

**Suplemento****TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

**16807** *Sala Segunda. Sentencia 145/2011, de 26 de septiembre de 2011. Recurso de amparo 1101-2010. Promovido por don Javier Isaías Constante Tipán en relación con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó, en apelación, su recurso contra la Delegación del Gobierno en Madrid por sanción de expulsión del territorio nacional. Vulneración del derecho de defensa: resolución administrativa que impone una sanción de expulsión del territorio nacional, en lugar de la sanción de multa prevista por la ley con carácter general, fundándose en datos incorporados a la propuesta de resolución, de la que no se dio traslado al interesado.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Eugeni Gay Montalvo, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Ramón Rodríguez Arribas, don Francisco José Hernando Santiago, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 1101-2010, promovido por don Javier Isaías Constante Tipán, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Sonia Esquerdo Villodres y asistido por el Abogado don César Pinto Cañón, contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 8 de septiembre de 2008 que le impuso la sanción de expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada durante diez años, por la comisión de una infracción grave prevista en el art. 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; así como contra la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 28 de octubre de 2009 en el rollo de apelación núm. 1198-2009. Ha sido parte el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Francisco José Hernando Santiago, quien expresa el parecer de la Sala.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 10 de febrero de 2010, la Procuradora de los Tribunales doña María Sonia Esquerdo Villodres, actuando en nombre y representación de don Javier Isaías Constante Tipán, interpuso recurso de amparo constitucional contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2. Los fundamentos de hecho de la demanda son los siguientes:

a) Por acuerdo de 22 de mayo de 2008 del Comisario jefe de la brigada provincial de extranjería y documentación de Madrid, se inició procedimiento administrativo sancionador contra el demandante de amparo, de nacionalidad ecuatoriana, a causa de encontrarse irregularmente en territorio español, situación constitutiva de la infracción grave prevista en el art. 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, en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

b) Tras la notificación del acuerdo de incoación el mismo día 22 de mayo de 2008, el demandante de amparo alegó encontrarse en situación de arraigo en España como consecuencia de diversas circunstancias personales (en esencia, estar casado con una mujer titular de una segunda tarjeta de residencia, con la que tiene dos hijos menores de edad escolarizados en centros españoles), solicitando que, en caso de apreciarse la existencia de infracción, se acordara, en virtud del principio de proporcionalidad, la sanción de multa y no la de expulsión.

c) El 24 de junio de 2008 el instructor del procedimiento elevó propuesta de resolución –que no le fue notificada al demandante de amparo– en la que proponía su expulsión del territorio español por un período de diez años, destacando, junto a la permanencia ilegal en España, que con anterioridad al inicio del expediente había sido detenido en tres ocasiones, en aplicación de la legislación sobre extranjería, incoándose otros tantos expedientes de expulsión, posteriormente archivados; que el expedientado no acreditaba tener relación laboral u oferta de empleo, ni vínculos significativos con la sociedad española; y, sobre todo, que tenía antecedentes policiales por abuso sexual; asimismo, constaba la apertura de unas diligencias previas por delito de malos tratos en el ámbito familiar y la adopción de una orden judicial de alejamiento respecto de su esposa (datos que no aparecían en el acuerdo de incoación notificado).

d) La Delegada del Gobierno en Madrid acordó, mediante resolución de 8 de septiembre de 2008, imponer al demandante la sanción de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España por un periodo de diez años, en atención a que las manifestaciones contenidas en el escrito de alegaciones no «desvirtúan los hechos imputados, constando en el expediente además de la permanencia irregular en España, otros datos negativos sobre su conducta, al haber sido detenido en varias ocasiones por presuntos delitos de malos tratos en el ámbito familiar y abuso sexual, 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».

