



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Encarnación Roca Trías, Presidenta; los magistrados don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5197-2019, promovido por don _____ contra, en primer lugar, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 22 de octubre de 2018, que estimó el recurso de apelación promovido por el abogado del Estado y confirmó la validez de las dos resoluciones dictadas por la Delegación del Gobierno en Cantabria el 6 de julio y 17 de octubre de 2017, acordando la expulsión del territorio nacional del recurrente y la prohibición de regreso al mismo, salvo en la reducción de esta última a un año frente al plazo original de 5 años fijado por aquellas resoluciones; y en segundo lugar, contra la providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 27 de junio de 2019, que inadmitió a trámite el recurso de casación promovido por el aquí recurrente contra la sentencia de apelación. Ha actuado el abogado del Estado e intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

I.- Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el 12 de septiembre de 2019, el procurador de los tribunales don [redacted] actuando en nombre y representación de don [redacted] bajo la defensa de la letrada doña Ana [redacted] interpuso demanda de amparo contra las resoluciones arriba mencionadas.

2. Los hechos con relevancia para la resolución del presente recurso de amparo y a los que se refiere la demanda presentada, son los siguientes:

A) Con fecha 13 de junio de 2017, el Jefe del Grupo Operativo de Extranjeros de la Jefatura Superior de Cantabria (Cuerpo Nacional de Policía), acordó incoar procedimiento administrativo contra el aquí recurrente, nacional de [redacted] nacido el [redacted] 7 y CON NIE [redacted], al entender que concurría sobre él la causa de expulsión del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante, LOEx), en la redacción dada a este precepto por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, esto es, por haber sido condenado por dos delitos dolosos castigados con pena privativa de libertad superior a un año, y no estar los antecedentes penales cancelados. A este respecto, se indica en el acuerdo de incoación que:

“El citado ciudadano extranjero se encuentra en la actualidad cumpliendo condena como penado, en virtud de EJECUTORIA 132/2016 del J. PENAL Nº CUATRO DE SANTANDER a DOS AÑOS de Prisión como autor de un DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN y EJECUTORIA 547/2015 DEL J. PENAL Nº DOS DE SANTANDER a UN AÑO de Prisión como autor de un DELITO DE ROBO CON VIOLENCIA E INTIMIDACIÓN. Consultadas las Bases de Datos de Antecedentes de la DGP, le constan detenciones por los Delitos mencionados. Consultadas las Bases de Datos de Extranjeros consta Autorización de Residencia Temporal por Reagrupación Familiar”.

B) Con fecha 16 de junio de 2017, la letrada del Colegio de Abogados de Cantabria doña [redacted] z, presentó escrito de alegaciones en nombre del recurrente, solicitando a la autoridad instructora el archivo del procedimiento. Tras reconocer la existencia de las dos sentencias de condena que reseña el acuerdo de incoación, se exponen las razones personales y de arraigo familiar del recurrente que justifican como preferente la solución del archivo:



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

“Así, en primer lugar, debemos partir del hecho de que se trata de una persona muy joven, que ni siquiera había cumplido los 20 años cuando cometió los hechos por los que ha sido condenado. Además, ambos delitos fueron cometidos en un breve espacio de tiempo, fruto de un problema de alcoholismo que padecía en aquellos momentos y de una serie de mala [sic] decisiones de las que está completamente arrepentido, sin que antes ni después haya vuelto a tener problema alguno con la justicia. Además, también debe tenerse en cuenta que ambas sentencias condenatorias fueron dictadas de conformidad y que la responsabilidad civil derivada de los delitos cometidos ya ha sido abonada en su integridad, lo que acredita que está asumiendo sus errores con una madurez infrecuente en una persona tan joven.

Finalmente, señalar que ya ha sido sancionado por su conducta, puesto que lleva año y medio cumpliendo condena en el Centro Penitenciario de El Dueso, donde su comportamiento desde su ingreso está siendo ejemplar, lo que le ha llevado a disfrutar de diversos permisos de salida y a que le concedan varias recompensas. Durante todo este tiempo no ha recibido sanción alguna y no solo está realizando las actividades prioritarias que se han establecido en el PIT (entre ellas, el tratamiento de su problema de alcoholismo, que está llevando a cabo en Proyecto Hombre con excelentes resultados), sino que también está realizando diversas actividades complementarias, como informática y deporte terapéutico, todas ellas con un aprovechamiento ‘excelente’ y ‘destacado’ (...). Por otro lado, el dicente residía hasta el momento de su ingreso en prisión con sus padres y su hermana. Toda la familia lleva más de siete años residiendo de forma legal en España y ambos progenitores tienen trabajo estable, con un contrato de trabajo indefinido. En cuanto a , antes de sus problemas con la Justicia, se encontraban [sic] cursando estudios de gestión administrativa en el Centro de Estudios de Formación Profesional Hernán Cortés y entrenaba a un equipo de fútbol infantil (...).

De todo ello se desprende que tanto el dicente como su familia tiene una vida perfectamente asentada en España, por lo que la expulsión de supondría un grave problema para todos ellos, ya que, o bien les obligaría a abandonar este país, puesto que, a sus apenas 20 años de edad, aún no ha completado sus estudios y depende económicamente de sus padres, sin que tenga ninguna familia en su país de origen que se pueda hacer cargo de él, o bien dejaría al dicente en una evidente situación de desamparo y sin medios para subsistir, ya que todo su arraigo familiar y social está en España, donde lleva viviendo desde que era un niño, sin que a día de hoy tenga ya ningún vínculo con su país de origen”.

También en el escrito se defiende que no procedería imponer la expulsión, con cita del art. 57.5,d) LOEx, al ser beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público,



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

pues luego de su excarcelación el recurrente recibirá el subsidio para liberados de prisión, al no tener derecho a su vez a recibir, añade, un subsidio por desempleo.

Junto con el escrito de alegaciones se consignaron, entre otros documentos:

(i) La sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. de Santander, el 25 de noviembre de 2015 (J...), por la que se condenó al aquí recurrente como autor de un delito de robo con violencia en grado de tentativa, a la pena de un año de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y por un delito leve de lesiones, a la pena de dos meses y un día de multa, a razón de una cuota diaria de 5 euros, más la condena por responsabilidad civil a pagar a la víctima un importe de 550 euros por las lesiones sufridas, y lo que se fijase en fase de ejecución por los daños causados en el bolso que aquella portaba. Se declaran como hechos probados, que el 14 de noviembre de 2015 a las 02:50 horas, en una vía pública de la ciudad el acusado arrebató a la víctima el bolso que ésta llevaba, "tirando violentamente del mismo (...) causando así la caída al suelo" de la víctima, iniciando entonces el acusado su huida aunque "inmediatamente" resultó aprehendido por agentes de la policía nacional que presenciaron los hechos. En la misma sentencia consta acordada por el Magistrado-Juez la medida de suspensión de la pena de prisión, con las condiciones para su vigencia.

(ii) La sentencia del Juzgado de lo Penal núm. de Santander, de 2 de febrero de 2016 (...), que condenó al recurrente y a otro acusado, como autores de un delito de robo con violencia y otro de lesiones leves, con la atenuante de reparación del daño, y la agravante en el aquí recurrente de reincidencia, a la pena a este último de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y la obligación de indemnizar a la víctima de manera solidaria. Se recogen como hechos probados, que el 23 de diciembre de 2015, sobre la 01:15 horas, al momento de acceder la víctima al portal de su vivienda fue abordada por el otro coacusado quien tiró violentamente del bolso que portaba colgado del hombro, forcejeando con ella y arrastrándola por el suelo, hasta que el aquí recurrente previo concierto con aquél intervino en su ayuda logrando que la víctima soltara su bolso, "dándose a la fuga y haciendo suyo el botín, hasta que fueron detenidos en las inmediaciones por una dotación policial". En la misma sentencia se acordó denegar la suspensión de la pena de prisión al aquí recurrente.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

(iii) Informes varios de la junta de tratamiento del centro penitenciario en el que estaba interno el recurrente, valorando positivamente diversas actividades realizadas por éste en prisión; y,

(iv) Certificaciones del padrón municipal del Ayuntamiento de Santander de 21 de febrero de 2017, constando como fecha de alta del recurrente, su padre y hermana, el 10 de septiembre de 2009; y de su madre desde el 21 de mayo de 2008.

