|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 48/2004 |
| Fecha | de 12 de febrero de 2004 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don Pablo García Manzano, doña María Emilia Casas Baamonde y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. |
| Núm. de registro | 7037-2002 |
| Asunto | Recurso de amparo 7037-2002 |
| Fallo | Inadmitir a trámite la presente demanda de amparo por concurrencia de la causa prevista en el art. 50.1.c) LOTC, en virtud de la manifiesta carencia de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por parte de este Tribunal Constitucional, con el  archivo de las presentes actuaciones. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro de este Tribunal con fecha de 11 de diciembre de 2002, la Letrada doña Inmaculada Ramírez García, en nombre y representación de don Hugo Mauricio Ramón, interpuso recurso de amparo contra la providencia de 8 de noviembre de 2002 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, que declara no apreciar la concurrencia en el caso de las circunstancias de especial urgencia que justifiquen la adopción de la medida cautelar solicitada sin oír a la parte contraria.

2. Los hechos que han dado lugar a la demanda de amparo, sucintamente expuestos, son los siguientes:

a) El demandante de amparo es de nacionalidad argentina. Tras la tramitación del correspondiente expediente administrativo, la Subdelegación del Gobierno de Las Palmas de Gran Canaria dictó resolución de 29 de octubre de 2002 por la que fue acordada su expulsión del territorio español durante tres años, con la consiguiente prohibición de entrada en España y en el resto del territorio de aplicación del Tratado de Schengen por igual periodo, debiendo abandonar dicho territorio en un plazo de 72 horas; ya que se le consideró responsable de una infracción grave del apartado a) del art. 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre, por "encontrarse irregularmente en territorio español. El mismo fue localizado (en Agosto de 2002) en el término municipal de Telde resultando que se encontraba en posesión de un pasaporte de Argentina ( ) en el que figura un sello de entrada en España de 15.3.2002 por lo que había excedido del periodo máximo de estancia de tres meses permitido, de donde se deduce su situación de ilegalidad en el país".

b) Notificado el demandante en la anterior resolución gubernativa el día 6 de noviembre de 2002, interpuso contra la misma el siguiente día 8 recurso contencioso-administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, al tiempo que en el escrito de interposición solicitaba la adopción de ["....medida cautelar provisionalísima (o inaudita parte) de dejar en suspenso la orden de expulsión del territorio nacional del recurrente en tanto se resuelva la medida cautelar ordinaria..."], alegándose que ["...la orden recurrida señala el plazo de 72 horas para que el interesado abandone el territorio nacional, plazo imposible para poder reunir la documentación que acreditará su arraigo y que sustentará la petición de la medida cautelar..."] y que ["Esta imposibilidad de acreditar los hechos que sustentan la petición de medida cautelar en el plazo dado por la Delegación supondría la imposibilidad del recurrente de interesar la tutela cautelar de esta Sala..."]; así como que ["....de no acceder a la petición de suspensión provisionalísima pedida por la actora devendría ilusorio entrar a discutir, en el procedimiento de medida cautelar con audiencia de la parte recurrida, si cabe o no la medida cautelar que se propondrá y acreditará para poder recopilar la documentación pertinente, pues el interesado ya (habría) tenido que salir del país, sin poder solicitar el amparo de la justicia"].

c) Por providencia de 8 de noviembre de 2002, la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, acordó admitir a trámite el recurso contencioso-administrativo del demandante (PO 754/2002). Por providencia de la misma fecha, la Sala acuerda "la tramitación ordinaria de las medidas cautelares " con el siguiente fundamento: ["Dada cuenta. Examinadas las alegaciones formuladas por la parte recurrente y la documentación aportada, no se aprecia la concurrencia en el caso de circunstancias de especial urgencia que justifiquen la adopción de la/s medida/s cautelares solicitada/s sin oír a la parte contraria, como requiere el art. 135 LJCA. En su lugar, aplíquese el trámite previsto en el art. 131 LJCA. Oigase a la Administración demandada por plazo de cinco días"].