e) El demandante de amparo impugnó la resolución administrativa en la vía judicial, alegando: (i) la vulneración del derecho a la defensa en relación con el principio acusatorio (art. 24.2 CE), porque la propuesta de resolución no le fue notificada, pese a que en ella se introducían hechos nuevos relevantes, obviándose el trámite de audiencia; (ii) la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al haberse tomado en consideración, de cara a acordar la expulsión, unos meros antecedentes policiales, sin haber averiguado la Administración el resultado final de las diligencias; (iii) la falta de proporcionalidad de la resolución, por no concurrir elementos negativos más allá de la estancia irregular; (iv) la infracción del derecho a la vida familiar [art. 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH)] y del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), porque las circunstancias de arraigo alegadas por el sancionado no fueron examinadas por la Administración; y (v) la falta de motivación de la decisión de someter la prohibición de entrada al plazo máximo de diez años. Al recurso se adjuntaban diversas resoluciones judiciales mediante las que se archivaban procedimientos incoados contra el demandante de amparo, de un lado, y una Sentencia por la que se le condenaba a una pena de multa por una falta de hurto.

f) El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 28 de Madrid estimó el recurso mediante Sentencia de 14 de mayo de 2009, por considerar que la resolución impugnada incumplía las exigencias impuestas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la motivación de la decisión de imponer la sanción de expulsión, en lugar de la de multa.

g) El Abogado del Estado interpuso recurso de apelación alegando, en síntesis, que la sanción de expulsión no fue desproporcionada debido a la situación irregular en la que se hallaba el recurrente, a su falta de intento de regularización, sus antecedentes policiales y penales, así como la dudosa concurrencia de circunstancias de arraigo familiar.

h) El recurso de apelación fue estimado por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid mediante Sentencia de 1 de abril de 2005, que confirmó la resolución administrativa impugnada porque «los antecedentes judiciales del actor evidencian su total inadaptación social, constituyendo un potencial peligro de actuaciones generadoras de una extraordinaria alarma social. La absolución de los dos delitos de malos tratos en el ámbito familiar ha sido consecuencia de la renuncia –voluntaria o forzada– de la víctima que, por la documentación obrante en las actuaciones, no parece que conviva desde 2007 con el actor». Por todo ello, la Sala concluye que la resolución impugnada «está motivada, explicitando las razones que le llevan a optar por la expulsión y no por la multa, sin que, como bien alega el Sr. Abogado del Estado en su apelación, el hecho de tener dos hijos en España sea motivo bastante para enervar la expulsión en un supuesto como el de autos, en el que la conducta del apelado no parece, precisamente, que sea lo suficientemente edificante como para hacerse acreedor de la necesidad o conveniencia de la proximidad de sus hijos menores».

i) Contra la Sentencia de apelación interpuso el demandante de amparo un incidente de nulidad de actuaciones alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) porque aquélla no se había pronunciado sobre todos los motivos alegados en la demanda, así como del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), porque (i) la Sentencia considera cierto el relato de hechos mantenido por la acusación en el proceso penal sustanciado contra él por el delito de malos tratos pese a que fue absuelto; (ii) se considera acreditado que el actor tiene antecedentes penales cuando esto es erróneo; (iii) se descalifica al actor como padre sin contar con informes sociales o psicológicos; y (iv) no se aplica la doctrina del Tribunal Supremo conforme a la cual la detención policial sin ulterior condena penal resultaría por sí sola irrelevante, debiendo la Administración averiguar cuál fue el resultado de las actuaciones policiales y dejar constancia de ello en el expediente.

j) Mediante providencia de 18 de diciembre de 2009 la Sala inadmitió el incidente por considerar que lo pretendido con él era «atacar en cuanto al fondo la Sentencia dictada en segunda instancia, algo que excede del excepcional y estrecho marco del incidente de nulidad de actuaciones».