C) Con fecha 6 de julio de 2017, la Directora del Área de Trabajo e Inmigración de la Delegación del Gobierno en Cantabria, actuando por delegación de competencias, acordó imponer al recurrente:

“...la expulsión del territorio español, por aplicación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción vigente, con la prohibición de entrada por el tiempo de 5 AÑOS, y se DECRETA así mismo la extinción de la autorización de residencia permanente de la que es titular en aplicación del art. 57.4 de la citada L.O. 4/2000 y el artículo 245.3 del R.D. 557/201 [sic]”.

-- Como hechos probados, la resolución mantiene los mismos que ya indicaba el acuerdo de incoación de expediente: las dos condenas penales referenciadas, la existencia de antecedentes penales no cancelados, y que consta la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, añadiendo a esto último: “2º renovación”).

-- En el Fundamento de Derecho cuarto, la resolución contesta a los motivos esgrimidos por el recurrente en el trámite de alegaciones, señalando la autoridad administrativa lo que sigue:

“El expedientado es titular de una residencia temporal por reagrupación familiar 2ª renovación concedida por esta Delegación de Gobierno el 08 de mayo de 2013, para la plena efectividad de la aplicación del art. 57.4 de la L.O. 4/2000, en su redacción vigente, [el cual] establece que: ‘la expulsión conllevará, en todo caso la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España el extranjero expulsado’.

Sobre lo manifestado por la letrada en que su patrocinado lleva residiendo en España 7 años junto a sus familiares (residentes legales): Sobre este caso concreto, ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo en su sentencia 2765/2011, de 28 de abril, (...) en su fundamento de derecho séptimo...”.

En este punto, la resolución resume lo declarado en esa sentencia del Alto Tribunal, en la que se negó que con base en las circunstancias del caso concreto procediera tener en cuenta la



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

situación de arraigo del interesado a efectos de no aplicar la expulsión prevista en el art. 57.2 LOEx. Sigue diciendo entonces la resolución administrativa en su Fundamento de Derecho cuatro:

“La conducta por la que el expedientado fue condenado es acreedora de un especial reproche social puesto que se trata de un delito contra las personas, sin que sea en modo alguno desdeñable el hecho de que para su comisión se sirvió de su condición de residente legal en España, por lo que el mantenimiento de dicha condición representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

Respecto a la afirmación de la letrada de que el expedientado en el momento de su excarcelación tendrá derecho a cobrar un subsidio de liberado de prisión, por lo que en base al art. 57.5.d) no le podrá ser impuesta la orden de expulsión. Si bien dicho art. de la L.O. 4/2000, no se podrá imponer la expulsión, salvo que la infracción sea la prevista en el art. 54.a), o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una sanción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, e [sic] los extranjeros que perciban una prestación por desempleo, matiza dicho precepto que habrá de ser de carácter contributivo. Se adjunta copia de la Diligencia de Informe del GOE de 27 de junio de 2017”.

D) Contra la resolución de 6 de julio de 2017, la letrada que actuaba en nombre del aquí recurrente interpuso recurso de reposición.

En dicho escrito se formula ante todo una puntualización, y es que “se está partiendo de la base de que [sic] es titular de una autorización de Residencia Temporal por Reagrupación Familiar, cuando lo cierto es que su autorización debería ser la de Residente de la [sic] Larga Duración”, situación que ya tiene su madre, por lo que es extensible a aquél conforme al art. 58 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que aprueba el Reglamento de la LOEx; además, “en el momento de la comisión de los delitos por los que ha sido condenado”, el recurrente llevaba 7 años residiendo legalmente en España, con lo que superaba el plazo de 5 años que marca el art. 148.1 del mismo Reglamento para conceder la autorización de larga duración. Siendo todo ello así, prosigue, al recurrente le es aplicable el art. 57.5 LOEx, en cuanto a la obligación de la autoridad competente de ponderar las circunstancias personales y familiares de los residentes de larga duración que indica dicho precepto, antes de poder acordar su expulsión, no siendo por tanto dicha medida automática.

Se reiteran a continuación las razones ya ofrecidas en el trámite de alegaciones tras la incoación del expediente, para justificar el arraigo y el comportamiento positivo del recurrente en prisión, añadiendo más documental relativa a cursos de formación aprobados por él. En la alegación cuarta, el escrito de la defensa denunció como vulnerados, además de preceptos legales, los arts. “24, 26 y 106 de la Constitución”, y se objetó que la resolución no ha “motivado ni graduado la sanción

impuesta". Insiste en que el recurrente "prácticamente no conoce otra vida que la que ha tenido en España, a donde vino siendo un niño, y no mantiene ningún vínculo familiar o afectivo con su país de origen. Toda su familia y su vida están en España"; el recurrente no es un "peligro real y grave para el orden público.

E) Con fecha 17 de octubre de 2017, por la misma autoridad administrativa se dictó resolución desestimando el recurso de reposición interpuesto. Los motivos que sustentan la decisión, algunos con simple reiteración de los que incluye la resolución impugnada, fueron los siguientes:

- (i) "...se hace constar que dicha solicitud [como residente de larga autorización] ha sido inadmitida a trámite por esta Delegación de Gobierno el 29 de agosto de 2017".
- (ii) "...la petición de que se le imponga una sanción de multa en lugar de la expulsión no cabe en el presente expediente ya que el art. 57.2 solo cabe [sic] una resolución de expulsión".
- (iii) Se reiteran las dos sentencias penales de condena que ha recibido el recurrente.
- (iv) Para desvirtuar el hecho de que lleva residiendo en España 7 años, se reitera la cita de la sentencia del Tribunal Supremo 2765/2011, de 28 de abril.
- (v) Finalmente, se apunta que del recurso de reposición "en su contenido no se observa ninguna circunstancia nueva, ni datos de interés distintos a los que se tuvieron en cuenta durante la tramitación del expediente. En el expediente se han respetado los derechos constitucionales (...); los hechos se encuentran suficientemente motivados al igual que la sanción a imponer".

F) Contra las dos resoluciones administrativas mencionadas, interpuso el recurrente demanda ante los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de la ciudad de Santander, en cuyo suplico solicitó que tras la tramitación del procedimiento, el tribunal encargado dictara sentencia estimando una doble pretensión: "declarando no ser conforme a derecho la resolución recurrida y acordando la renovación de la autorización de residencia y trabajo de recurrente".

En la demanda se defiende, en línea con los escritos de la vía administrativa previa, el cumplimiento por el recurrente de los requisitos para obtener la residencia de larga duración; se invoca la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular, instrumento que exige un tratamiento individualizado, así como lo dispuesto en sus arts. 5 -la medida de expulsión requiere tener en cuenta la vida familiar del afectado- y 6 -posibilidad de otorgar la residencia por razones humanitarias-, puesto todo ello en relación con la protección de la familia del art. 39 CE. Alega también la aplicación de los arts. 16 y siguientes LOEx sobre la protección de la reagrupación familiar y cita luego la Directiva 2003/109/CE, referida al estatuto de los residentes de larga duración. Añade que no procede la medida de expulsión de manera automática conforme al art. 57.2 LOEx; sin que baste la condena



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

penal del recurrente sino que hay que valorar si él representa en la actualidad una “amenaza real y suficientemente grave para el orden público”, ponderando “todas las circunstancias del caso concreto (arraigo, vida familiar, integración en la sociedad, etc.)”.

Continúa esta argumentación invocando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 7 de diciembre de 2017, que en relación al residente de larga duración señala debe existir una valoración individualizada de las circunstancias de la persona antes de decidirse sobre su expulsión: la duración de su residencia en el territorio, la edad, consecuencias que tiene tal medida para ella y su familia, los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen; y cita también la Circular 7/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de modificación del Código Penal (CP), y la posibilidad que brinda el art. 89.4, de que no se acuerde esa sustitución a la vista de las circunstancias personales del autor. El requisito de la proporcionalidad exige valorar el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, la gravedad del hecho cometido; su arraigo compromete el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE, y el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH. Añade que a su parecer estas circunstancias se tuvieron en cuenta por el Ministerio Fiscal que intervino en las dos causas penales contra el recurrente, por cuanto en ninguno pidió la sustitución de la prisión por la expulsión. Recapitula en este punto la demanda todos los factores que ha alegado en contra de la medida de expulsión adoptada por las resoluciones recurridas, y el inevitable perjuicio que su ejecución le causaría al recurrente y a su familia.

