

## Suplemento

# TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**21121** *Sala Primera. Sentencia 212/2009, de 26 de noviembre de 2009. Recurso de amparo 4628-2006. Promovido por don Bolívar Alonso Teran Mejía frente a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia y de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid que desestimaron su demanda contra el Delegado del Gobierno sobre su expulsión del territorio español. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: resolución administrativa que motiva la expulsión de un extranjero del territorio nacional, por carecer de documentación de residencia, valorando las circunstancias familiares (SSTC 260/2007 y 140/2009).*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta; don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4628-2006, promovido por don Bolívar Alonso Teran Mejía, representado por el Procurador de los Tribunales don Óscar Gil de Sagredo Garicano y defendido por el Abogado don César Wilber Maldonado Quispe, contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 25 de marzo de 2004, que acordó su expulsión de España, con prohibición de entrada durante diez años, y contra las Sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid de 8 de febrero de 2005, que desestimó el recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, y de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 14 de diciembre de 2005, que desestimó el recurso de apelación contra la anterior. Ha comparecido la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado el 20 de abril de 2006 en el Juzgado de Instrucción de guardia en Madrid, la Abogada doña Carmen Duro López, que había sido designada para la defensa del ciudadano ecuatoriano don Bolívar Alonso Teran Mejía, expuso el interés de su defendido en la interposición de recurso de amparo, interesando el nombramiento de Abogado y Procurador del turno de oficio para formalizar demanda de amparo, puesto que ella no pertenecía al turno especial constitucional.

Mediante diligencia de ordenación de 29 de mayo de 2006 se acordó requerir a la Sra. Duro López a fin de que don Bolívar Alonso Teran Mejía ratificara lo pedido por ella y facilitara su domicilio. El 6 de junio de 2006 se registró la presentación de tres escritos ante este Tribunal. En el primero, el Sr. Teran Mejía ratificaba lo pedido por la Sra. Duro López e indicaba un domicilio para recibir las notificaciones de este Tribunal. En el segundo, el Sr. Teran Mejía manifestaba que estaba ingresado en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Carabanchel, nombraba como Abogado que le defendiera al del Colegio de Madrid don César Wilber Maldonado Quispe y pedía que se oficiara al Colegio de Procuradores para designación de uno que le representara. En el tercer escrito, el Abogado

Sr. Maldonado Quispe manifestaba que renunciaba al cobro de honorarios profesionales del Sr. Teran Mejía por tratarse de un ciudadano extranjero sin recursos. Mediante diligencia de ordenación de 13 de junio de 2006 se tuvo por designado para la defensa del recurrente al Abogado don César Wilber Maldonado Quispe y se acordó oficiar al Colegio de Procuradores para que conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG), se procediera a la designación de Procurador que representara al Sr. Teran Mejía. El 16 de junio de 2006 el Decano del mencionado Colegio comunicó la designación del Procurador don Óscar Gil de Sagredo Garicano. Mediante diligencia de ordenación de 22 de noviembre de 2006 se concedió al Procurador Sr. Gil de Sagredo Garicano el plazo de veinte días para presentar la demanda de amparo, presentación que tuvo lugar el día 29 de diciembre siguiente.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Con ocasión de haber sido detenido don Bolívar Alonso Teran Mejía, de nacionalidad ecuatoriana, por la presunta comisión de un delito de robo con violencia e intimidación, la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía de Madrid incoó el día 16 de diciembre de 2003 expediente de expulsión núm. 344292 por carecer de documentación que habilite su estancia regular en España. En dicho expediente, el recurrente alegó que había solicitado permiso de trabajo y residencia hacía más de dos años, sin que por parte de la Administración se hubiera resuelto tal expediente; que llevaba residiendo en España más de diez años y desde hacía seis convivía con su pareja de hecho, que tiene residencia legal en España, con la que tiene un hijo en común, así como que estaba empadronado y disponía de tarjeta sanitaria. En atención a todo ello, consideraba desproporcionada la propuesta de expulsión.

El día 27 de enero de 2004 se notifica al recurrente una propuesta de resolución en la que se señala que «del estudio de las alegaciones se desprende que las simples manifestaciones no pueden considerarse a los efectos finalistas de la Ley, dado que no aporta documento alguno que acredite lo alegado», destacando también que consultado el Servicio de Informática Banco de Extranjeros constan dos solicitudes de permiso de residencia y trabajo, ambas denegadas. Por todo lo cual, se entiende que lo alegado no desvirtúa las causas que motivaron la incoación del expediente.