3. El demandante de amparo comienza señalando que el presente recurso de amparo es de los denominados mixtos, por cuanto en él se aducen, al tiempo, quejas relativas a la resolución sancionadora de la Delegación del Gobierno en Madrid y otras que se refieren a la Sentencia dictada en grado de apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En relación con la actuación administrativa, se aducen las siguientes vulneraciones constitucionales: a) En primer lugar, la resolución habría vulnerado el derecho a la defensa y el principio acusatorio (art. 24.2 CE) porque al demandante no se le notificó la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente, pese a que en ella se introdujeron hechos nuevos y relevantes (los relativos a sus anteriores detenciones) respecto de los cuales no tuvo la oportunidad de alegar. b) En segundo término, la resolución habría vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) porque de una mera reseña de detenciones no cabe deducir un comportamiento antisocial, más aún cuando a todas esas detenciones, excepto una, siguió el archivo o la absolución. c) En tercer lugar, no se habrían valorado las circunstancias alegadas por el recurrente que acreditaban su arraigo en España (la convivencia con su cónyuge, que sí disponía de autorización de residencia en España; y con sus dos hijos, menores de edad y escolarizados), de tal manera que la expulsión habría lesionado los derechos a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), así como las exigencias que se derivan del art. 39.1 CE en relación con la protección de la familia y de los hijos. d) Por último, se aduce la doctrina contenida en la STC 140/2009, de 15 de junio, en la que se declara que la opción por la sanción de expulsión, sin valorar las circunstancias familiares concurrentes, infringe el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En segundo lugar, el demandante de amparo expone las lesiones constitucionales que imputa a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: a) Así, la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al dejar sin resolver la Sentencia varios motivos formulados en la demanda inicial, en la que se adujo la falta de notificación de la propuesta de resolución y la omisión del trámite de audiencia, la vulneración del principio de presunción de inocencia y la falta de motivación de la duración –diez años– de la prohibición de entrada en España. b) De otra parte, la Sentencia de apelación también habría vulnerado el principio de presunción de inocencia (art. 24.2 CE) pues acepta los hechos imputados al recurrente por el Fiscal en un proceso penal pese a su posterior absolución; de otro, la Sentencia considera que el recurrente tiene antecedentes penales y que quiere mantenerse en situación de ilegalidad cuando esto es manifiestamente erróneo; en tercer lugar, se descalifica de plano al recurrente como padre, sin el menor informe elaborado por servicios sociales y psicológicos; y, por último, se aplica al caso una doctrina jurisprudencial acerca de los efectos de la mera detención que está superada expresamente por el propio Tribunal Supremo.

4. Mediante providencia de 22 de julio de 2010 la Sala Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo, así como dirigir atenta comunicación a la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 28 de Madrid para que remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 1198-2009 y al procedimiento abreviado núm. 1434-2008, respectivamente; así como para que por el Juzgado se emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, a fin de que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

5. Mediante otra providencia de la misma fecha se acordó formar pieza separada de medidas cautelares y, de conformidad con lo previsto en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), conceder un plazo común de tres días a las partes, para que alegaran lo que estimasen pertinente en relación con la petición de suspensión.

El Abogado del Estado presentó su escrito de alegaciones el 28 de julio de 2010, en el que, pese a reconocer que existe algún precedente favorable a la suspensión de las sanciones de expulsión de extranjeros, instaba a este Tribunal a denegarla en virtud de la regla general establecida en el art. 56 LOTC, por entender que ninguno de los argumentos aducidos por la parte actora para fundamentar su solicitud podían ser acogidos. Mediante escrito registrado el 31 de julio de 2010 la representación procesal del recurrente formuló sus alegaciones, en las que, tras invocar los AATC 82/1999, de 12 de abril, y 356/2008, de 10 de noviembre, reiteraba la solicitud de suspensión, apoyándola en los argumentos ya expuestos en la demanda. El Ministerio Fiscal, en escrito presentado el 10 de septiembre de 2010, estimó procedente que se acordase la suspensión solicitada por entender que, conforme a lo razonado en los citados AATC 82/1999 y 356/2008, la ejecución de la sanción haría perder al amparo su finalidad, toda vez que los perjuicios de carácter personal, económico y familiar derivados de dicha ejecución serían de imposible resarcimiento en caso de estimarse el recurso de amparo. Finalmente esta Sala, mediante el ATC 156/2010, de 15 de noviembre, acordó suspender la ejecución de las resoluciones impugnadas.

6. A través de escrito registrado el 26 de julio de 2010, el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, solicitó que se le tuviera por personado en el procedimiento.