La demanda suplica al Juzgado, como se adelantó, que tras la admisión de la demanda y tramitación del procedimiento respectivo, dicte sentencia estimando las dos pretensiones deducidas: “declarando no ser conforme a derecho la resolución recurrida y acordando la renovación de la autorización de residencia y trabajo del recurrente”.

G) El conocimiento de la causa recayó en el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Santander (Procedimiento abreviado núm. 100/2017). Tras la admisión de la demanda, se celebró vista con asistencia de las partes y práctica de la prueba el 18 de abril de 2018, y con fecha 29 de mayo del mismo año el Juzgado dictó sentencia con la siguiente dispositiva:



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

“ESTIMAR el recurso interpuesto contra la resolución de 6 de julio de 2017 en la que se acuerda imponer al recurrente la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por el período de cinco años y extinción de la residencia de larga duración en aplicación del art 57. 2 de la Ley Orgánica 4/2.000 de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social[,] confirmada por resolución de 17 de octubre de 2017 al no ser ajustado a Derecho con imposición de las costas procesales a la Administración con la limitación de 500 euros por todos los conceptos”.

La *ratio decidendi* de la sentencia se localiza en el Fundamento de Derecho tercero, donde el Juzgado resuelve lo siguiente:

“Así, respecto al primer motivo del recurso, no puede prosperar. El motivo es que, con independencia de las circunstancias de hecho y poder ser merecedor de la misma por el tiempo de residencia legal que lleva en España, lo cierto es que no cuenta con ninguna autorización de residencia en vigor y de la que disfrutaba se extinguió el 6 de julio de 2017 el mismo día que la resolución recurrida. Por lo tanto, no puede valorarse como erróneo un hecho objetivo y debe desestimarse tal motivo de nulidad.

Y en cuanto a los otros dos motivos del segundo, si se comparten plenamente los argumentos del recurrente y deben prosperar. Los motivos son que la resolución recurrida no explica ni motiva por qué constituye y una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público sino que se ha realizado un[a] aplicación automática del art 57.2 de la LO sin valorar las circunstancias concurrentes. En pocas palabras, se ha limitado a reproducir que los delitos cometidos fueron contra las personas y de carácter violento. Además, frente a la alegación de su ~~tráfico~~ de que lleva residiendo en España 7 años junto a su familia (residentes legales) se le participa que se ha seguido el criterio establecido en una Sentencia del TS 2765/2011 de 28 de abril referida a un caso de condena de tres años de prisión por tráfico de drogas.

En este sentido, el art 57.2 de la LO obliga a tomar en consideración lo siguiente. Por un lado, el tiempo de su residencia en España sin que pueda entenderse cumplido al participarle una Sentencia del TS referida a otro delito sin explicar el por qué es irrelevante que haya llegado a España siendo menor de edad y lleve 7 años. Por otro, los vínculos creados sin que tampoco se puede entender como cumplido la omisión absoluta a su participación en distintas actividades formativas y deportivas. Por otro, a su edad sin que se entienda cumplida con la omisión total que se produce sobre todo si se tiene en cuenta su juventud. Por otro, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia sin que se entienda tampoco la omisión a sus padres y hermano. Y por otro, los vínculos con el país al que va a ser expulsado que tampoco se dice nada al respecto y que sólo puede interpretarse como falta de motivación porque no es posible tal desentendimiento respecto a las condiciones en las que se quedaría.

De hecho, el argumento real se limita a reseñar la existencia de las condenas previas por lo que el encartado “representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública”.

A todo lo anterior se añade que, frente a tal afirmación, resulta que ni la Fiscalía había solicitado su expulsión durante el procedimiento penal por desproporcionada y que el Juzgado de Vigilancia penitencia le ha otorgado el tercer grado precisamente por su buena conducta y perspectivas de reinserción.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Llegados a este punto es inevitable preguntarse, ¿en qué quedamos?: ¿es realmente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público el recurrente cuando todos los informes del centro penitenciario, una resolución judicial previa y firme y el Ministerio Fiscal dicen lo contrario?

Parece obvio que no porque lo contrario sería equivalente a dar por bueno tanto el automatismo como a ignorar la existencia de las resoluciones de dicho Juzgado y los informes de los especialistas que descartan la existencia de tal riesgo.

Por lo tanto, desvirtuado que constituye una amenaza real y grave para el orden público, debe estimarse el recurso y anularse la resolución recurrida”.

H) Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación el abogado del Estado, mediante escrito fechado el 18 de junio de 2018, por el que interesó la revocación íntegra de aquella resolución y que se confirmase el acto administrativo impugnado.

En tal sentido, tras hacer cita del art. 57.2 de la LOEx, aplicada al aquí recurrente al constatar que había sido condenado a dos años de prisión por delito de robo con violencia; advierte el abogado del Estado del carácter no sancionador de la medida, y el hecho de que don [redacted] no tenía concedida al momento de resolverse la expulsión la residencia de larga duración sino solo una autorización temporal por reagrupación familiar, con efectos desde el 8/5/13 hasta el 7/5/2018, no teniendo tampoco derecho a que se le concediese dicha residencia de larga duración, lo que impedía la aplicación del art. 57.5.b) de la misma LOEx, no estando por otro lado cancelados los antecedentes penales. De este modo, la expulsión “no puede eludirse por arraigo familiar o económico, no concurriendo tampoco, alguno de los supuestos que impiden la expulsión de conformidad con el artículo 57.5 de la citada Ley”. Como no concurre tampoco, prosigue diciendo, el supuesto del art. 15 del RD 240/2007 (limitaciones a la libertad de circulación de ciudadanos de la Unión Europea) en cuanto a la exigencia de verificar si el recurrente constituye una amenaza real, actual y “suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad”. Cita luego el abogado del Estado la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Sección Quinta, de 31 de mayo de 2018 (rec. casación 1321/2017) donde se acoge la noción de pena abstracta o “pena tipo” respecto del delito por el que ha sido condenada la persona y que ha de ser superior a un año de prisión, a efectos de la aplicación del art. 57.2 LOEx, sin que a la Administración le quepa hacer ninguna otra valoración que la ya efectuada por el tribunal penal competente. Teniendo esto en cuenta, concluye, resulta que el delito atribuido al recurrente está castigado por el art. 242 CP con una pena de dos a cinco años de prisión, lo que hace procedente la medida de expulsión.



Admitido a trámite el escrito de apelación se dio traslado al aquí recurrente, que a través de su representante procesal presentó escrito de impugnación al recurso el 17 de julio de 2018, donde: (i) se reitera que aquél sí es residente de larga duración, “aunque es posible que aún no se le haya reconocido de forma oficial la condición”, pero cumplía en el momento de la incoación del expediente de expulsión con los requisitos necesarios para su obtención, reiterando en este punto las circunstancias familiares ya esgrimidas en trámites anteriores, con cita del art. 148 del Reglamento de la LOEX, cuando además, añade, la resolución impugnada de 6 de julio de 2017 “no solo no cuestiona que mi mandante sea un residente de larga duración, sino que incluso admite en su Fundamento de Derecho Tercero que resulta de aplicación la Directiva 2003/109, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Por lo tanto, es evidente que implícitamente se le están reconociendo tal condición”.

(ii) Respecto a la afirmación del abogado del Estado de que no cabe valorar las circunstancias concretas del caso, se sostiene que la misma ha sido rebatida por la sentencia que se impugna, la cual “argumenta extensamente la necesidad de ponderar las circunstancias relativas al extranjero que se pretende expulsar antes de adoptar la decisión”. Considera que este tipo de decisiones siempre entraña afectación a los derechos fundamentales, y alega que no resulta aquí de aplicación la Directiva 2008/115 -la cual habría impedido realizar el juicio de proporcionalidad, según entiende-. Cita luego la STJUE de 7 de diciembre de 2017, que sí establece la necesidad de ponderar las circunstancias concretas, por lo cual no cabe una aplicación automática de la expulsión ex art. 57.2 LOEx.