Habiéndose producido un cambio de instructor en el expediente, el día 9 de marzo de 2004 se formula una nueva propuesta de resolución, en la que se señala que el recurrente había sido detenido «por un presunto delito de robo con violencia e intimidación y por carecer de todo tipo de documentación que habilite su estancia regular en España»; que tramitado el expediente «se ha podido determinar que no dispone de documentos que le habiliten la permanencia en España» y se destaca también que constan como antecedentes una detención por homicidio doloso, de fecha 16 de mayo de 2000, y otras tres detenciones, una por robo con violencia e intimidación el 17 de diciembre de 2003 y otras dos por robo con fuerza en las cosas y detención ilegal, de fecha 28 de enero de 1998, «demostrando una conducta antisocial en España».

b) Por Resolución del Delegado el Gobierno en Madrid de 25 de marzo de 2004 se acordó la expulsión del país, con la prohibición de entrada durante diez años, por encontrarse en España sin disponer de documento alguno que acreditara su estancia o residencia legal. La resolución consideró que ello suponía la comisión de la infracción prevista en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx).

c) Contra la mencionada resolución el Sr. Teran Mejía interpuso recurso contencioso-administrativo, en el que expuso que residía en España desde hacía más de diez años; que convivía con una ciudadana ecuatoriana y con un hijo común; y que había iniciado trámites para regularizar su situación en España, sin haber recibido respuesta de la Administración, por lo que entendía que la sanción era improcedente. Alegó también que la sanción de expulsión vulneraba el criterio de proporcionalidad, toda vez que el artículo 55 LOEx establecía que las infracciones graves serían sancionadas con multa, sin que la

sanción de expulsión prevista en el artículo 57 para el supuesto de que el infractor sea extranjero opere de forma automática, sino que la Administración deberá razonar en función del caso concreto si procede ésta o la multa. Al no haberlo hecho así, considera que la resolución recurrida vulnera su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, pues no se tuvieron en cuenta las alegaciones del trámite de audiencia y se dictó una resolución carente de toda motivación, recordando el deber constitucional de motivar las resoluciones, máxime cuando se trata de Derecho sancionador.

Mediante otrosí, interesó el recurrente que se acordara la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución de expulsión, lo que le fue denegado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid, al que había correspondido conocer del recurso. No obstante, la Sección Sexta de la Sala de ese orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid estimó el recurso de apelación promovido contra el Auto denegatorio y acordó la suspensión interesada, en atención al arraigo familiar del demandante, acreditado una vez dictado el Auto del Juzgado.

d) En Sentencia de 8 de febrero de 2005, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid desestimó el recurso contencioso-administrativo, argumentando que, tal y como había apreciado la resolución administrativa, el demandante no tenía documento ni título alguno que acreditase o habilitase su estancia regular en España y que los permisos de residencia y de trabajo que había solicitado le habían sido denegados en octubre de 2001 y junio de 2002. En cuanto a la denunciada infracción del principio de proporcionalidad, la Sentencia razona que si bien es cierto que el artículo 55.1 b) LOEx señala que las infracciones graves serán sancionadas con la multa en él establecida, no lo es menos que el artículo 57 de la misma Ley Orgánica prevé que cuando los infractores sean extranjeros y realicen, entre otras, la conducta calificada de infracción grave en el artículo 53 a) podrá aplicarse, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español. La expulsión está, pues, prevista por el legislador como reacción a la conducta realizada, sin que haya razón alguna para cuestionar la constitucionalidad de tal previsión. En efecto, la expulsión de quien carece de habilitación legal para residir en España constituye una medida proporcionada, pues es precisamente la que restablece el orden jurídico perturbado, sin que el demandante, sigue razonando la Sentencia, haya acreditado que concurren circunstancias especiales que puedan determinar la desproporción en su caso concreto, pues las solicitudes de permisos de trabajo y de residencia le habían sido denegadas y consta en el expediente administrativo que la incoación del expediente sancionador se produce con ocasión de haber sido detenido el recurrente por la comisión de un presunto delito de robo con violencia e intimidación, y que posee como antecedentes una detención por homicidio doloso y otras tres detenciones por robo, «que revelan una conducta antisocial en España, justificativa de la sanción de expulsión impuesta».

e) La representación del demandante interpuso recurso de apelación, en el que alegó que la expulsión era improcedente al no tener en cuenta las circunstancias personales y familiares del afectado, quien había intentado su «regularización» mediante la solicitud de permiso de residencia y de trabajo. Bajo la invocación del principio de proporcionalidad, se alega que en la resolución recurrida no se justifica la imposición de la sanción de expulsión y que parece tener en cuenta las detenciones policiales del apelante, obviando que el mismo tenía familia en España por su convivencia como pareja de hecho con la ciudadana ecuatoriana a la que antes se ha hecho referencia, la cual residía legalmente en este país y con la que había tenido un hijo. De ejecutarse la expulsión se produciría una desestructuración del núcleo familiar o se obligaría a toda la familia a regresar a Ecuador, castigándose también a la pareja y al hijo.

f) Impugnado el recurso de apelación por la Abogacía del Estado, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid lo desestimó en Sentencia de 14 de diciembre de 2005, notificada al demandante el 22 de marzo de 2006. Comienza destacando la Sentencia que según consta en el expediente administrativo el recurrente fue detenido careciendo de documentación alguna que acreditara su situación en España, además de por su posible implicación en un delito de robo con intimidación. Constan además otras detenciones por