7. Por diligencia de ordenación de 29 de noviembre de 2010 se tuvo por personado y parte al Abogado del Estado en representación de la Administración general del Estado y se acordó, a tenor de lo establecido en el art. 52.1 LOTC, dar vista de todas las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por un plazo común de veinte

días, para que dentro del mismo pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

8. El Abogado del Estado presentó sus alegaciones en escrito registrado el 10 de enero de 2011, en el que solicita, con carácter previo, la inadmisión de la demanda de amparo, por no contener una justificación suficiente acerca de la especial trascendencia constitucional del recurso. Con cita de los AATC 188/2008, de 21 de julio (FJ 2); 289/2008, de 22 de septiembre (FJ 2); y 290/2008, de 22 de septiembre (FJ 2), señala que «la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental... sin que corresponda a este Tribunal reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de argumentación que sobre él recae en orden a justificar esa especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo que ha interpuesto»; añadiendo el ATC 252/2009, de 19 de octubre (FJ 1) que «por situarse en planos diferentes el razonamiento sobre la existencia de la lesión del derecho fundamental y la argumentación relativa a la trascendencia constitucional del recurso de amparo tendente a su restablecimiento y preservación, uno y otra son necesarios, de modo que la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo». A juicio del Abogado del Estado la demanda de amparo incurre justamente en la confusión censurada en esta doctrina constitucional.

Subsidiariamente, solicita la desestimación de la demanda de amparo. A tal fin, comienza señalando que la facultad de sancionar con expulsión la falta del art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000 está prevista legalmente y el derecho a ser informado de la infracción imputada ha de referirse en el presente caso a la conducta descrita por el mencionado precepto, de cuya imputación ha sido debidamente instruido el expedienteado desde la apertura misma del procedimiento sancionador. Añade que ninguna lesión del derecho a la presunción de inocencia existe respecto a los hechos constitutivos de la infracción sancionada; y para formar el juicio de proporcionalidad a la hora de sancionar con la expulsión es perfectamente lícito que la Administración tome en consideración los hechos que determinaron detenciones policiales, aunque luego no culminaran en una sanción penal por la negativa de la víctima a declarar contra su marido, siendo el propio expedienteado quien debe alegar en su descargo que los antecedentes que resulten de las bases de datos policiales carecen de virtualidad jurídica para fundamentar la sanción más grave de expulsión, puesto que sólo él es conocedor de lo posteriormente ocurrido y puede obtener fácilmente testimonios y certificaciones de Juzgados, Tribunales y registros centrales. La celeridad con que el legislador orgánico ha dispuesto que se tramite el procedimiento preferente de expulsión es incompatible con imponer al instructor de las diligencias policiales la carga de averiguar –caso por caso– el resultado judicial final de las actuaciones policiales.

Añade que, contra lo que sostiene la demanda, el derecho a la vida familiar no está incluido en el ámbito de protección del art. 18.1 CE (con cita de las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, y 60/2010, de 7 de octubre); y el Convenio europeo no es parámetro de constitucionalidad, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 10.2 CE, por lo que no corresponde a este Tribunal examinar supuestas infracciones del art. 8.1 de aquel texto internacional. Por lo demás, la supuesta infracción de los apartados 1 y 2 del art. 39 CE está fuera del ámbito del recurso de amparo (arts. 53.2 CE y 41.1 y 3 LOTC).

En relación con la Sentencia de apelación, rechaza el Abogado del Estado la existencia de una infracción autónoma del art. 24.1 CE pues la misma simplemente estima el recurso de apelación y motiva adecuadamente por qué entiende que es conforme a derecho el acto administrativo impugnado. Igualmente rechaza que la Sentencia de apelación vulnere el derecho a la presunción de inocencia por haber tomado en consideración una prueba documental que el recurrente creyó de descargo, pero que la Sala valoró diferentemente; esta discrepancia valorativa carece de relieve constitucional y no lesiona el derecho a ser presumido inocente, derecho que difícilmente puede ser violado por una jurisdicción que, como la contencioso-administrativa, no sanciona sino



que simplemente revisa la legalidad de las que impone la Administración titular de la potestad sancionadora.

9. La representación procesal del demandante de amparo presentó sus alegaciones el 12 de enero de 2011, mediante escrito en el que, en lo sustancial, se reiteran los razonamientos consignados en el escrito de demanda.