(iii) También alega que en el proceso de instancia quedó acreditado con la prueba documental y testifical practicada, que el apelado tiene arraigo suficiente en España, desgranando dicha prueba, lo que ha supuesto que ni siquiera esta cuestión haya sido contradicha por el abogado del Estado en su recurso; y

(iv) Finalmente, se pone de manifiesto que no se ha acreditado que el aquí recurrente represente un peligro actual y grave para la sociedad, reiterando las negativas circunstancias personales que rodeaban al recurrente cuando cometió los hechos por los que fue condenado, y se rechaza en definitiva que resulte procedente la medida de expulsión, tachando a su vez de “totalmente desproporcionada” la orden de prohibición de regreso a España en el plazo de cinco años que lleva aparejada la expulsión.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Se solicita por todo ello que “se confirme íntegramente la Sentencia recurrida, con expresa imposición de costas a la parte recurrente”.

I) La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, tras la tramitación del procedimiento (recurso de apelación núm. 170-2018), dictó sentencia el 22 de diciembre de 2018 con la siguiente dispositiva:

“FALLAMOS.- Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Delegación del Gobierno en Cantabria contra la sentencia, de 29/05/2015, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de los de Santander dictada en el PA 33/18, y revocando parcialmente la sentencia, se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Marin Soroccean contra la resolución de la Dirección del Área de Trabajo e Inmigración de la Delegación del Gobierno en Cantabria de fecha 17 de octubre de 2017, exclusivamente en la duración del plazo de prohibición de entrada en España, que se fija en un año. No se hace imposición de costas en ninguna de las dos instancias”.

En el Fundamento de Derecho tercero se formula una advertencia previa por la Sala con el fin de delimitar la controversia en ese grado jurisdiccional, y es que el escrito presentado por el representante del aquí recurrente en apelación no ha impugnado la sentencia de primera instancia en el particular por el que ésta denegó el primer motivo de la demanda, y que se corresponde con una de las dos pretensiones deducidas en la instancia, en cuanto declaró que no quedaba acreditado que aquél dispusiera de una autorización de residencia de larga duración. Siendo esto así, precisa la Sala que:

“...no cabe en la segunda instancia examinar pronunciamientos de la sentencia apelada que han devenido firmes. Consecuentemente, la controversia habrá de ser analizada en los términos en los que fue resuelta en la instancia, es decir partiendo de la base de una autorización de residencia temporal”.

En el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia se sostiene, tal y como alega el abogado del Estado en su escrito, que al tener la condición de residente temporal no resulta aplicable al caso ni el art. 15.1 del RD 240/2007, “ya que el recurrente no es ciudadano comunitario (art. 1 del RD 240/2007) ni familiar de un ciudadano comunitario (arts. 2 2.bis de la misma norma)” y por tanto no es necesario acreditar la existencia de motivos graves de orden público o seguridad pública para justificar la expulsión; como tampoco le es de aplicación el art. 12.3 de la Directiva 2003/109/CE referida a nacionales de terceros países residentes de larga duración.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Ya en el Fundamento de Derecho Quinto, la Sala recuerda la condena al aquí recurrente por dos delitos de “robo con intimidación a 1 y 2 años de prisión y que los antecedentes no están cancelados”, siendo su parecer que la expulsión se justifica en la resolución administrativa, “por la gravedad del delito y la entidad de los derechos personales afectados”. Tomando en consideración, continúa razonando, que la doctrina del Tribunal Supremo es que a efectos del art. 57.2 LOEx la pena del delito superior a un año se refiere a la pena prevista en abstracto por el Código Penal, y que en este caso el robo con violencia o intimidación se sanciona en el art. 242 CP con pena de prisión de 2 a 5 años, colige la Sala que:

“Procede, por todo lo expuesto, estimar el recurso y revocar la sentencia apelada, pues las circunstancias de arraigo personal, familiar o social son intrascendentes ante la causa legal de expulsión.

Los anteriores pronunciamientos no agotan, sin embargo, la controversia, ya que los efectos de la expulsión, regulados en el art. 58 de la LOEX se determinan por las concretas circunstancias del caso. La Administración establece, al amparo del art. 59.1 que la LOEX, el máximo legal de prohibición de entrada en el espacio Schengen y no explica las razones por las que impone dicho plazo de prohibición de entrada.

La Sala estima que las circunstancias personales, familiares y sociales reflejadas en la sentencia apelada no son compatibles con dicha medida temporal.

En efecto, la juventud del actor, el hecho de que su familia resida en España y que esté integrado en el país determina que el plazo de prohibición de entrada a España se fije en 1 año”.

Lo cual comporta, como declara el Fundamento de Derecho sexto de la sentencia, “una estimación parcial de la apelación y del recurso contencioso-administrativo...”.

J) Contra la sentencia de apelación interpuso recurso de casación el aquí recurrente. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación núm. 1016-2019), dictó providencia el 27 de junio de 2019 por la que inadmitió a trámite el recurso por dos motivos: 1) “falta de fundamentación suficiente, con singular referencia al caso, sobre la concurrencia de los supuestos” legales justificativos de interés casacional objetivo; y 2) “Carencia de interés casacional objetivo en los términos en los que ha sido preparado el recurso, teniendo en cuenta además que las cuestiones de hecho y su valoración probatoria están excluidas de la casación, como es el caso respecto de la acreditación de situación de arraigo del recurrente, a lo que se añade que sobre la cuestión controvertida existe jurisprudencia (por todas, SSTs de 5 de julio de 2018 –recurso 3700/17- y 19 de febrero de 2019 –recurso 5607/17-)”.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

K) Notificada esta última resolución, por la parte recurrente se formalizó el presente recurso de amparo.

3. La demanda de amparo alega que la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que impugna, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente por haber revocado sin el debido enjuiciamiento de las circunstancias relevantes del caso, la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Santander que le había sido favorable, confirmando con ello la validez de las resoluciones dictadas por la Delegación del Gobierno en Cantabria que decretaron su expulsión del territorio nacional. La demanda también se refiere como impugnada a la providencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en cuanto al inadmitir su recurso de casación trajo consigo la confirmación de la sentencia de apelación.

Centrándose el escrito de demanda en esta última sentencia, tras hacer repaso de los antecedentes de la causa se reprocha a dicha resolución judicial el haber sostenido que la expulsión del recurrente, acordada ex art. 57.2 LOEx, no permitía ponderar sus circunstancias personales y familiares en orden a la no adopción de la medida, tal y como prevé el art. 57.5 de la misma ley y el art. 3 de la Directiva 2003/109/CE, por considerar el Tribunal Superior de Justicia que aquél no estaba en posesión de una autorización de residencia de larga duración, sino solamente temporal. Se explica por la demanda, en tal sentido, que “el supuesto concreto es más complejo” porque el recurrente fue un menor reagrupado por su madre (residente ella de larga duración) y por tanto con residencia legal en España desde el 27 de agosto de 2009; en total tres autorizaciones de residencia en ocho años, hasta su extinción por la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 6 de julio de 2017. La normativa de extranjería exige 5 años de residencia legal para obtener aquel estatus (larga duración), la propia resolución que le expulsa reconoce que extinguía una autorización de residencia de larga duración.

Alega a continuación la demanda, respecto del recurrente, “su grado de reinserción, vinculación familiar, elevada integración social en nuestro país y nula vinculación con su país de origen más allá de su nacionalidad, tal como consta en la sentencia de instancia y fue valorado”, y añade que la sentencia de apelación impugnada ha obviado la valoración de su arraigo familiar, y con ello no se ha tenido en cuenta la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional en el ámbito de las expulsiones del art. 57.2 LOEx, la cual exige en todo supuesto “se[a] cual sea el tipo de residencia (...) todas las circunstancias personales, familiares y de arraigo social con carácter



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

previo a la imposición de la expulsión, ya que este tipo de acto administrativo, o resolución judicial en su caso, limitan el ejercicio o disfrute del [sic] Derechos Fundamentales como son la Intimidad familiar (Artículo 18.1 CE), el Derecho a la Igualdad (Artículo 14 CE) y el Derecho a la vida digna e integridad física (Artículo 15 CE)". Cita al efecto las SSTC 131/2016, de 18 de julio, 201/2016, de 28 de noviembre, y 14/2017, de 30 de enero; pasando a reproducir parte de los FFJJ 5 y 6 de la primera de ellas.