3. La demanda de amparo denuncia que se ha lesionado el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de tutela cautelar. Dicho demandante relata que había solicitado del órgano judicial la medida cautelar del art. 129 LJCA -para que se suspendiera la ejecución del acto administrativo hasta que se resolviese definitivamente el recurso principal- y la medida cautelar del art. 135 LJCA - para que se suspendiera la ejecución del acto administrativo hasta que por el órgano judicial se resolviera sobre la suspensión del acto principal, mediante el procedimiento previsto en el art. 129 LJCA- , y que esta última petición cautelar inaudita parte estaba basada en que el recurrente tenía 72 horas para abandonar el territorio nacional, plazo dentro del cual sería imposible que la Sala correspondiente resolviera sobre la suspensión interesada. Para el demandante, tal medida cautelar provisionalísima tiene justificación en el derecho a la tutela judicial efectiva -al que tiene acceso toda persona con independencia de su nacionalidad-, así como en las competencias que atribuye el art. 106 CE al orden jurisdiccional, invocando al efecto la STS de 19 de diciembre de 1990, Sala Tercera, cuando afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende, entre otros, el derecho a la medida cautelar, así como las SSTS de 15 de marzo y 24 de abril de 1995 de la misma Sala (Sección Sexta) al alegar que el control judicial de la actividad administrativa abarca el ámbito de la ejecutividad de los actos de la Administración.

Si el interesado -se dice en la demanda- estaba obligado a abandonar el país en 72 horas tal y como señala el Decreto de expulsión, es realmente imposible, vista la práctica diaria de las Salas de lo Contencioso-administrativo, que en dicho periodo se cite a la parte contraria, se señale la oportuna comparencia y se resuelva sobre la petición interesada. De ahí que la resolución judicial recurrida vulnere el derecho a la tutela cautelar del demandante, pues el mismo puede ser expulsado de España sin que la Sala se haya pronunciado sobre la procedencia o no de la medida cautelar interesada.

4. El 2 de enero de 2003, mediante diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sección Segunda del Tribunal Constitucional, se acordó librar despacho al Colegio de Procuradores de Madrid para que designara al recurrente Procurador del turno de oficio que le represente en el recurso de amparo. Cumplimentado el despacho, por nueva diligencia de 24 de marzo de 2003 se tuvo por hecha la designación en el Procurador don Manuel Martínez de Lejarza Ureña.

5. De conformidad con lo previsto en el art. 88 LOTC, y mediante diligencia de ordenación de 16 de octubre de 2003, se requirió atentamente a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, para que en el plazo de diez días remitiera testimonio del procedimiento ordinario 754-2002, en materia de extranjería (pieza separada de medidas cautelares).

6. Por providencia de la Sección Segunda de 16 de octubre de 2003, se acordó abrir el trámite previsto en el art. 50.3 LOTC, concediendo un plazo común de diez días al demandante y al Ministerio Fiscal para efectuar las alegaciones que estimasen pertinentes en relación con la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 c) LOTC, consistente en carecer la demanda de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por parte de este Tribunal.

7. Evacuando el trámite de alegaciones, la representación procesal del demandante de amparo por escrito registrado el día 28 de octubre de 2003 interesó la admisión a trámite de su recurso. Después de reiterar las pretensiones de la demanda y sus fundamentos, alega que en el caso concurría una urgencia en la adopción de la medida cautelar, pues estimar lo contrario deja al interesado a merced de la Administración, dado que transcurrido el plazo de 72 horas sin que se hubiera resuelto por el órgano judicial sobre la medida cautelar interesada, la misma podría ejecutar dicha expulsión, sustrayendo así al poder jurisdiccional la facultad que le concede el art. 106 CE sobre el control de cualquier acto administrativo, de los que no quedan excluidos los actos de ejecución.

8. Por su parte, el Ministerio Fiscal, por escrito registrado el día 10 de septiembre de 2002, interesó la inadmisión de la demanda por concurrencia de la causa prevista en el art. 50.1 c) LOTC.