10. La Fiscalía ante este Tribunal Constitucional, por escrito registrado el 25 de enero de 2011, solicitó la reclamación del expediente administrativo de expulsión tramitado por la Delegación del Gobierno en Madrid. Una vez recibido, se dio vista del mismo a las partes, para que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes; haciéndolo el Abogado del Estado mediante escrito presentado el 21 de marzo de 2011, en el que se ratifica en su precedente escrito alegatorio, al igual que hizo el demandante de amparo en escrito presentado el 30 de marzo de 2011.

11. La Fiscalía ante este Tribunal Constitucional presentó su escrito de alegaciones el 15 de abril de 2011, en el que solicita el otorgamiento del amparo solicitado, coincidiendo parcialmente con el planteamiento del demandante de amparo.

En relación con la resolución sancionadora dictada por la Delegación de Gobierno en Madrid, señala los siguientes aspectos: a) se ha causado la vulneración del derecho de defensa y del principio acusatorio (art. 24.2 CE), en cuanto no consta en el expediente la notificación de la propuesta de resolución, existiendo una diferencia sustancial entre el acuerdo de incoación y la propuesta de resolución que luego se traslada a la definitiva resolución: la existencia y valoración de antecedentes policiales y judiciales; b) por el contrario, rechaza que se haya producido la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), pues en el expediente constan los datos sobre los que se apoya la aplicación del art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000; c) tampoco aprecia que la eventual separación familiar derivada de una sanción de expulsión suponga una vulneración aquí denunciante del art. 39 CE, en cuanto que éste se encuentra fuera de los derechos fundamentales susceptibles de amparo (arts. 53 CE y 41.1 LOTC) y, por otra parte, el invocado art. 8.1 CEDH no se integra en el derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 CE; d) por último, sostiene la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), dada la carencia de antecedentes policiales con entidad bastante y la omisión de la comprobación de su resultado, unido a la falta de ponderación de la documentación acreditativa de un eventual arraigo familiar, constituye una falta de motivación contraria al principio de proporcionalidad.

A continuación, el Ministerio Fiscal se refiere a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: a) en primer lugar, afirma que incurre en incongruencia omisiva por no dar respuesta a todos los motivos formulados en el recurso contencioso-administrativo, limitándose a reconsiderar lo tratado por la Sentencia de primera instancia; b) por el contrario, rechaza la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), dando por reproducidas las consideraciones efectuadas en relación con la resolución administrativa impugnada: c) por último, considera que la Sentencia incurre en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por ser insuficiente e infractora del principio de proporcionalidad la motivación que justifique la sanción de expulsión.

12. Por providencia de 22 de septiembre de 2011 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 26 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid de 8 de septiembre de 2008 que impuso al demandante –de nacionalidad ecuatoriana– la sanción de expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada durante diez años, por la comisión de una infracción grave –encontrarse

irregularmente en España— prevista en el art. 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 (en adelante, LOEx), en la redacción dada al precepto por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

El demandante no niega el carácter irregular de su estancia en el territorio español ni la pertinencia de que tal situación hubiese sido sancionada con la multa prevista en el art. 55.1 b) LOEx. Pero sostiene que la decisión de imponer la sanción de expulsión (art. 57.1 LOEx) se ha adoptado con vulneración de su derecho a la defensa (art. 24.2 CE), pues no se le notificó la propuesta de resolución del expediente, pese a que en ella se introdujeron hechos nuevos relevantes para sustentar la sanción de expulsión, respecto de los cuales no tuvo la oportunidad de alegar y aportar prueba; también el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por no estar acreditado que hubiese mantenido un comportamiento antisocial en España; igualmente, el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), en la medida en que no se ha valorado su situación de arraigo familiar en España; y, por último, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), dada la carencia de adecuada motivación de la opción por la sanción de expulsión, en lugar de la multa.