Asimismo, afirma la demanda que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta los siguientes pronunciamientos del TEDH: 1) la Decisión de 17 de marzo de 2015, *asunto G.V.A. contra España*, por la que el Estado español se comprometió a que en el futuro, antes de adoptarse la medida de expulsión por el motivo del art. 57.2 LOEx, tomaría en consideración el tiempo de su residencia en España, los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado; 2) la STEDH de 16 de abril de 2013, *asunto Udeh contra Suiza*, que obliga a los Estados a ponderar la afectación que la expulsión tiene sobre la intimidad personal o familiar del interesado, en cuanto los lazos de éste con la comunidad en la que vive se integra en la noción de vida privada del art. 8 CEDH; y 3) la STEDH de 15 de noviembre de 2012, *asunto Shala contra Suiza*, en la misma línea anterior, antes de acordar la expulsión hay que valorar la situación familiar del afectado, la duración del matrimonio y otros factores que reflejen la realidad de su vida familiar, como el interés y bienestar de los hijos; sentencia que, añade, instauró una inversión de la carga de la prueba cuando consta como cierto el arraigo y es que las autoridades han de acreditar mediante razones pertinentes y suficientes que existía la necesidad social imperiosa de acordar la medida, y que ésta guardaba proporción con el propósito legítimo perseguido con su imposición.

Finaliza el escrito de demanda solicitando que este Tribunal tenga por interpuesto recurso de amparo contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Cantabria de 17 de octubre de 2017, que confirmó la anterior de ese despacho de 6 de julio de 2017 acordando su expulsión y la prohibición de retorno al mismo, así como también contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 22 de octubre de 2018, que excepto en la reducción del plazo de retorno confirmó aquellas resoluciones administrativas, con revocación de la sentencia de primera instancia, y que tras la tramitación del proceso dictemos sentencia "por la que se reconozca el derecho de amparo de D.

, de nacionalidad , con NIE , por vulneración del derecho fundamental de tutela judicial efectiva".



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

4. Mediante diligencia de ordenación de la Sección Cuarta, Sala Segunda, de este Tribunal Constitucional, de 25 de septiembre de 2019, se acordó requerir al procurador de la parte recurrente para que en el plazo de diez días aportase copia de la sentencia recaída en apelación que impugna, con la advertencia de que su incumplimiento daría lugar a que la Sección pudiera inadmitir el recurso. El requerimiento resultó cumplimentado por escrito del representante procesal del recurrente, presentado en el registro de este Tribunal el 11 de octubre de 2019, aportando copia de dicha sentencia.

5. La Sección Cuarta de este Tribunal dictó providencia el 20 de julio de 2020, por la que acordó admitir a trámite el recurso, "apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna-[STC 155/2009, FJ 2, b)]". En la misma resolución se acordó que: "en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirijase atenta comunicación al Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera y al Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo y fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al Recurso de Casación nº 1016/2019 y Recurso de Apelación nº 170/2018, respectivamente.

Dirijase igualmente atenta comunicación al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander, a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al Procedimiento Abreviado nº 33/2018 ; debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo".

6. Con fecha 2 de septiembre de 2019, se presentó en el registro de este Tribunal un escrito del abogado del Estado por el que dijo personarse en la representación que ostenta, solicitando se le tuviese por personado y parte en este proceso, entendiéndose con él las sucesivas actuaciones.

7. Con fecha 8 de septiembre de 2020, la Secretaría de Justicia de la Sección Cuarta de este Tribunal dictó diligencia de ordenación por la que, de un lado, decidió tener por personado y parte en el procedimiento al abogado del Estado, y de otro lado acordó dar vista de las actuaciones a las



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, a fin de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme con lo previsto en el art. 52.1 de la LOTC.

8. El Teniente Fiscal ante este Tribunal Constitucional presentó escrito de alegaciones el 6 de octubre de 2020, por el que interesó de este Tribunal que dictara sentencia “por la que: 1º Se declare vulnerado el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).- 2º Se le restablezca en su derecho, y, a tal fin, se anule la Sentencia núm. 415/2018 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de fecha 22 de octubre de 2018, dictada en el recurso de apelación núm. 170/2018.- 3º Se declare la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 103/2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Santander de fecha 29 de mayo de 2018, pronunciada en el procedimiento abreviado núm. 33/2018”.

Tras hacer un resumen de los antecedentes del proceso *a quo*, así como de los motivos de la demanda de amparo, aborda el Teniente Fiscal ante este Tribunal el examen de la pretensión de fondo, lo que le conduce en primer lugar a hacer un recordatorio de la doctrina constitucional sobre la medida de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEx y la ponderación del arraigo de la persona afectada. Cita a este respecto, en primer lugar, las SSTC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6; 201/2016, de 28 de noviembre, FJ 3; y 14/2017, de 30 de enero, FJ 5, dictadas en relación con residentes de larga duración. El escrito de alegaciones se detiene en el examen de las circunstancias de cada uno de los casos enjuiciados y lo que declaró este Tribunal en esas sentencias, destacando de ellas la dimensión constitucional del deber de motivar este tipo de resoluciones por la autoridad administrativa competente, en cuanto restringen el ejercicio de derechos fundamentales, debiendo ponderar las circunstancias personales y familiares del afectado, si bien el incumplimiento de ese deber no supone la vulneración del art. 24.1 CE; y el deber también de los órganos judiciales, de motivar su control sobre aquellas mismas resoluciones ponderando las circunstancias descritas, cuyo incumplimiento sí acarrea la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Y añade la cita de la STC 42/2020, de 9 de marzo, FJ 4, “en un caso de denegación de solicitud de obtención de tarjeta de residencia como familiar de ciudadano de la Unión Europea”.

Sentado esto, se alega que el presente recurso de amparo presenta elementos de coincidencia con los supuestos enjuiciados en aquellas sentencias, al denunciarse la vulneración del deber de motivación (art. 24.1 CE) por no haber tenido en cuenta la sentencia de apelación impugnada las



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

circunstancias de arraigo del recurrente de amparo que constaban en las actuaciones; defecto de motivación que también atribuye el Teniente Fiscal a las resoluciones administrativas de 6 de julio y 17 de octubre de 2017, tal y como vino a entenderlo la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo, el cual rechazó la aplicación automática de la expulsión prevista en el art. 57.2 LOEx efectuada por la Delegación del Gobierno, y ponderó las circunstancias personales alegadas por el recurrente, tanto aquellas que explican la comisión de los ilícitos penales por los que fue condenado, su conducta posterior, y el arraigo familiar en España y su falta de él respecto de su país de origen. En cambio no lo consideró así la sentencia de apelación impugnada, cuyo contenido resume, aunque ésta sí redujo el tiempo de prohibición de retorno al país a un año, valorando a esos efectos tales circunstancias.

Colige el escrito de alegaciones que el presente caso presenta “en esencia los mismos déficits de motivación y de ponderación de las circunstancias de arraigo personal, familiar y social que fueron apreciados por la doctrina constitucional en las SSTC 131/2016, 201/2016 y 14/2017”. El elemento diferenciador del presente caso con el resuelto en aquellas sentencias es que aquí el recurrente no dispone de una autorización de residencia de larga duración, y en ello se ha fundado la no aplicación del art. 57.2 en relación con el 57.5 LOEx, y el art. 3 de la Directiva 2003/109/CE. Este dato conduce al Teniente Fiscal a proponer la “eventual modificación o aclaración de la doctrina” constitucional ya expuesta, ya que aquellas tres sentencias se han dictado solo respecto de residentes de larga duración, sin olvidar que el art. 57 LOEx fue modificado en 2009 para incorporar el mandato del art. 12 de aquella Directiva, relativa a los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que obliga a ponderar si el afectado representa una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, y la toma en consideración de sus circunstancias personales y familiares, su arraigo en el país de residencia y en el de origen.

A juicio del fiscal, dicha doctrina debe extenderse a los demás casos donde la persona no disponga de esta clase de autorización de residencia, por tres razones: (i) porque de hecho así lo ha declarado también este Tribunal en otras sentencias; (ii) se acomodaría más a la jurisprudencia del TEDH, contra la que chocan tanto las resoluciones administrativas como la sentencia de apelación impugnadas en este recurso; y (iii) por suponer un “significativo contrasentido que a la vista del art. 89.4 CP, la medida de expulsión acordada en sustitución de una pena haya de resultar proporcionada tras valorar en todos los casos de extranjeros -residentes de carácter temporal o no-, entre otras, las circunstancias que tienen que ver con el arraigo personal, familiar y social del afectado, mientras en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo de aplicación del art. 57.2 LOEx los



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

órganos competentes sólo tendrían que valorar dichas circunstancias para la expulsión si se está ante residentes de larga duración acogidos por la Directiva 2003/ 109/CE”.