su presunta implicación en delitos de robo con violencia y homicidio doloso. Asimismo consta que había solicitado un permiso de residencia y trabajo en fecha 6 de octubre de 1999, siendo denegado el 26 de octubre de 2001, y una nueva petición en fecha 16 de junio de 2000, denegada el 7 de junio de 2002. Constando así, alega que tiene familia en España, ya que reside con una mujer que tiene residencia legal, y tiene un hijo común con ella. En tales condiciones, razona la Sentencia que la resolución recurrida es ajustada a Derecho, pues el acto administrativo cumple con las exigencias de motivación, ya que se expresan los hechos determinantes del mismo, los preceptos legales aplicables y la consecuencia sancionadora que deriva de ellos. Destaca que la Sentencia que, si bien es cierto que el recurrente había solicitado varias veces permiso de trabajo y residencia, en todos los casos le había sido denegado, no constando petición alguna pendiente de resolución. Y en cuanto al hecho de la convivencia con su pareja y el hijo común no se consideran «dato suficientemente relevante, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren, puesto que, en primer lugar, el recurrente figura detenido por su posible implicación en un delito de robo con intimidación y, por otra parte, había sido detenido en ocasiones anteriores». En cuanto al principio de proporcionalidad, la Sentencia consideró que no había sido infringido, toda vez que la sanción impuesta se encontraba prevista por el legislador para la concreta infracción cometida por el demandante. Aunque la sanción alternativa de multa era menos restrictiva de derechos, resultaba ser indiscutiblemente menos eficaz que la expulsión para la consecución del restablecimiento del orden jurídico perturbado. La expulsión de España es proporcionada, sin que el apelante haya acreditado la concurrencia de circunstancias especiales que en su caso permitan llegar a otra conclusión.

3. En la demanda de amparo, bajo la invocación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y del artículo 39 CE, se denuncia que tanto el acto administrativo que acuerda la expulsión como las resoluciones judiciales que lo confirman causan un perjuicio al derecho a la familia y a su unidad y vulneran el principio de gradualidad en la aplicación de las sanciones administrativas, al no haber ponderado la circunstancia excepcional alegada (su arraigo familiar y laboral en España, puesto que convive con una ciudadana extranjera con permiso de residencia y trabajo, con la que tiene un hijo común), que debió dar lugar a la imposición de la sanción alternativa de multa y no la de expulsión. Se denuncia también que la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al desestimar el recurso de apelación por no considerar acreditada la situación de excepcionalidad alegada, resulta contradictoria con lo resuelto por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que en Sentencia de 15 de diciembre de 2005 estimó la suspensión cautelar solicitada ponderando precisamente el arraigo familiar como circunstancia excepcional. Por otra parte, se solicita el restablecimiento del derecho constitucional a la defensa, al proceso debido y a una instancia plural, sin argumentación alguna al respecto.

4. Mediante providencia de la Sección Segunda de 11 de septiembre de 2008 se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, requerir de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid y del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid la remisión de testimonios del rollo de apelación y del recurso contencioso-administrativo e interesar que emplazaran a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional. Se acordó igualmente notificar la referida providencia al Abogado del Estado en representación de la Administración, a fin de que le sirviera de emplazamiento.

5. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera, de 30 de octubre de 2008, se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por el Tribunal Superior de Justicia y por el Juzgado de lo Contencioso-

Administrativo y por comparecido y parte en nombre de la Administración General del Estado al Abogado del Estado y se dio vista de las actuaciones de este proceso constitucional al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, a fin de que dentro del plazo de veinte días pudieran presentar alegaciones, conforme al artículo 52 LOTC.

6. El Abogado del Estado, que presentó sus alegaciones el 26 de noviembre de 2008, interesó la inadmisión del recurso y, subsidiariamente su desestimación.

A su juicio, el recurso de amparo es inadmisibile por un doble orden de razones. En primer lugar, por haberse interpuesto extemporáneamente. Según el artículo 3 del Acuerdo reglamentario del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional, «cuando la resolución que agote la vía jurisdiccional previa al recurso de amparo haya sido dictada por un órgano judicial con sede en Madrid, quienes pretendan promover un recurso de amparo y ya tuvieren reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en dicha vía jurisdiccional, deberán interponer la demanda de amparo en el plazo previsto en los artículos 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, salvo en el caso de que el Letrado designado de oficio para asistir al interesado en la vía judicial previa, en los seis días posteriores a la notificación de aquella resolución oponga reparos a la sostenibilidad del recurso». En este caso no se ha respetado lo establecido en el citado precepto reglamentario, pues el representante procesal del demandante no interpuso la demanda de amparo en el plazo del artículo 43.2 LOTC. El escrito presentado el 20 de abril de 2006 no satisface las exigencias formales y de contenido establecidas en los artículos 49.1 y 85.1 LOTC para ser considerado una demanda. Por otra parte, no consta en el citado escrito la voluntad de recurrir en amparo expresada por el titular del derecho fundamental supuestamente violado, único legitimado, o por quien tuviera otorgada su representación, toda vez que no parece admisible que un simple gestor de negocios ajenos, como la Abogada firmante de aquel escrito, pueda iniciar válidamente un proceso constitucional, aun cuando intervenga la posterior ratificación del *dominus negotii*. Además, la ratificación no tuvo lugar ante el depositario de la fe pública judicial. Según el artículo 4.2 del Acuerdo reglamentario del Pleno de este Tribunal de 18 de junio de 1996, sólo cuando la resolución que agote la vía jurisdiccional haya sido dictada por un órgano que no tenga su sede en Madrid basta un escrito de preparación o anuncio presentado dentro del plazo legal para que pueda estimarse iniciado temporáneamente el proceso constitucional; pero aun en ese supuesto se exige que el anuncio contenga «una relación circunstanciada de hechos», exigencia esta que tampoco satisface el escrito presentado el 20 de abril de 2006.