El reproche se extiende a la Sentencia de 28 de octubre de 2009 dictada en grado de apelación por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a la que imputa no sólo no haber reparado las infracciones constitucionales atribuidas a la resolución administrativa sino también la causación de nuevas lesiones autónomas, tanto del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) — por incurrir en incongruencia omisiva— como del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Coincide parcialmente con este parecer el Ministerio Fiscal, quien aprecia que la resolución administrativa ha vulnerado el derecho a la defensa del demandante (art. 24.2 CE) y que tanto la resolución administrativa como la judicial han lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en cuanto carecen de una motivación suficiente y acorde con el principio de proporcionalidad que justifique la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la de multa. Por el contrario, el Abogado del Estado aduce, con carácter previo, que la demanda de amparo debe ser declarada inadmisibile, pues no cumple con la exigencia establecida en el art. 49.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso. Subsidiariamente, sostiene que la demanda debe ser desestimada, pues ni la resolución administrativa ni la judicial incurrir en las vulneraciones constitucionales que se alegan por el demandante.

2. Una vez delimitado el objeto de nuestro enjuiciamiento, debemos abordar con carácter previo el óbice aducido por el Abogado del Estado, examinando si, como considera, la demanda de amparo se halla incurso en la causa de inadmisión derivada del incumplimiento de la exigencia impuesta por el art. 49.1 *in fine* LOTC de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso.

Ciertamente, la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, ha reformado la configuración del proceso constitucional de amparo mediante la introducción en el art. 50.1 b) LOTC de una nueva condición de admisibilidad: la necesidad de que el recurso tenga una «especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». A lo cual se añade la incorporación de un último inciso en el art. 49.1 LOTC, en el que se establece que «en todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso».

Es preciso, por tanto, diferenciar la necesidad de que el recurso de amparo ofrezca una especial trascendencia constitucional, cuya apreciación, claro está, sólo puede corresponder a este Tribunal, atendiendo a los criterios señalados por el art. 50.1 b) LOTC; y, de otro lado, la exigencia impuesta al recurrente por el art. 49.1 *in fine* LOTC de alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, siendo esta última condición la que el Abogado del Estado considera incumplida en el presente caso.

Sin embargo, el examen del escrito de demanda pone de manifiesto que el recurrente destina un apartado de la misma –el séptimo– dirigido expresamente a dar cumplimiento a la exigencia impuesta por el art. 49.1 *in fine* LOTC, vinculando la especial trascendencia del recurso a la conveniencia de unificar los criterios de los Tribunales Superiores de Justicia, pues tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de diciembre, el Tribunal Supremo ha dejado de conocer de la materia de que dimana este recurso; a la necesidad de que este Tribunal Constitucional establezca jurisprudencia acerca del art. 18.1 CE con relación al art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en materia de extranjería; y, también, a la necesidad de corregir el apartamiento en que incurren, a su juicio, las resoluciones impugnadas respecto de la doctrina de este Tribunal Constitucional en diversos aspectos.

Sin perjuicio de la consideración de fondo que tal justificación pueda merecer, debemos no obstante considerarla suficiente a los efectos, de alcance instrumental, de proporcionar al Tribunal elementos de juicio para decidir sobre la admisibilidad de la demanda; recordando que si *ab initio* el Tribunal se consideró suficientemente ilustrado, no cabe sino hacer un uso prudente de la facultad de inadmitir posteriormente la demanda por meros defectos en el modo de redactarla (SSTC 248/2005, de 10 de octubre, FJ 3; y 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2).

3. Descartado el óbice procesal formulado por el Abogado del Estado, debemos iniciar nuestro enjuiciamiento por el examen de las quejas relativas a la actuación administrativa, pues como señalamos en la STC 5/2008, de 21 de enero (FJ 3), puede sostenerse como criterio general que en los amparos mixtos la pretensión deducida por la vía del art. 43 LOTC es autónoma y su examen resulta, en principio, preeminente, puesto que la comisión de una lesión constitucional en el transcurso del proceso judicial no impide que el acto administrativo siga siendo el verdadero objeto del proceso de amparo (en el mismo sentido, SSTC 156/2009, de 29 de junio, FJ 3; y 35/2010, de 19 de julio, FJ 2). Y, dentro de ellas, de modo particular hemos de comenzar por la referida a la vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), tanto por su carácter procesal como porque su estimación haría innecesario nuestro pronunciamiento sobre las restantes denuncias, al dar lugar su eventual estimación a una retroacción de actuaciones (SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 1; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 2; 41/2005, de 28 de febrero, FJ 6; 54/2006, de 27 de febrero, FJ 4; y 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 2, por todas).