Pasa a desglosar el Teniente Fiscal cada una de estas tres consideraciones:

a) En cuanto a precedentes favorables a dicha extensión, cita la STC 29/2017, de 27 de febrero, que trató de la ponderación de aquellas circunstancias personales y familiares al dictarse la expulsión sustitutiva del art. 89 CP, en aquel caso afectante a un residente de larga duración aunque ello no fuese en sí relevante. Lo cierto, destaca, es que en esa sentencia, FJ 3, el Tribunal recordaba su doctrina favorable a exigir tanto a la administración como a los órganos judiciales dicha ponderación, al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), el mandato de protección a la familia del art. 39 CE en relación con el art. 10.2 CE, y lo dispuesto en instrumentos internacionales de protección en el caso de derechos del niño. Dicha STC 29/2017 citaba en su apoyo a las anteriores SSTC 46/2014, de 7 de abril, FJ 6, dictada en un supuesto de denegación de solicitud de renovación de un permiso de trabajo que implicaba estancia irregular sobrevenida; y las ya mencionadas 131/2016, 201/2016 y 14/2017.

Añade a continuación el escrito de alegaciones la cita de la STC 186/2013, de 4 de noviembre, en la que, de un lado el Tribunal declaró que el derecho a la vida familiar de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no estaba comprendido dentro del contenido del derecho a la intimidad familiar ex art. 18.1 CE. De otro lado, señaló en todo caso que la protección del derecho a la vida familiar encuentra cobertura en los principios del art. 10.1 CE, y el mandato de los arts. 39.1 (familia) y 39.4 (niños) CE. Y si bien su efectividad no puede exigirse en un recurso de amparo por no hallarse dentro de los derechos incluidos en el art. 53.2 CE, sin embargo y conforme al art. 53.3 CE, los jueces ordinarios han de tenerlos presentes al interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando la proporcionalidad de la expulsión, dado el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar frente al fin perseguido con su imposición, que es el de asegurar el orden público y la seguridad ciudadana. Así las cosas, dice el Teniente Fiscal que “este pronunciamiento anterior no se realizó en un caso de residente de larga duración ni tiene sentido que se limite a dicho tipo de migrante, pues desde la perspectiva de los principios e intereses constitucionales reseñados que se hallan concernidos en toda decisión de expulsión, la distinción de trato entre residentes temporales y de larga duración carece de mayor fundamento, debiendo estarse a las circunstancias específicas del caso para valorar la proporcionalidad de la medida y



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

desterrar cualquier exceso, lo que necesariamente conlleva valorar el arraigo personal, familiar y social que la persona en cuestión presente en España”.

b) En segundo lugar, por lo que concierne al TEDH, se insiste en el escrito de alegaciones que “la exigencia de ponderación de las circunstancias de arraigo personal, familiar y social en toda medida, administrativa y/o judicial, que implique directa o indirectamente la salida del territorio nacional de un extranjero residente, sea o no de larga duración, es la solución más acorde con la jurisprudencia del TEDH que ha venido significando la necesidad de empleo de toda una serie de criterios que han de servir de referente para valorar si una orden de expulsión y/o de prohibición de reentrada en el territorio nacional es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada a la finalidad legítima perseguida en virtud del art. 8.2 del CEDH, una vez que todo migrante asentado tiene el derecho al respeto a su vida personal y familiar ex. art. 8.1 CEDH”. Se citan a continuación una serie de resoluciones del Tribunal Europeo que han examinado la falta de ponderación de las circunstancias personales y familiares de la persona objeto de una expulsión, desde la óptica del art. 8 CEDH: sentencias de 2 de agosto de 2001, *asunto Bolutif contra Suiza*, § 40; 18 de octubre de 2006, *asunto Üner contra Países Bajos*, §§ 57 a 60; 23 de junio de 2008, *asunto Maslov contra Austria*, §§ 68 a 76; 10 de abril de 2012, *asunto Balogun contra Reino Unido*, §§ 43 a 53; y 20 de septiembre de 2011, *asunto A.A. contra Reino Unido*.

Añade que las resoluciones del TEDH que cita la demanda de amparo “no vienen sino a reiterar la doctrina reseñada; y que en la Decisión de 17 de marzo de 2015 (acuerdo amistoso), asunto G.V.A. contra España, nuestro país se comprometió específicamente ante el Tribunal de Estrasburgo que en el futuro la interpretación del art. 57.2 LOEx se realizaría conforme a los criterios del art. 57.5.b) de la misma Ley Orgánica. Esto es, precisa el Teniente Fiscal, “sin restricciones en cuanto al ámbito subjetivo por tipo de residente”, aunque este último precepto se refiera a los residentes de larga duración. Advierte que a pesar de ello España resultó de nuevo condenada en la STEDH de 18 de diciembre de 2018, *asunto Saber y Boughassal contra España*, donde dicho Tribunal “constató la posición del Tribunal Constitucional en la STC 186/2013”, recordando aquel compromiso manifestado en el asunto G.V.A. contra España; sentencia cuya fundamentación el escrito de alegaciones detalla.

Tras hacerlo, se concluye que “es evidente” que la actuación de la administración y de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria resulta

“manifiestamente contraria a las exigencias” del TEDH sobre los derechos del art. 8.1 CEDH y las condiciones para su injerencia en el art. 8.2 CEDH, Ni “tampoco se ajusta en lo más mínimo al compromiso adquirido por nuestro país a partir de la Decisión del TEDH de 17 de marzo de 2015, nº 35765/14 (acuerdo amistoso) -*asunto G.V.A. contra España*- en cumplimiento de la jurisprudencia europea reseñada”. “E incluso cabe pronosticar -con bastante seguridad a la vista de los pronunciamientos aquí resaltados de toda esta doctrina europea- que si el TEDH tuviese que llegar eventualmente a analizar (...) la orden de expulsión adoptada en el caso del presente recurso de amparo (...) la conclusión sería que se ha violado el derecho a la vida privada y familiar del demandante”, reiterando las circunstancias personales y familiares de éste.

c) En tercer y último lugar, reitera el escrito de alegaciones que resulta un contrasentido que el art. 89 CP obligue a realizar un test de proporcionalidad para acordar la medida de expulsión en él prevista, y para todos los casos de extranjeros “asentados temporalmente o no en España”, y que ello no se predique de la expulsión del art. 57.2 LOEx sino solamente en residentes de larga duración a los que acoge la Directiva 2003/109/CE “por un entendimiento circunscrito a que la doctrina constitucional de las SSTC 131/2016, 201/2016 y 14/2017 únicamente lo requiere respecto de los mismos”. Añade que la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 7/2015, de 17 de noviembre, “insistió en recalcar en las actuaciones de los miembros del Ministerio Fiscal el deber de asegurar que la expulsión que se acuerde en sustitución de una pena conforme al art. 89.4 CP -tal y como ordena su primer párrafo- resulte proporcionada”, valorando “el impacto que el cumplimiento de la medida tendría en la vida privada y familiar del extranjero, así como la gravedad del hecho por el que ha sido condenado”. Señala el Teniente Fiscal que “si esto es así para las sustituciones de pena por la medida de expulsión, no existen razones para no exigirlo respecto de las expulsiones acordadas en virtud del art. 57.2 LOEx, cuyo fundamento, pese a la naturaleza administrativa de la medida, presenta evidente coincidencia sustancial con la sustitución del art. 89.4 CP por basarse en la concurrencia de previas condenas penales”; como tampoco se justifica dicha diferencia de tratamiento “desde la perspectiva de los derechos fundamentales y los intereses constitucionales en juego que pueden resultar concernidos por una expulsión del territorio nacional y/o una prohibición de reentrada en el mismo”; “sin distinguir supuestos en función de la posesión de estatuto formal de residente de larga duración. La expulsión, por tanto, no debe aplicarse, en ninguna de sus modalidades, si resulta desproporcionada”.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Tras la toma en consideración de estos criterios, el escrito de alegaciones sostiene que el presente caso lleva a “estimar vulnerado el art. 24.1 CE, al no haberse ponderado las circunstancias personales, familiares y sociales del recurrente que fueron aportadas y objeto de prueba en el caso, siendo que estaban en juego, además del referido art. 24 CE, el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE), en el entendimiento que procede integrar en nuestra doctrina constitucional conforme al art. 10.2 CE. Si bien no ha sido alegado como vulnerado el derecho del art. 18 CE y aunque se siga entendiendo que éste no recoge en toda su dimensión el contenido que la jurisprudencia europea otorga al art. 8 CEDH (STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7) (...), se debió en todo caso ‘ponderar las circunstancias de cada supuesto’ y ‘tener en cuenta la gravedad de los hechos’ (SSTC 46/2014, de 7 de abril; 131/2016, de 18 de junio, FJ 6; 201/2016, de 28 de noviembre de 2016, FJ 3; y 42/2020, de 9 de marzo, FJ 4)”. Ni la administración ni el órgano judicial de apelación tomaron en consideración los criterios exigidos por la jurisprudencia del TEDH en cuanto a ponderar las circunstancias concurrentes y la falta de proporcionalidad de la expulsión del recurrente, incurriendo en un “derroche innecesario de rigor en la aplicación del art. 57.2 LOEx, con una consiguiente grave afcción de los derechos fundamentales e intereses constitucionales asociados”, pasando en este punto del relato, a reiterar las circunstancias personales y familiares alegadas por el recurrente, indicando que la “consideración como amenaza real para la comunidad y el orden público” del recurrente, “carece de bases sólidas”.