Según la representación procesal de la Administración concurre otra causa de inadmisión: la de no haber invocado en el proceso el derecho constitucional vulnerado, según exige el 44.1 c) LOTC, de modo que el recurso de amparo sería inadmisibile en virtud del artículo 50.1 a) de la misma Ley Orgánica. Ni en la demanda contencioso-administrativa ni en el recurso de apelación, dice el Abogado del Estado, se invoca ni expresa ni implícitamente ningún derecho fundamental amparable (arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC).

Subsidiariamente se interesa por el Abogado del Estado la desestimación del recurso de amparo, no sin poner de relieve la dificultad de identificar la violación que pretende hacerse valer. Por lo que respecta a la invocada protección de la familia se recuerda que quedan fuera del ámbito de este recurso los principios rectores que enuncia el artículo 39 CE. En cuanto al llamado principio de «gradualidad de las sanciones», si con él se pretende invocar el principio de proporcionalidad, falta en la demanda todo razonamiento acerca de la conexión de su infracción con un derecho fundamental amparable. Expone el Abogado del Estado que el ATC 409/2007, de 6 de noviembre, y la STC 260/2007, de 20 de diciembre, han declarado que el artículo 57.1 LOEx, en cuanto permite sancionar con la expulsión, en vez de con una multa, entre otras, la infracción grave recogida en el artículo 53 a), no viola el artículo 25.1 CE en relación con la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, pues tal exigencia no se traduce en 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. La Sentencia de apelación razona por qué la expulsión se ajusta en el caso a los criterios de graduación del artículo 55.3 LOEx y es perfectamente proporcionada, en términos que no rebate la demanda de amparo. El supuesto arraigo familiar del infractor no se encuentra entre los criterios de graduación, de modo que nada se opone a la consideración de la expulsión como una medida ajustada a Derecho.

7. El Fiscal, que registró su escrito de alegaciones el 16 de diciembre de 2008, interesó que se denegara el amparo solicitado.

Tras referirse, al igual que el Abogado del Estado, a lo confuso de la redacción de la demanda y de la formulación de las quejas, y siendo obviamente descartable el contenido constitucional de las alegaciones que se refieren a derechos no susceptibles de protección por la vía del recurso de amparo, el Fiscal considera que sólo merecen ser objeto de análisis las quejas articuladas sobre la base de una argumentación atendible conforme a los parámetros de examen por este Tribunal de acuerdo con los artículos 53.2 CE y 41 LOTC, de modo que centra su atención en la alegada infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por la «inaplicación de la gradualidad de las sanciones administrativas», partiendo, para ser respetuoso con el carácter de remedio subsidiario propio del recurso de amparo, de lo alegado en la vía contencioso-administrativa en torno al principio de proporcionalidad.

Para el Fiscal no cabe duda de que la expulsión está configurada en la LOEx como una sanción, a imponer por la Administración como expresión de su potestad sancionadora en el seno de un procedimiento sancionador, resultando aplicables principios coincidentes en gran medida con los aplicables en el ámbito penal y, entre ellos, el de proporcionalidad de la sanción, lo que implica, en opinión del Fiscal, que los Tribunales ponderen la proporcionalidad de la expulsión de quienes han entrado y permanecen irregularmente en España, tal y como se desprende del artículo 55.3 LOEx y del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPC). La interpretación comúnmente aceptada y la que reconoce el Tribunal Supremo es la de que la sanción de multa se articula como principal y la expulsión se configura como sanción subsidiaria, lo que obliga, según el Fiscal, a que ésta en cuanto que es subsidiaria y más grave, deba estar especialmente motivada. Y ello aunque el artículo 115 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (vigente en el momento de los hechos), establecía que «podrá acordarse la expulsión del territorio nacional salvo que el órgano competente para resolver determine la procedencia de la sanción de multa», que más bien parece implicar un exceso del Reglamento respecto de lo dispuesto en la Ley.

La resolución administrativa contiene una referencia a los hechos y su incardinación como constitutivos de una infracción administrativa que conforme al artículo 57.1 LOEx puede dar lugar a la expulsión. La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid exterioriza los criterios jurídicos y elementos de hecho que sustentan lo en ella decidido. Aunque no abordó una referencia a la situación de convivencia del demandante con una compatriota que residía legalmente en España, lo cierto es que la Sentencia de apelación habría reparado esa omisión, ponderando la situación familiar del recurrente, si bien no considerándola relevante para declarar la resolución administrativa como contraria a Derecho, sin que sobre dicha apreciación deba tener influencia alguna el arraigo familiar en España del demandante en el que se fundó la Sentencia que acordó la suspensión cautelar de la ejecución del acto administrativo. La óptica de una y otra resolución es distinta, pues el arraigo puede sustentar la suspensión de la expulsión pero puede no imposibilitarla en el enjuiciamiento definitivo.

8. La representación procesal del recurrente dejó transcurrir el plazo concedido sin formular alegaciones.

9. Tras haberse solicitado a la Delegación del Gobierno de Madrid que remitiera el testimonio del expediente administrativo sancionador por el que se acuerda la expulsión del recurrente, mediante una diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera, de fecha 21 de julio de 2009, se acordó conceder a las partes un plazo de cinco días para que pudieran de nuevo efectuar alegaciones a la vista del citado expediente.