El examen de esta queja debe iniciarse recordando que constituye reiterada doctrina de este Tribunal, desde la STC 18/1981, de 8 de junio, 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 (por todas, STC 17/2009, de 26 de enero, FJ 2), incluyendo en esas garantías el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión. En particular, el ejercicio del derecho de defensa en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone, ante todo, que el implicado sea emplazado, tomando conocimiento de la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa. Pero más allá del elemental deber de la Administración de comunicar al afectado la incoación del expediente sancionador, es preciso que éste tenga 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.

En este sentido, una vez concluida la instrucción del expediente sancionador, la propuesta de resolución que formule el instructor, si es inculpatoria, cumple la destacada función de constituir la imputación, para lo cual en esa propuesta «se fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso» (art. 18 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora). En igual



sentido, hemos apreciado «como elementos indispensables de toda acusación sobre los que debe versar el ejercicio del derecho de defensa», por una parte la inalterabilidad o «identidad de los hechos que se le imputan» y, por otra, «la calificación de la falta y sus consecuencias punitivas» (STC 160/1994, de 23 de mayo, FJ 3).

Dada la relevante función que en el seno del procedimiento sancionador cumple la propuesta de resolución, hemos dicho que «sin ningún género de dudas, el derecho a conocer la propuesta de resolución de un expediente sancionador, claramente estipulado en las normas del procedimiento administrativo, forma parte de las garantías que establece el art. 24.2 CE, pues sin él no hay posibilidades reales de defensa en el ámbito del procedimiento»; de modo que la falta de comunicación de la propuesta de resolución del expediente «constituye sin duda una violación del derecho constitucional del expedientado a su defensa en el seno del procedimiento administrativo sancionador e, incluso, más en concreto... del derecho del interesado a ser informado de la acusación formulada contra él, reconocido en el art. 24.2 CE» (SSTC 29/1989, de 6 de febrero, FJ 6; 145/1993, de 26 de abril, FJ 3; 160/1994, de 23 de mayo, FJ 3; y 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3).

Ahora bien, con arreglo a nuestra propia jurisprudencia, para que la ausencia de notificación de la propuesta de resolución alcance relevancia constitucional es preciso que, como se dijo en la STC 98/1989, de 1 de junio (FJ 7), tal omisión hubiese provocado que disminuyeran 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. Por ello, carecerá de toda relevancia constitucional la falta de notificación de la propuesta de resolución si la misma reproduce el contenido del acuerdo de incoación, o en su caso del pliego de cargos, en sus elementos esenciales: relato de los hechos, calificación jurídica de los mismos e individualización de la sanción cuya imposición se sugería. Si el expedientado tuvo oportunidad de alegar respecto de ese contenido, no es posible apreciar que la ausencia de traslado de la propuesta de resolución con la que concluyó la instrucción del expediente mermara su derecho de defensa ni le causara indefensión material alguna (SSTC 145/1993, de 26 de abril FJ 3; y 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5). En este sentido, tanto el art. 84.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como el art. 19.2 del ya citado Real Decreto 1398/1993, autorizan al órgano instructor a prescindir del trámite de audiencia «cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado», de modo que en estos casos la ausencia del trámite por sí sola no ha de producir la ilegalidad de la resolución, pues lo determinante es que se haya producido indefensión real.

4. En el presente caso, la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente incorporó determinados datos fácticos que no figuraban en el acuerdo de incoación, concretamente los datos de que con anterioridad había sido detenido en tres ocasiones en aplicación de la legislación sobre extranjería, incoándose otros tantos expedientes de expulsión, posteriormente archivados; que el expedientado no acreditaba tener relación laboral u oferta de empleo, ni vínculos significativos con la sociedad española; y, sobre todo, se destacaba que tenía antecedentes policiales por abuso sexual; asimismo, se hacía constar la apertura de unas diligencias previas por delito de malos tratos en el ámbito familiar y la adopción de una orden judicial de alejamiento respecto de su esposa.