El Fiscal considera que, previamente a analizar la posible causa de inadmisión, debe delimitarse el verdadero objeto del presente proceso constitucional de amparo, que no es otro que la denegación, por parte del órgano judicial, de adoptar el trámite excepcional del art. 135 LJCA para resolver sobre la solicitud de suspensión del Acuerdo de expulsión dictado por la autoridad gubernativa, y cuya esencia se concreta en que el Tribunal pudiera resolver sobre dicha solicitud sin haber oído previamente a la parte contraria, es decir, a la propia Administración que había dictado el Acuerdo. En el fondo subyace la natural y lógica discrepancia entre los intereses del recurrente y la decisión finalmente adoptada, que se apoya en una interpretación razonable de la legalidad, sin que por esta misma circunstancia se rebasen los límites de la legalidad ordinaria. En efecto, como destaca la providencia judicial que denegó la acomodación al trámite del art. 135 LJCA, para omitir el trámite de audiencia a la otra parte es necesario que concurran, como indica el texto legislativo, circunstancias de especial urgencia que justifiquen no oír a la parte no recurrente en el proceso, lo que no es el caso ya que al actor se le aplicó el régimen general previsto por el art. 64.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en su vigente redacción operada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, como habría ocurrido en cualquier otra situación, sin que, por otro lado, en el escrito formulando su recurso el actor alegara otra razón, aparte de la propia derivada de la brevedad del plazo que marca la Ley, para acreditar esa urgente necesidad.

Ha de ponerse de manifiesto, además, que este trámite reviste un carácter excepcional por cuanto excepcional es también prescindir de la aplicación del principio de contradicción y audiencia que conlleva la resolución de la pretensión instada sin oír a la parte demandada, aunque sea en este supuesto la propia Administración que dictó la resolución recurrida, pues, en todo caso, también su derecho a la tutela judicial efectiva como parte exige que pueda contraponer sus argumentos a los sostenidos por el recurrente, antes de adoptar el órgano judicial una resolución sobre la suspensión instada.

Por último, es evidente que si el legislador ha establecido en el citado art. 64 una plazo tan perentorio para llevar a efecto la ejecución de la medida de expulsión y el plazo es aplicable con carácter general a todos los supuestos, la alegada premura no puede justificar, dada la vocación de generalidad del precepto, la adopción de un criterio aplicativo excepcional como el que se sostiene por el recurrente, porque en tal caso habría de convertirse lo que sea excepcional en general, contraviniendo de esta manera la propia esencia del precepto legal aplicable. A lo expuesto habría que añadir que, con posterioridad a la presentación de la demanda, la lectura de las actuaciones revela que, una vez que fue oída la Administración, el Tribunal dictó Auto por el que finalmente acordó rechazar la solicitud de suspensión instada, toda vez que el recurrente no acreditó su arraigo en territorio español, lo que viene a poner de manifiesto que en ningún caso le habría sido concedida su pretensión última que era la de evitar, a través de la suspensión del acto administrativo, la efectiva expulsión del territorio español en tanto no se resolviera el recurso interpuesto.

Los argumentos ahora detallados llevan al Ministerio Fiscal a considerar que la demanda carece manifiestamente de fundamento porque lo que se denuncia es simplemente la distinta interpretación que de la norma legal reguladora de un trámite procedimental llevó a efecto el órgano judicial, justificando, a mayor abundamiento, su decisión en que la parte solicitante no hubo acreditado las especiales razones de urgencia que le hubieran podido permitir su aplicación, sin que, por otra parte, la adopción de uno u otro trámite hubiese de resultar trascendente para la efectividad del derecho fundamental invocado pues, en definitiva, el Tribunal resolvió finalmente desestimar la petición de suspensión del acto administrativo, sin que los argumentos esgrimidos puedan reputarse como arbitrarios, manifiestamente irracionales o incursos en error patente.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige frente a la providencia de 8 de noviembre de 2002 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas de Gran Canaria, Sección Segunda, que declaró que "....no se aprecia la concurrencia en el caso de las circunstancias de especial urgencia que justifiquen la adopción de la medida cautelar solicitada sin oír a la parte contraria". La medida cautelar que había sido pedida al órgano judicial por un recurrente de nacionalidad argentina, hoy demandante de amparo constitucional, consistía en la suspensión provisionalísima -esto es, sin oír a la parte contraria (art. 135 LJCA)- de la ejecutividad del acto administrativo combatido en el proceso judicial, una resolución gubernativa acordando su expulsión por tres años del territorio español con la consiguiente prohibición de entrada en España y en el resto del territorio de aplicación del Tratado de Schengen.