10. En su escrito de alegaciones, registrado el día 28 de julio de 2009, el Abogado del Estado, ante la eventualidad de que la Sala rechace las causas de inadmisibilidad alegadas en el escrito de 26 de noviembre de 2008, analiza el fondo del asunto tomando en consideración la doctrina sentada por la STC 140/2009, de 15 de junio, en un supuesto sobre expulsión de extranjeros basada en la infracción del artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000.

Pese a lo que podría parecer en una primera aproximación, entiende que en el presente caso debe denegarse el amparo, pues la expulsión está suficientemente motivada en el expediente, aunque la motivación no se consigne en la resolución sancionadora que, sin embargo la asume con las palabras «de acuerdo con la propuesta formulada» (motivación por remisión). En la propuesta de 9 de marzo de 2004 se hace una relación de los antecedentes policiales del Sr. Teran Bolívar (una detención por homicidio doloso; tres detenciones por robo con violencia e intimidación y dos por robo con fuerza en las cosas y detención ilegal). Por tanto, es patente cuál es el criterio de graduación implícitamente utilizado por la Administración para aplicar la expulsión: el riesgo derivado de la estancia irregular del extranjero. Y son estos antecedentes los que las resoluciones judiciales han tenido en cuenta para concluir que la expulsión estaba bien motivada.

Por otra parte, en cuanto al arraigo y a los intereses del niño, considera el Abogado del Estado que, en el presente caso, el criterio legal del riesgo es mucho más fuerte que el del arraigo. A lo que añade que, a la vista de los antecedentes del progenitor cabe dudar que el interés del menor esté mejor garantizado con su presencia cercana y que, en todo caso, ante la Administración no se aportó ningún documento acreditativo del arraigo.

Finalmente, reitera la súplica de su escrito de alegaciones de 26 de noviembre de 2008.

11. Mediante escrito registrado el día 31 de julio de 2009, la representación procesal del recurrente formuló alegaciones, reiterando que en el expediente administrativo se vulneraron los principios de proporcionalidad y legalidad, al ordenarse la expulsión sin motivación expresa que explique las razones por las que se opta por la sanción de expulsión y no por la sanción de multa. También insiste en que la sanción es desproporcionada, pues no tiene en cuenta el arraigo familiar, económico y laboral del recurrente, causándole perjuicio a él y a su familia.

12. El Ministerio Fiscal, a través de un escrito registrado el día 23 de septiembre de 2009, dio por reproducidas las alegaciones formuladas en su precedente escrito de fecha 16 de diciembre de 2008.

13. Mediante providencia de 24 de noviembre de 2009 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la resolución administrativa por la que se acuerda la expulsión y prohibición de entrada en España del recurrente y las resoluciones judiciales que posteriormente confirman dicha resolución han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que en la demanda se pone en conexión con el derecho a la familia consagrado en el artículo 39 CE. Ello habría sucedido, de conformidad con lo argumentado en la demanda de amparo, al no haberse ponderado su arraigo familiar y laboral en España, lo que determinaría la falta de proporcionalidad de la expulsión acordada. En su caso, también debe ser objeto de análisis

si la resolución judicial que resolvió el recurso de apelación ha incurrido en una nueva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la medida en que desestima dicho recurso al no considerar acreditada la situación de excepcionalidad alegada, lo que resulta contradictorio —según la demanda de amparo— con lo resuelto en cuanto al arraigo por la resolución judicial que estimó la suspensión cautelar solicitada ponderando precisamente el arraigo familiar como circunstancia excepcional.

No procede, por el contrario, entrar en el examen de la solicitud de restablecimiento de los derechos «a la defensa, al debido proceso [y] a la instancia plural», al no explicitarse argumentación alguna al respecto (por todas, entre otras muchas, SSTC 21/2001, de 29 de enero, FJ 3; 226/2002, de 9 de diciembre, FJ 2; 57/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3; y 23/2005, de 14 de febrero, FJ 2).

De lo anteriormente expuesto se desprende que nos encontramos ante un amparo de los denominados mixtos, toda vez que junto a la vulneración que se imputa autónomamente a la resolución judicial que pone fin al proceso, existen otras que se imputan tanto a la resolución administrativa sancionadora, como a las resoluciones judiciales que la confirman. 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 impetrado, aconsejan que examinemos primero las quejas referidas a aquel acto» (por todas, SSTC 113/2008, de 29 de septiembre, FJ 2; 140/2009, de 15 de junio, FJ 1).

2. El Abogado del Estado denuncia que el recurso es, en todo caso, inadmisibles por extemporáneo, al entender que el escrito de la Abogada que había asistido al demandante en la vía judicial previa interesando que se designaran Abogado y Procurador de oficio para formalizar la demanda de amparo no supone la interposición del recurso mediante la presentación de la demanda, por lo que la presentación de la misma mucho después hace que el amparo devenga extemporáneo. Sostiene que con arreglo al art. 3 del Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 1996, sobre asistencia jurídica gratuita en los procesos de amparo constitucional («BOE» núm. 174, de 19 de julio de 1996), cuando la resolución que agote la vía jurisdiccional previa al recurso de amparo haya sido dictada por un órgano judicial con sede en Madrid, quienes pretendan promover un recurso de amparo y ya tuvieren reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita en dicha vía jurisdiccional, deberán interponer la demanda de amparo en el plazo previsto en los artículos 43 y 44 LOTC, salvo en el caso de que el Letrado designado de oficio para asistir al interesado en la vía judicial previa, en los seis días posteriores a la notificación de aquella resolución, oponga reparos a las sostenibilidad del recurso en los términos previstos en los artículos 32 a 35 de la Ley de asistencia jurídica gratuita.

