bajo la dirección del Letrado don César Pinto Cañón, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El demandante de amparo fue detenido por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía como consecuencia de los servicios de vigilancia y control llevados a cabo en la estación del servicio metropolitano de Cuatro Caminos, en Madrid, el 8 de abril de 2008 por una posible infracción del art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 21 de junio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx) por carecer de documentación que acredite su estancia regular en España. Ese

mismo día se notifica al demandante de amparo el acuerdo de inicio de expediente de expulsión por el procedimiento preferente, tramitado con el núm. 501880, en el que sólo se hacen constar como hechos relevantes la circunstancia de la detención por carecer de documentación y la posible comisión de la infracción prevista en el art. 53 a) LOEx.

b) El demandante formuló alegaciones el 8 de abril de 2008 poniendo de manifiesto tanto la circunstancia de la existencia de arraigo familiar como la vulneración de la presunción de inocencia al no haberse mencionado en el acuerdo de incoación ni constar en el expediente prueba o indicio acreditativo de la estancia irregular en España. El demandante, mediante un nuevo escrito registrado el 11 de abril de 2008, remitió fotocopia de su pasaporte y los documentos acreditativos de la posesión de la nacionalidad española por dos de sus hermanos residentes en España.

c) La Brigada provincial de extranjería y documentación remitió a la Delegación del Gobierno en Madrid escrito de 7 de mayo de 2008 conteniendo propuesta de resolución de expulsión del territorio español por un periodo de siete años, en la que se hacía constar como circunstancias relevantes que «habiéndose solicitado con anterioridad autorización de residencia, le fue denegada por la Autoridad competente para ello, hallándose ilegalmente en España, con anterioridad ha sido detenido en una ocasión por presunto delito de malos tratos físicos en ámbito familiar, instruyéndose el atestado penal policial correspondiente que fue remitido a la Autoridad judicial competente». No consta que dicha propuesta de resolución le hubiera sido notificada al demandante o a su Abogado.

d) La Delegada del Gobierno en Madrid por resolución de 4 de junio de 2008 consideró que los hechos eran constitutivos de un infracción del art. 53 a) LOEx y que, «constando en el expediente, además de la permanencia irregular en España, otros datos negativos sobre su conducta, al haber sido detenido en una ocasión por un presunto delito de malos tratos en el ámbito familiar, que demuestran un comportamiento antisocial en nuestro país y aconsejan la imposición de la sanción de expulsión que se propone, en lugar de una sanción económica, que en ningún caso sanaría su situación irregular en España», acordó la expulsión del demandante del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de cinco años.

e) El demandante formuló escrito de demanda contencioso-administrativa, tramitada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid como procedimiento abreviado núm. 1143-2008, alegando, entre otras cosas, los derechos a la defensa y a conocer la acusación, toda vez que no se había notificado la propuesta de resolución en que se ponían de manifiesto nuevos hechos relevantes como era la existencia de antecedentes penales en que posteriormente se fundamenta la decisión de sustituir la sanción de multa por la de expulsión. Del mismo modo se alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, argumentando que, contrariamente a lo que es jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Administración no había acreditado cuál fue el resultado judicial de las actuaciones policiales por la comisión del supuesto delito de malos tratos por el que fue detenido. Por último, se puso de manifiesto la falta de proporcionalidad en la determinación del plazo de prohibición de entrada que se fija en el máximo legal sin ninguna motivación que lo justifique. El recurso fue desestimado por Sentencia de 19 de noviembre de 2010, argumentando que los hechos descritos en la resolución impugnada son suficientes para acreditar la infracción y la sanción de expulsión, que se basa, además, en la existencia de una conducta antisocial.

f) El demandante interpuso recurso de apelación, tramitado por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con el núm. 274-2011, alegando que la Sentencia impugnada había incurrido en incongruencia omisiva, por no haber dado respuesta a los motivos referidos a la vulneración del derecho de defensa y de falta de proporcionalidad en la determinación del tiempo de prohibición de entrada. Igualmente se reiteran las vulneraciones ya alegadas en la demanda contencioso-administrativa. El recurso fue desestimado por Sentencia núm. 313/2011, de 8 de septiembre, destacando que no se había incurrido en falta de motivación ni de proporcionalidad en la decisión de expulsión ya que se carecía de cobertura que amparase su situación en España y no contaba con arraigo social suficiente.