El demandante se queja de que con la denegación de la suspensión cautelar provisionalísima ha visto vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), habida cuenta de la urgencia del caso derivada de su obligación de abandonar el territorio español como expulsado en el plazo de 72 horas, así como de la imposibilidad práctica de que el órgano judicial resolviese en ese breve tiempo sobre la pretensión cautelar aplicando el trámite ordinario que conlleva la previa audiencia de la parte contraria (art. 131 LJCA), con lo que, afirma, "puede ser expulsado de España sin que la Sala se haya pronunciado sobre la procedencia o no de la medida cautelar interesada".

El Ministerio Fiscal, por el contrario, interesa la inadmisión de la demanda de amparo, alegando su carencia de contenido constitucional [art. 50.1 c) LOTC].

2. Es doctrina constitucional la de que el derecho a la tutela judicial reconocido en el art. 24.1 CE no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (STC 14/1992, de 10 de febrero, FJ 7). La potestad jurisdiccional de suspensión responde como todas las medidas cautelares a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, la de evitar que un posible fallo favorable de la pretensión quede, contra lo dispuesto en el art. 24.1 CE, desprovisto de eficacia, guardando dicha eficacia o efectividad de la tutela judicial una estrecha relación con todo lo atinente a las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo y, en particular, con la regulación del régimen de suspensión del acto impugnado (STC 238/1992, de 17 de diciembre, FJ 3).

Por otro lado recordábamos en nuestra STC 199/1998, de 13 de octubre (FJ 2), que el privilegio de autotutela atribuido a la Administración pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el art. 103 CE, y que la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco ha de estimarse como incompatible con el art. 24.1 CE, pero sin que tal prerrogativa pueda primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos. Ahora bien, del art. 106.1 de la Constitución se deriva que la actuación administrativa está sometida al control de legalidad de los Tribunales, y el art. 117.3 CE atribuye a éstos no sólo la potestad de juzgar sino además la de ejecutar lo juzgado. De modo que si los particulares acuden ante éstos para impugnar los actos de la Administración y, en su caso, para que decidan sobre la ejecutividad o suspensión de los mismos, el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 implica que los órganos judiciales se deban pronunciar sobre ambos aspectos, con independencia del sentido concreto de la decisión. Por lo que se refiere a la ejecutividad o suspensión de los actos, ya en la STC 66/1984, de 6 de junio, se declaró que el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecución pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión, declaración esta reiterada en posteriores resoluciones (además de otras, SSTC 76/1992, de 14 de mayo; 148/1993, de 29 de abril; 341/1993, de18 de noviembre; 78/1996, de 20 de mayo; AATC 265/1985, de 24 de abril; 458/1988, de 18 de abril; 116/1995, de 4 de abril; 95/2000, de 30 de marzo). Y en sentido similar se afirmó que la protección de los Tribunales del orden contencioso-administrativo incluye la facultad de suspender cautelarmente los actos de ejecución en los términos que resulten precisos para garantizar la tutela judicial de los derechos implicados (AATC 371/1991, de 16 de diciembre; y 85/1992, de 30 de marzo).

3. Haciéndose eco de la doctrina constitucional transcrita, y siempre que concurran en el caso circunstancias de "especial urgencia", el art. 135 de la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) contempla la posibilidad de que los órganos de dicho orden jurisdiccional acuerden la medida de suspensión u otras medidas cautelares inaudita parte, consagrándose así por el legislador de 1998 lo que, en ese tiempo, ya era una consolidada doctrina y práctica de interpretación judicial -conforme a la Constitución- de los preceptos correspondientes de la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956, en aquellos supuestos en que la audiencia previa de la contraparte podía perjudicar la efectividad de la medida cautelar solicitada, con lo que la satisfacción de las exigencias del principio de contradicción quedaba pospuesta.