Estos nuevos datos resultaron relevantes puesto que sirvieron para sustentar la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la de multa. Hemos de recordar que en la STC 140/2009, de 15 de junio (FJ 3), afirmamos que el 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. Concretamente, en relación con la posibilidad prevista legalmente en el art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de que en los casos de comisión de determinadas infracciones se pueda imponer, en lugar de la sanción de multa, la de expulsión del territorio nacional, hemos reiterado que

la imposición de esta sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración, como son los previstos en el art. 55.3 en relación con el art. 50 de la citada ley, que remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992, 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 art. 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000 (SSTC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4; y 140/2009, de 15 de junio, FJ 3).

Precisamente, en el presente caso la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la de multa, se sustentó en los nuevos datos incorporados en la propuesta de resolución. En efecto, en la resolución definitiva de la Delegada del Gobierno en Madrid se afirma que constan en el expediente, «además de la permanencia irregular en España, otros datos negativos sobre su conducta, al haber sido detenido en varias ocasiones por presuntos delitos de malos tratos en el ámbito familiar y abuso sexual, 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».

Esos hechos nuevos incorporados a la propuesta de resolución, que no fue notificada, no implicaban una nueva calificación jurídica ni tampoco la imposición de una sanción distinta de la anunciada, pero sí eran relevantes desde el punto de vista de la licitud de la opción de la Administración en favor de la sanción de expulsión frente a la de multa, pese a lo cual no le fue posible al demandante de amparo cuestionar la relevancia de esas detenciones mediante los documentos acreditativos del archivo o de su absolución en los procedimientos correspondientes, algo que sólo pudo hacer en la vía judicial, precisamente como consecuencia de la falta de notificación de la propuesta de resolución.

5. Producida la vulneración del derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador, el hecho de que el demandante de amparo disfrutara posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses, no subsana la vulneración del derecho a la defensa ocasionada en el previo procedimiento administrativo sancionador, pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que debe respetarse su ejercicio (STC 35/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

Ello es así, entre otras razones, porque como recuerda la STC 89/1995, de 6 de junio (FJ 4), y subrayan a su vez las SSTC 7/1998, de 13 de enero (FJ 6) y 59/2004, de 19 de abril (FJ 3), no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los Tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, «condenen» al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la Administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa «se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE» (STC 125/1983, de 26 de diciembre, FJ 3).

Una vez apreciado que la resolución administrativa sancionadora ha vulnerado el art. 24.2 CE, resulta innecesario continuar con el análisis del resto de las invocaciones realizadas en la demanda de amparo; de modo que, llegados a este punto, debemos fijar, con arreglo a lo dispuesto en el art. 55 LOTC, el alcance del amparo otorgado, que consistirá en anular tanto la resolución administrativa sancionadora como las posteriores resoluciones judiciales, con retroacción de actuaciones para que, a la vista de la propuesta

de resolución formulada por el instructor del expediente, pueda el recurrente oponer los medios de defensa que a su derecho convengan.

## 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 Javier Isaías Constante Tipán 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 Delegación del Gobierno en Madrid recaída el 8 de septiembre de 2008 en el expediente sancionador núm. 556823, así como la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 28 de octubre de 2009 en el recurso de apelación núm. 1198-2009 y la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 28 de Madrid el 14 de mayo de 2009 en el procedimiento abreviado núm. 1434-2008; retrotrayendo las actuaciones hasta el momento inmediatamente posterior a la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente sancionador, para que se dé audiencia al recurrente, en los términos recogidos en el fundamento jurídico 4 precedente.

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

Dada en Madrid, a veintiséis de septiembre de dos mil once.—Eugeni Gay Montalvo.—Elisa Pérez Vera.—Ramón Rodríguez Arribas.—Francisco José Hernando Santiago.—Luis Ignacio Ortega Álvarez.—Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.—Firmado y rubricado.