3. El recurrente aduce en la demanda de amparo que en el procedimiento administrativo sancionador se han vulnerado sus derechos a la defensa y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). La vulneración del derecho a la defensa la fundamenta en que no se le notificó la propuesta de resolución en la que se contenía un nuevo dato relevante y determinante para la posterior decisión de sustitución de la sanción de multa por la de expulsión como era la existencia de un antecedente penal. A esos efectos, el demandante de amparo argumenta que esa ausencia de notificación le impidió alegar y defenderse contradictoriamente en relación con las afirmaciones sorprendidas y novedosas contenidas en la propuesta de resolución y que fueron asumidas en la resolución sancionadora. Por su parte, la vulneración de derecho a la presunción de inocencia la fundamenta en que se ha utilizado como elemento peyorativo la circunstancia de un antecedente policial sin verificar su resultado final judicial, que fue exculpativo para el recurrente.

La demanda aduce que las resoluciones judiciales, al margen de no haber reparado las anteriores vulneraciones, habrían incurrido en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) al haber dejado imprejuizadas las cuestiones referidas a las vulneraciones aducidas del derecho a la defensa y a la proporcionalidad en la determinación del tiempo de prohibición de entrada en territorio nacional.

El demandante justifica la especial trascendencia constitucional del recurso poniendo de manifiesto, por un lado, que la doctrina constitucional sobre la necesidad de notificación de las propuestas de resolución en los procedimientos sancionadores en materia de extranjería cuando se introducen elementos nuevos está siendo incumplida de modo general y reiterado por los órganos administrativos y, por otro, que es una cuestión novedosa todavía no resuelta por el Tribunal Constitucional la eventual lesión del derecho a la presunción de inocencia derivada de la circunstancia de que se tome como elemento desfavorable un antecedente policial sin contrastarlo con el resultado judicial a que ha dado lugar.

4. La Sala Segunda de este Tribunal, por providencia de 1 de marzo de 2012, acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), requerir a los órganos judiciales y administrativo la remisión de certificación o fotocopia adverada de las actuaciones y emplazamiento a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo. Igualmente se acordó formar la correspondiente pieza separada de suspensión, en la que, tras los trámites oportunos, se dictó el ATC 66/2012, de 16 de abril, acordando suspender la ejecución de las resoluciones impugnadas.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 18 de abril de 2012, acordó tener por personado y parte al Abogado del Estado y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52.1 LOTIC, dar vista de las actuaciones por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que, dentro de dicho término, pudiesen presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

6. El Abogado del Estado, en escrito registrado el 22 de mayo de 2012, presentó sus alegaciones solicitando que se desestimen los motivos de amparo referidos a la resolución administrativa, toda vez que, respecto del derecho de defensa (art. 24.2 CE), aunque el expediente administrativo remitido no incorpora la notificación de la propuesta de resolución, tampoco queda acreditado que no fuera notificada, no habiéndose rebatido la concurrencia del resto de circunstancias que estaban ya presentes en el acuerdo de iniciación del expediente. Subsidiariamente, para el caso de que se estimara dicha vulneración, el Abogado del Estado considera que, con el precedente de la STC 145/2011, de 26 de septiembre, lo procedente sería acordar la retroacción de actuaciones. Por su parte, respecto del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), el Abogado de Estado señala que es al recurrente a quien, acreditada la existencia de un antecedente policial, corresponde probar en su descargo que dichos antecedentes carecen de virtualidad jurídica.

En relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la alegada incongruencia omisiva en que habrían incurrido las resoluciones impugnadas, el Abogado del Estado solicita que se inadmita este motivo de amparo por no haberse agotado la vía judicial previa [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC] con la promoción del preceptivo incidente de nulidad de actuaciones. Subsidiariamente, solicita su desestimación argumentando que hay un rechazo tácito de las alegaciones aducidas al haberse entrado en el control de legalidad de fondo del acto administrativo recurrido.

7. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 13 de junio de 2012, interesó que se estimara el amparo solicitado por vulneración del derecho de defensa (art. 24.2 CE) en la tramitación del expediente sancionador administrativo con anulación de las resoluciones impugnadas y retroacción de actuaciones al momento previo en que debió ser notificada la propuesta de resolución al recurrente. A esos efectos, el Ministerio Fiscal destaca que, constatado mediante el examen del expediente la falta de notificación al interesado de la propuesta de resolución y de que ésta incorporaba un hecho no recogido en el acuerdo de incoación que ha sido relevante para la resolución sancionadora, el demandante se vio privado de la oportunidad de alegar y proponer prueba respecto de ese particular, por lo que, en aplicación de la doctrina sentada en la STC 145/2011, de 26 de septiembre, debe entenderse vulnerado el art. 24.2 CE.

Subsidiariamente, y para el caso de que no se apreciara dicha vulneración, el Ministerio Fiscal entiende que no concurre la alegada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en relación con la resolución administrativa, y que la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1. CE) que se imputa a las resoluciones judiciales por incongruencia omisiva está incurrida en falta de agotamiento [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC] por no haberse acudido al incidente de nulidad de actuaciones.

8. El recurrente, en escrito registrado el 8 de mayo de 2012, presentó alegaciones ratificándose en lo expuesto en la demanda de amparo.

9. Por providencia de fecha 27 de septiembre de 2012 se señaló para deliberación y fallo el día 1 de octubre de 2012.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra el demandante, se han vulnerado sus derechos a la defensa (art. 24.2 CE), por no haberse notificado la propuesta de resolución que incluía hechos nuevos diferentes a los puestos de manifiesto en el acuerdo de iniciación del expediente y que han resultado relevantes para la imposición de la sanción, y a la presunción de inocencia (art. 24.2), por haberse utilizado como un hecho relevante la existencia de un antecedente penal sin verificar su resultado en vía judicial. Igualmente, se denuncia que las resoluciones judiciales han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por incongruencia omisiva, al no haberse dado una respuesta motivada a las alegaciones realizadas sobre la vulneración de derechos fundamentales.

En atención a estas invocaciones, el presente recurso de amparo debe ser considerado de naturaleza mixta, pues se atribuye a las resoluciones judiciales una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de carácter autónomo, que va más allá de la mera falta de reparación de las vulneraciones que originariamente se imputan a la Administración penitenciaria sancionadora. En estos casos, tal como ha reiterado este Tribunal, el carácter prioritario de la impugnación del acto administrativo, origen y fin del proceso judicial posterior, y la facilitación de una solución más temprana al amparo aconsejan que, en general, el examen de las quejas comience por las referidas al acto administrativo (por todas, STC 59/2011, de 3 de mayo, FJ 1).

2. El recurrente aduce, en primer lugar, que la ausencia de notificación de la propuesta de resolución en la que se contenía un nuevo hecho relevante para la resolución final del expediente le ha impedido ejercer en plenitud su derecho de defensa contradictoria.