El demandante de amparo, que litigó con el beneficio de asistencia jurídica gratuita ante órganos judiciales con sede en Madrid, parece encontrarse en el caso que contempla el artículo 3 del Acuerdo antes citado. Tal como hemos declarado en el ATC 38/2007, de 12 de febrero, en ese supuesto es a la representación procesal del demandante ante el órgano que puso fin a la vía judicial a quien compete presentar la demanda de amparo en el plazo previsto legalmente, sin que tenga incidencia alguna para ampliar el plazo legal la solicitud de designación de nuevos profesionales. Rige en tal caso en plenitud la regla general de que es improcedente dividir la interposición del recurso de amparo en dos actos diversos, uno de anuncio y otro de formalización de demanda. Si el artículo 4 del Acuerdo de 18 de junio de 1996, al regular el supuesto de que se pretenda interponer un recurso de amparo por quien tuviera reconocido el beneficio de asistencia jurídica gratuita en la vía jurisdiccional cuando ésta se hubiese agotado ante un órgano judicial que no tenga su sede en Madrid, prevé, a diferencia del artículo 3, que el interesado se dirigirá a este Tribunal interesando que se le nombre Procurador de oficio (y, en su caso, también Abogado), es porque en tal hipótesis el interesado en recurrir no dispone en su plenitud de la asistencia forense que exige la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 81.1, que requiere que se comparezca mediante la representación de un Procurador. Es obvio, como dijimos ya en el ATC 1007/1987, de 16 de septiembre (FJ único), que la representación deberá ostentarla «un Procurador de los habilitados para actuar en los Tribunales que tienen su sede en

Madrid... pues la propia función del Procurador sólo puede asumirse, por otro lado, actuando en la sede del Tribunal. La falta de representación por Procurador de Madrid comporta como resultado la carencia de un requisito legal».

Ahora bien, en nuestro caso el demandante había comparecido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid representado por su Abogada, pues, como es sabido, el artículo 23.1 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) no exige la comparecencia mediante Procurador ante los órganos unipersonales de ese orden jurisdiccional; además, el recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado fue interpuesto y tramitado ante este órgano (art. 85.1 LJCA), sin necesidad de personarse —ni, por tanto, de hacerlo mediante Procurador de los Tribunales, como requiere el art. 23.2 LJCA— ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Por tanto, pese a haber litigado acogido al beneficio de asistencia jurídica gratuita en la vía judicial previa al amparo y a que ésta se había desarrollado ante órganos con sede en Madrid, el recurrente no podía presentar válidamente la demanda de amparo, al no disponer de Procurador que le representara. Estaba justificada, pues, dadas las especiales circunstancias concurrentes, la solicitud de nombramiento de un Procurador (art. 27 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita), pues la Abogada que le había representado ante los órganos judiciales ordinarios no podía asumir la representación procesal del demandante ante este Tribunal por exigencia del artículo 81.1 LOTC, y que, por ello, no se iniciara el presente proceso constitucional con la presentación de la demanda, como es regla general (ATC 514/2005, de 19 de diciembre, FJ 3). Tal solicitud se registró en el Tribunal Constitucional dentro de los veinte días siguientes al de notificación de la Sentencia que ponía fin a la vía judicial (art. 43.2 LOTC), de modo que no cabe imputar extemporaneidad alguna al recurso de amparo.

Por lo demás, si bien es cierto que la voluntad de recurrir no fue expresada personalmente por el legitimado para ello, no lo es menos que lo fue por quien había sido tenida por su representante en la vía judicial. Como esa representación no constaba acreditada ante el Tribunal Constitucional se requirió la ratificación del recurrente. La ratificación no se produjo mediante comparecencia personal del interesado ante el Secretario judicial, comparecencia personal que no exige el artículo 4.1 del Acuerdo reglamentario de 18 de junio de 1996, sino mediante la presentación de un escrito firmado por aquél, acompañado de un segundo escrito en el que manifestaba que estaba ingresado en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Carabanchel, y en el que nombraba Abogado a don César Wilmer Maldonado Quisque, solicitando la designación de un Procurador del turno de oficio. De la autenticidad de dichos escritos ninguna duda cupo al citado fedatario público, que dictó la diligencia de ordenación de 13 de junio de 2006, por la que se continúa la tramitación del procedimiento, solicitando el nombramiento de Procurador del turno de oficio y teniendo por designado al Abogado por él nombrado. Si el Abogado del Estado no compartía esta apreciación del Secretario pudo interesar la revisión de dicha diligencia (art. 224 de la Ley de enjuiciamiento civil: LEC) una vez personado en las actuaciones, de modo que, al no haberlo hecho, no cabe volver ahora sobre esa cuestión.