Considera por tanto el Teniente Fiscal que debe otorgarse el amparo, y en su consecuencia, declarar la nulidad de la sentencia de apelación impugnada, “lo que comportaría la firmeza de la Sentencia” de primera instancia, la cual anuló las resoluciones de la Delegación del Gobierno en Cantabria, “anulación que quedaría así definitivamente ratificada”. Con arreglo a ello enunció el suplico de su escrito, del que ya al principio se hizo debida transcripción.

9. Con fecha 8 de octubre de 2020 tuvo entrada en el registro de este Tribunal el escrito de alegaciones del abogado del Estado, interesando de este Tribunal que dicte sentencia “por la que DESESTIME totalmente la demanda de amparo”.

Tras hacer un resumen de los antecedentes del proceso *a quo*, el abogado del Estado afirma que a su juicio tanto la administración competente como la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria al dictar las resoluciones impugnadas, actuaron de manera ajustada a la Constitución, en la medida en que el art. 57.2 LOEx “fue adecuadamente aplicado en sede de jurisdicción ordinaria a cuyo tenor se debe ajustar la actuación administrativa,



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

como asimismo el órgano jurisdiccional que lo aplicó al caso, dentro del conjunto del ordenamiento y en la medida en que debe llevarse a cabo a la vez una interpretación siempre en concordancia con los preceptos constitucionales”; así como también ha actuado correctamente “la Sala III del Tribunal Supremo, en su decisión de inadmisión” del recurso de casación promovido por el recurrente contra aquella sentencia de segunda instancia.

En este caso, razona el escrito, se cumple el supuesto de aplicación del art. 57.2 LOEx, siendo la condena penal firme la única causa de la expulsión, y habiendo aclarado la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo en su sentencia núm. 1135/2018, de 3 de julio de 2018, que la pena que ha de tenerse en cuenta a estos efectos es la prevista en el Código Penal, “con una pena superior a un año de cárcel ya en su tramo mínimo”. Por ello tiene razón la sentencia de apelación impugnada cuando afirma que las circunstancias de arraigo personal, familiar o social son intrascendentes en este caso, al tratarse de un residente temporal y no de larga duración, que es donde operan los factores del art. 57.5.b) LOEx. Tiene también razón la sentencia, prosigue, cuando considera inaplicable lo dispuesto en el art. 15.1 del RD 240/2007 al no ser el recurrente ciudadano comunitario, ni el art. 12 de la Directiva 2003/109/CE, que se refiere a los residentes de larga duración.

Alega el abogado del Estado que cuando el art. 57.2 LOEx señala que se impondrá la expulsión “previa tramitación del correspondiente expediente”, esto último no significa que puedan hacer valoraciones ajenas al presupuesto de la medida, sino que en este, como en todo procedimiento administrativo, rige la garantía de la defensa y contradicción del expedientado, aquí en orden a acreditar “la realidad y alcance de la sentencia penal habida, la existencia o no, como dice el precepto, de antecedentes cancelados o no; y las generales: dar audiencia al interesado”, garantías que, añade, han de tener todos los expedientes en materia de extranjería, ex art. 20.2 LOEx. Reitera que el recurrente no gozaba de una autorización de residente de larga duración, que consta en las actuaciones que había formulado dicha solicitud pero no se le había concedido, por tanto al no entrar en juego las circunstancias del art. 57.5.b), la orden de expulsión acarrea las demás consecuencias que prevé el art. 57.4 LOEx: prohibición de retorno al territorio nacional y la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España que tuviera.

Cita asimismo el escrito de alegaciones la sentencia del TJUE de 11 de junio de 2020, asunto C-448/19, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de



Justicia de Castilla-La Mancha, respecto a que la aplicación del art. 12 de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2003, la valoración de las circunstancias personales y familiares del expedientado antes de acordarse la expulsión de uno de los Estados miembros, se reconoce a las personas titulares de permisos de residencia de larga duración, lo mismo que la doctrina constitucional en su STC 201/2016, FJ 3, como ya destacó la sentencia impugnada. Cita también la STC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6, y 145/2017 [*rectius*: 14/2017], de 30 de enero, las cuales enjuician casos de residentès de larga duración, y la afectación al deber de motivación (art. 24.1 CE) aunque no sea una medida sancionadora estrictamente hablando. Defiende que en el caso del recurrente -residente temporal- la medida de expulsión del art. 57.2 LOEx es una consecuencia afflictiva de la sanción penal impuesta, donde el legislador ha dejado un margen muy reducido “de ajuste o valoración al órgano competente (administrativo o judicial)” y “menos margen aun de corrección le quedaría, en nuestra opinión, a ese Tribunal Constitucional, en la medida en que éste no es juez de la adecuación o corrección, o no, de la aplicación de la ley ordinaria, entendida ésta como norma infraconstitucional aun, claro, como todas, incluidas las internacionales, subordinadas a la Constitución”.

Alega el abogado del Estado que todas las resoluciones dictadas en este caso, tanto las administrativas como las judiciales, al margen del signo de su decisión están debidamente motivadas, también por tanto la sentencia de apelación impugnada. El recurrente no ha padecido indefensión ni se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), al haber podido interponer recurso de reposición contra la resolución administrativa inicial, y después acceder a la justicia, actuando después en apelación y casación. No hay tampoco vulneración de otros derechos fundamentales, pues la limitación del “posible derecho a la intimidad personal o familiar (art. 18.1 de la CE) conforma un efecto necesario o ínsito en la medida legal adoptada”, lo mismo respecto del derecho del art. 17 CE. Los derechos fundamentales pueden ser afectados o constreñidos, “según el nivel de consideración que merezcan según la Constitución”, sin que ello suponga privación o degradación “de la condición constitucional de los derechos y libertades reconocidos”. Ningún derecho fundamental es ilimitado.

En cuanto a la invocación que hace la demanda del art. 10.2 CE, el escrito de alegaciones cita doctrina constitucional que declara que el recurso de amparo no tiene por finalidad examinar la observancia per se de los textos internacionales sino solo lo que establece aquel precepto constitucional. En todo caso, advierte el abogado del Estado, para que deban tenerse en consideración esos textos resulta necesario que su interpretación resulte ineludible por la

coincidencia entre el caso concreto y el criterio internacional de contraste, y también sobre los límites y alcance de la protección que brinda la Constitución y el convenio de que se trate. Así las cosas, de entre los pronunciamientos del TEDH que invoca la demanda, solo la Decisión de 17 de marzo de 2015, *asunto G.V.A. contra España*, trata de la aplicación de la ley interna española, pero en un supuesto de carencia del permiso de residencia, que terminó en acuerdo amistoso. Los distintos permisos de residencia -temporal y de larga duración- “son lo suficientemente distintos en su alcance y condiciones, en sus requisitos y, en fin, en su naturaleza, desde la perspectiva propia de la política estatal relativa u ordenadora de la inmigración desde terceros países”, como para sostener una identidad de razón o una interpretación analógica entre ellos, para ponderar las circunstancias que determinan la expulsión en cada uno. Esa misma diferencia comporta la interpretación conforme con la Constitución, de las distintas circunstancias de ponderación establecidas por el legislador y por la normativa europea “(básicamente la Directiva 2003/109/CE)”. Termina diciendo el abogado del Estado que no existe “fundamentación jurídica suficiente para estimar supuestamente el amparo, en tanto que la clara distinción de supuestos y de sus consecuencias jurídicas que la ley efectúa entre la situación personal de una persona extranjera titular de un permiso de residencia temporal y otra, titular de uno de residencia de larga duración, resulta ser un dato o circunstancia de suficiente relevancia, desde la perspectiva del ordenamiento aplicable”. Tras ello formuló el suplico antes indicado.