Por parte del demandante se insiste en la especial urgencia de su caso anudándola a la inminencia de la ejecución de su Orden de expulsión, lo que a su juicio justificaba e imponía desde el derecho del art. 24.1 CE el que el órgano judicial hubiera acordado la suspensión provisionalísima. Su planteamiento presupone que la providencia denegando la apertura del trámite del art. 135 LJCA no contiene la exigible respuesta judicial a su pretensión cautelar, considerando que tal respuesta habría sido retardada por la Sala de Canarias al cumplimiento del trámite ordinario del art. 131 LJCA, momento ulterior en el que el peticionario ya no podría ejercer su derecho a la justicia dado que entonces se hallaría fuera de España.

Sin embargo este planteamiento no puede ser asumido. Cuál deba ser el último sentido de la expresión "circunstancias de especial urgencia" recogida en el art. 135 LJCA es cuestión que no corresponde dirimir a este Tribunal Constitucional, pero sí la de comprobar, en los supuestos en que nos sea reclamado el amparo constitucional ex art. 24.1 CE, que se cumplieron las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva en todo momento, conforme a las cuales debe quedar asegurado que las pretensiones cautelares de los justiciables se someten a la consideración de un Tribunal de justicia, y que éste resuelva sobre las mismas. En el presente caso se constata que el órgano judicial examinó inmediatamente la petición cautelar del recurrente, siendo contestada en el mismo día en que fue deducida, y ello antes de que la orden de expulsión se hiciera efectiva. A la vista de lo alegado por el peticionario en su escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo, así como de la documentación que en éste se había adjuntado, elementos de juicio todos que fueron reseñados en la providencia cuestionada, la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias estuvo en condiciones de ponderar los derechos e intereses en conflicto -por un lado los generales (art. 103.1 CE), pero también los particulares del justiciable- así como la realidad del arraigo en España que el solicitante de la suspensión provisionalísima alegaba pero no concretaba, aunque sí constaba en el pasaporte del expulsado un sello de entrada en España con fecha de 15 de marzo de 2002. Sobre la base de la ponderación de todas estas circunstancias, que este Tribunal no podría someter a revisión [art. 117.3 CE y 44.1 c) LOTC], el órgano judicial vino a denegar la procedencia de aplicar el trámite del art. 135 LJCA, esto es, la suspensión cautelar inaudita parte; ello mediante una resolución que, si bien fue escueta, fue obtenida de inmediato y cabe tener fundada en Derecho dadas las circunstancias concurrentes.

4. Llegados a este punto debemos recordar que la mera discrepancia del justiciable con respecto a las decisiones impugnadas en amparo no puede subsumirse en absoluto en la hipótesis de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En este caso cabe comprobar que el demandante de amparo ejerció la posibilidad procesal de que la ejecutividad de su orden de expulsión fuera sometida a un control judicial que pudo concluir con la suspensión de los efectos del acto administrativo -si bien recibió del órgano judicial una respuesta negativa-, y ello antes de que los mencionados efectos comenzaran a desplegarse, evitándose así que la Administración se convirtiera en Juez, por emplear una expresión de nuestras SSTC 66/1984, FJ 3 y 78/1996, FJ 1.

Constatado que por parte del órgano judicial se dio cumplimiento a las exigencias que el art. 24.1 CE impone en el ámbito cautelar del proceso, decae la significación constitucional de las quejas del demandante, por lo que, como propone el Ministerio Fiscal, la demanda de amparo ha de ser inadmitida conforme al art. 50.1 c) LOTC.

Por todo lo expuesto, la Sección

ACUERDA

Inadmitir a trámite la presente demanda de amparo por concurrencia de la causa prevista en el art. 50.1.c) LOTC, en virtud de la manifiesta carencia de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por parte de este Tribunal Constitucional, con el

archivo de las presentes actuaciones.

Madrid, a doce de febrero de dos mil cuatro.