3. Alega también el Abogado del Estado que concurre la causa de inadmisión del artículo 50.1 a) en relación con el artículo 44.1 c) LOTC (en su redacción anterior a la que ha dado a esos preceptos la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo), por no haber denunciado el demandante en la vía judicial la vulneración de ningún derecho fundamental susceptible de amparo.

Conforme a reiterada jurisprudencia, la exigencia de invocación formal en el proceso judicial del derecho constitucional vulnerado tiene una doble finalidad: por una parte, la de que los órganos judiciales tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual vulneración y restablecer, en su caso, el derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria; y, por otra, la de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se haya dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción ordinaria correspondiente. Igualmente se ha

destacado que el cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado o la mención de su *nomen iuris*, siendo suficiente que se efectúe de manera que se cumpla la finalidad perseguida con aquel requisito, lo que significa que ha de someterse el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, delimitando y acotando su contenido (por todas, SSTC 55/2006, de 27 de febrero, FJ 2; 71/2007, de 16 de abril, FJ 2).

La aplicación de esta jurisprudencia al presente caso nos lleva a concluir que el óbice procesal no puede acogerse. Ciertamente en la vía judicial ordinaria el recurrente no hizo mención concreta y numérica de los derechos fundamentales en cuya vulneración fundamenta la demanda de amparo; sin embargo, como se expuso con mayor amplitud en los antecedentes de esta resolución, tanto en el recurso contencioso-administrativo como en el recurso de apelación se alegó que la sanción de expulsión era improcedente al no haber tenido en cuenta las circunstancias personales y familiares del afectado (su convivencia con una ciudadana ecuatoriana y con un hijo común), entendiéndose que vulneraba el principio de proporcionalidad, en la medida en que no se justifica en el caso concreto su imposición en lugar de la sanción alternativa de multa y que la Administración debe razonar en cada caso concreto si procede una o otra. Es más, en la demanda contencioso-administrativa se señala que ello vulnera su derecho a obtener una resolución fundada en derecho, al haberse dictado una resolución carente de toda motivación, recordando el deber constitucional de motivar las resoluciones, máxime cuando se trata de Derecho sancionador; queja que se reitera en el recurso de apelación, afirmando que la resolución recurrida no justifica la sanción de expulsión. En definitiva, y aunque sin invocación expresa de los artículos 24.1 y 39 CE, lo planteado por el demandante como tema central de su impugnación contencioso-administrativa de la expulsión se corresponde sustancialmente con lo alegado en la demanda de amparo, esto es, la defectuosa motivación de la expulsión frente a la sanción alternativa de multa y la falta de consideración del arraigo alegado, determinantes de la falta de proporcionalidad de la expulsión acordada, por lo que no puede apreciarse que concurra la causa de inadmisibilidad que opone el Abogado del Estado.

4. Despejados los óbices procesales, y comenzando el análisis de fondo por la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que el recurrente imputa a la resolución administrativa sancionadora, hemos de recordar, en primer lugar, que este derecho fundamental, por su conexión con la garantía de la dignidad humana, ha sido reconocido expresamente por este Tribunal como perteneciente a las personas en cuanto tales y que, por tanto, de él han de gozar también los extranjeros, con independencia de su situación jurídica en España, en condiciones equiparables a los españoles (por todas, STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3). Y en esta misma Sentencia, el Pleno de este Tribunal recordaba que del derecho a la tutela judicial efectiva se deriva no sólo el deber de motivación de las resoluciones judiciales, sino también de los actos administrativos cuando éstos limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales o impongan sanciones (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12) y que la expulsión del territorio prevista en el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), en cuanto consecuencia de una conducta tipificada como infracción administrativa, se impone en el seno de un procedimiento administrativo sancionador, al que son aplicables los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 16).

Sentado lo anterior, hemos de recordar que en la reciente STC 140/2009, de 15 de junio, FJ 3, afirmamos que ese deber de motivación en el ámbito sancionador, incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la sanción a imponer, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Deber de motivación que se satisface con una motivación por remisión, siempre que queden debidamente exteriorizados los elementos de juicio sobre los que se basa la decisión y su fundamentación jurídica resulte una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad.

En concreto, y por lo que se refiere al régimen sancionador en materia de extranjería y a la posibilidad prevista legalmente en el artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de que en los casos de comisión de determinadas infracciones se puede imponer, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio nacional, este Tribunal ha puesto de manifiesto que 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 tipificada como infracción grave y, por otra, por la concurrencia de los criterios para la aplicación de las sanciones, establecidos tanto en el artículo 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, como en el artículo 50 de esa misma norma, que remite a lo establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del artículo 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000 (SSTC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4; 140/2009, de 15 de junio, FJ 3).

5. En el presente caso, y a diferencia del resuelto en la STC 140/2009, de 15 de junio, no podemos concluir que la resolución administrativa haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente, pues —como también destaca el Abogado del Estado— de la consideración del expediente administrativo en su conjunto se puede concluir que la resolución sancionadora, por remisión a todo lo actuado, sí justifica la decisión de imponer la sanción de expulsión y prohibición de entrada en territorio nacional frente a la de multa, ponderando las circunstancias del caso y lo alegado por el afectado en el trámite de audiencia.