Este Tribunal, en relación con una alegación idéntica resuelta en la STC 145/2011, de 26 de septiembre, ya ha recordado que las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las matizaciones que resulten de su propia naturaleza, y que entre esas garantías está el derecho de defensa, que impone a la Administración no sólo el deber de comunicar al afectado la incoación del expediente sancionador, sino, además, que le dé la oportunidad de alegar en el curso del mismo lo que a su derecho convenga, así como de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes. Igualmente, se ha destacado en dicha Sentencia que por la relevante función que en el seno del procedimiento sancionador cumple la propuesta de resolución su falta de comunicación al interesado supone una violación del derecho de defensa que tendrá relevancia constitucional siempre que provoque una disminución de las posibilidades de defensa, entendidas como conjunto de facultades de alegación y prueba frente a unos determinados hechos, así como de mantenimiento de los términos esenciales del debate (FJ 3). Por último, también se ha puesto de manifiesto en la citada STC 145/2011 que, producida la vulneración del derecho de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, el hecho de que el demandante de amparo disfrutara posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar lo que consideró oportuno no subsana la vulneración del derecho a la defensa, toda vez que el titular de la potestad sancionadora, quien debe ejercerla a través de un procedimiento respetuoso con las garantías constitucionales, es la Administración pública, siendo el único objeto del proceso contencioso-administrativo la revisión del acto administrativo sancionador (FJ 5).

En el presente caso, como se ha expuesto más ampliamente en los antecedentes, ha quedado acreditado, en primer lugar, que el acuerdo de incoación del expediente sancionador sólo puso de manifiesto como circunstancia relevante que el demandante carecía de documentación que acreditara su estancia regular en España. En segundo lugar, que es en el escrito de la propuesta de resolución en el que se hacen constar como nueva circunstancia que el demandante contaba con una detención policial previa por supuesto delito de malos tratos físicos en ámbito familiar. En tercer lugar, que no consta en el expediente administrativo remitido a este Tribunal la notificación de la propuesta de resolución al demandante o su Abogado. Y, por último, también se acredita que la resolución administrativa sancionadora justifica la sustitución de la pena de multa por la de expulsión en la existencia de esta previa detención como demostrativa de un comportamiento antisocial en nuestro país.

En atención a lo expuesto, y tal como también interesa el Ministerio Fiscal, debe concluirse que se ha vulnerado el derecho de defensa del recurrente, toda vez que ha quedado acreditada la doble circunstancia de que no se notificó la propuesta de resolución del expediente y de que ésta contenía una nueva y concreta circunstancia, como era el hecho de la detención, que ha sido determinante para que la Administración decidiera sustituir la sanción principal de multa por la más gravosa de expulsión del territorio sin dar la oportunidad al recurrente de alegar o proponer prueba respecto de la misma.

3. Una vez apreciado que en el procedimiento sancionador se ha vulnerado el art. 24.2 CE, resulta innecesario continuar con el análisis del resto de las invocaciones realizadas en la demanda de amparo.

En cuanto al alcance del amparo, tanto el Abogado del Estado como el Ministerio Fiscal, citando el precedente de la ya citada STC 145/2011, señalan que lo procedente sería, además de anular las resoluciones judiciales y la administrativa, la retroacción de actuaciones para que sea notificada la propuesta de resolución al demandante. Sin embargo, más allá de algún precedente aislado, es jurisprudencia reiterada de este

Tribunal que en los supuestos de vulneración de las garantías procesales en los procedimientos administrativos sancionadores no haya un especial pronunciamiento sobre la retroacción de actuaciones (entre las últimas, SSTC 128/2008, de 27 de octubre, o 59/2011, de 3 de mayo).

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Fredy Oswaldo Calle Quintero y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado su derecho a la defensa (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la resolución de la Delegada del Gobierno en Madrid de 4 de junio de 2008, dictada en el expediente sancionador núm. 501880, así como la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 313/2011, de 8 de septiembre, dictada en el recurso de apelación núm. 274-2011 y la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid de 19 de noviembre de 2010, dictada en el procedimiento abreviado núm. 1143-2008.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a uno de octubre de dos mil doce.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pablo Pérez Tremps.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Encarnación Roca Trías.—Firmado y rubricado.