Como se expuso con más detalle en los antecedentes, tras haber sido detenido por la presunta comisión de un delito de robo con violencia o intimidación, se acordó incoar contra el recurrente un procedimiento preferente de expulsión por una infracción prevista en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, al no disponer de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España. En dicho procedimiento se alegó que el Sr. Teran había solicitado permiso de trabajo y residencia hacía más de dos años, sin que por parte de la Administración se hubiera resuelto tal expediente, y que llevaba residiendo en España más de diez años y desde hacía seis convivía con su pareja de hecho, que tiene residencia legal en España, con la que tiene un hijo en común, así como que estaba empadronado y disponía de tarjeta sanitaria. Los sucesivos Instructores del expediente, en respuesta a dichas alegaciones, señalaron que no se aportaba documento alguno que acreditase lo alegado, que las solicitudes de permiso de residencia y de trabajo habían sido denegadas y que le constaban diversas detenciones por delitos graves, demostrativas de una conducta antisocial en España. El expediente finalizó por Resolución del Delegado del Gobierno en Madrid, de 25 de marzo de 2004, en la que se imponía al recurrente la sanción de expulsión del territorio nacional y la prohibición de entrada en España por un periodo de diez años, posteriormente ratificada judicialmente.

En definitiva, la lectura de la resolución sancionadora, integrada con el conjunto del expediente al que implícitamente se remite, permite concluir que se exteriorizan las razones que conducen a la adopción de la decisión y que éstas no son incoherentes con los presupuestos objetivos y subjetivos, así como con los criterios de aplicación legalmente previstos para la aplicación de la sanción, quedando excluida la arbitrariedad de la decisión. En efecto, la procedencia de la expulsión se afirma tras tomar en consideración las alegaciones del recurrente (a las que se responde destacando que el alegado arraigo familiar no se acreditó en modo alguno en vía administrativa y que las solicitudes de permiso de residencia y de trabajo habían sido denegadas) y las restantes circunstancias concurrentes en el caso (su conducta antisocial, evidenciada por la múltiples detenciones por delitos graves), efectuando un juicio de proporcionalidad en el caso concreto, respetuoso con los criterios de graduación de la sanción a aplicar en un procedimiento administrativo sancionador.

6. Finalmente, hemos de abordar la denunciada vulneración del artículo 24.1 CE que en la demanda se imputa a la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por cuanto ésta habría desestimado la apelación por no considerar acreditada la circunstancia excepcional alegada, lo que entiende que contradice lo resuelto por la misma Sala del mismo Tribunal, si bien en su Sección Primera, al acordar la suspensión cautelar de la expulsión, precisamente por considerar acreditado el arraigo familiar del recurrente.

Como recordábamos en la reciente STC 62/2009, de 9 de marzo, FJ 2, con abundante cita de jurisprudencia, este Tribunal ha afirmado que «desconoce el derecho a la tutela efectiva el órgano judicial que dicta una resolución contrapuesta en lo esencial a la que había dictado anteriormente para un supuesto idéntico en los datos con relevancia jurídica, siempre que no exprese o no se infieran las razones para tal cambio de orientación. En esta conducta, que se subsume bajo la perspectiva prioritaria del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley cuando son distintos los sujetos implicados, pasa a un primer plano el defecto de tutela judicial cuando no se da tal alteridad, cuando es un solo ciudadano el implicado en las resoluciones opuestas».

Ahora bien, en el presente caso no nos encontramos ante dos resoluciones contradictorias respecto de un supuesto idéntico en los datos con relevancia jurídica. Por una parte, no se aprecia la contradicción en los datos denunciada, pues —como señala el Ministerio Fiscal— la Sentencia de apelación toma en consideración expresamente la situación familiar del recurrente, si bien considerando que no es «dato suficientemente relevante, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren» y, tras efectuar la ponderación con las restantes circunstancias concurrentes, se concluye que la expulsión es proporcionada «sin que el apelante haya acreditado la concurrencia de circunstancias especiales que en su caso permitan llegar a otra conclusión». Por tanto, esta última afirmación no puede ser sacada de su contexto y, en dicho contexto, no significa —como pretende el recurrente— que el órgano judicial no considere acreditado el arraigo familiar de forma contradictoria con lo resuelto en el mismo procedimiento al acordar la suspensión cautelar de la expulsión; lo que afirma el órgano judicial es que tal arraigo, a la vista del conjunto de circunstancias del caso, no puede valorarse como una circunstancia especial que determine la desproporción de la expulsión. Por otra parte, resulta patente que el dato del arraigo familiar puede ser valorado de forma distinta por los órganos judiciales al adoptar una medida cautelar de suspensión de la expulsión —medida que proporciona una tutela cautelar de los intereses del demandante, tendente a asegurar la efectividad de la sentencia (art. 129.1 LJCA), tras ponderar ante todo los intereses en conflicto (art. 130 LJCA)— y posteriormente en la Sentencia que realiza el enjuiciamiento de fondo que resuelve el recurso contencioso-administrativo, pues los datos con relevancia para tal enjuiciamiento de fondo no son necesariamente los mismos, ni la misma ha de ser necesariamente la ponderación del arraigo familiar a unos y otros efectos.

Procede, pues, un pronunciamiento denegatorio del amparo [art. 53 b) LOTC].

## FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Bolívar Alonso Teran Mejía.

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

Dada en Madrid, a veintiséis de noviembre de dos mil nueve.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.