10. Por último, con fecha 13 de octubre de 2020 el representante procesal del aquí recurrente en amparo presentó sus alegaciones, en el sentido de reiterar las ya vertidas en el escrito de demanda, incidiendo en que la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto al deber de motivación en las expulsiones del art. 57.2 LOEx que garantiza la jurisprudencia constitucional ya invocada, se produce tanto por las resoluciones administrativas dictadas, como por la sentencia de apelación de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Cita de manera novedosa las SSTJUE de 7 de diciembre de 2017, *asunto C-636/16, Wilber López Pastuzano y Delegación del Gobierno en Navarra* -reproduciendo sus fundamentos jurídicos 22 a 29-, y la de 3 de septiembre de 2020 -de la que reproduce el fallo-, ambas en cuanto a la aplicación de la Directiva 2003/109/CE, para los residentes de larga duración. Critica además que la sentencia de apelación impugnada no haya valorado las circunstancias personales y familiares del recurrente respecto de la medida de expulsión pero sí para la fijación del plazo de expiración de la prohibición de retorno, pues una vez expulsado, “sólo podrá regresar cuando se



le cancelen sus antecedentes penales y un empresario español quiera contratarle en origen. Futuro incierto y que solo garantiza desarraigo”.

En el suplico del escrito se solicita tanto la nulidad de las resoluciones administrativa y judicial ya identificadas, como que este Tribunal en su sentencia confirme la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Santander, de 29 de mayo de 2018.

11. La Secretaría de justicia dictó diligencia el 14 de octubre de 2020 para hacer constar que se habían presentado escritos de alegaciones por el Ministerio Fiscal, el abogado del Estado y el representante del recurrente, quedando concluso el procedimiento.

12. Mediante providencia de 9 de septiembre de 2021, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 13 del mismo mes y año.

II.- Fundamentos Jurídicos

1. *Objeto del proceso y consideraciones previas al análisis de la queja de fondo:*

A) La demanda de amparo alega que la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, estimatoria en parte del recurso de apelación promovido por el abogado del Estado contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Santander que había sido favorable al recurrente, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al haber confirmado con aquella estimación parcial, la validez de las resoluciones de 6 de julio de 2017 y 17 de octubre de 2017 -esta última, confirmatoria en reposición de la anterior- dictadas por la Delegación del Gobierno en Cantabria, las cuales en aplicación de lo dispuesto en el art. 57.2 LOEx y al acreditarse que le habían sido impuestas al recurrente dos condenas penales por sendos delitos de robo con violencia y lesiones leves, acordaron su expulsión del territorio nacional y la extinción de la autorización de residencia temporal de la que disfrutaba, si bien la sentencia de apelación redujo el plazo original de 5 años de la medida de prohibición de retorno, a un año.

La demanda sostiene que para acordar su expulsión se exigía la previa ponderación de las circunstancias personales y familiares del recurrente, las cuales ha venido alegando en sus distintos

escritos de defensa -tal y como se ha dejado constancia en los antecedentes de esta sentencia y se volverá sobre ello más adelante-, ya que el art. 57.2 LOEx debe ponerse en relación con el art. 57.5.b) de la misma ley orgánica, precepto que se refiere a la ponderación de dichas circunstancias y que a su parecer no opera solo respecto de los residentes de larga duración. Al no haberlo hecho así ni las resoluciones administrativas ni la sentencia de apelación, negando las tres la posibilidad de tal ponderación de circunstancias, infringieron todas ellas su derecho de tutela judicial, en su vertiente de derecho a la debida motivación. La demanda también impugna por este motivo la providencia ulterior de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que al inadmitir el recurso de casación interpuesto por el recurrente contra aquella sentencia, comportó que la misma deviniera firme.

El abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, ha formulado alegaciones solicitando la desestimación de la demanda de amparo por entender que las resoluciones impugnadas son conformes a Derecho, mientras que el Teniente Fiscal ante este Tribunal ha interesado su estimación afirmando que a aquéllas les era exigible la ponderación de las circunstancias personales y familiares del recurrente, de todo lo cual se ha hecho resumen en los antecedentes. Ninguno de los dos ha opuesto óbices procesales al fondo.

Procede de una vez indicar que el art. 57 LOEx, aplicado por todas las resoluciones dictadas en el proceso *a quo*, y sobre las que han vertido sus consideraciones las partes, es el resultante de su redacción por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, con el fin declarado en el epígrafe IV de su Preámbulo, de incorporar la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, transponer diversas Directivas comunitarias en materia de inmigración que estaban pendientes, y adaptar la ley orgánica a la realidad migratoria en España. Entre esas Directivas aparece la núm. 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, "relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración", cuyo art. 12.3 condiciona la decisión de expulsión de esta clase de residentes a la previa toma en consideración de sus circunstancias personales y familiares ("Antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes: a) la duración de la residencia en el territorio; b) la edad de la persona implicada; c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen"). Estas circunstancias se han recogido con un contenido similar en el art. 57.5.b) LOEx, como ahora se verá.

Así, en primer lugar, el art. 57.2 LOEx preceptúa:



“Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados”.

Por su lado, el art. 57.5.b) señala:

“5. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: (...)

b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado”.

B) Expuesto así el núcleo del debate planteado, debemos formular algunas precisiones para la correcta delimitación del objeto de nuestro enjuiciamiento, antes de abordar la doctrina que resultaría de aplicación para resolver la queja de fondo planteada:

(i) Aunque la demanda se articula formalmente como un recurso de amparo mixto en el que se impugnan resoluciones administrativas y judiciales, en realidad, dado que el único derecho fundamental que se alega como vulnerado es el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su faceta de derecho a la motivación, nos encontramos materialmente ante un recurso de amparo del art. 44 LOTC, solo contra lesiones producidas de manera directa por resoluciones judiciales, sin que constituya objeto del presente recurso el pronunciarnos sobre la nulidad de los actos administrativos del proceso *a quo*.

En el presente caso, además, sucede que las dos sentencias de instancia han fallado de modo contradictorio, anulando una las resoluciones administrativas impugnadas (Juzgado de lo Contencioso-administrativo), y otra confirmando su validez (Sala competente del Tribunal Superior de Justicia), de modo que el examen de la queja del recurrente finalmente deparará la confirmación de una de esas decisiones judiciales, lo que traerá siempre consigo una consecuencia directa para las resoluciones administrativas cuya fiscalización ambas acometieron.

(ii) Puesto que en ejercicio de su derecho dispositivo sobre el objeto de este amparo, la parte recurrente ha invocado exclusivamente como vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, como se ha dicho, queda fuera de este proceso el examen de las resoluciones impugnadas



desde la perspectiva de la lesión del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE. Ello sin perjuicio de que resulte criterio relevante en la ponderación que habremos de acometer del caso ex art. 24.1 CE, como luego se verá, la consideración de las circunstancias personales y familiares del demandante.

(iii) Pese a las alusiones que contiene el escrito de demanda de amparo a que el recurrente reunía los requisitos necesarios para obtener una autorización como residente de larga duración, el tratamiento que ha de dársele en este amparo ha de ser necesariamente el de un residente de carácter temporal por reagrupación familiar, con segunda renovación concedida el 8 de mayo de 2013. Esta es la única situación administrativa acreditada en las actuaciones al tiempo de decretarse su expulsión, comenzando por la resolución de 6 de julio de 2017 (antecedente de hecho primero, hecho probado único, y Fundamento de Derecho cuarto), pese al error material en el que esta incurre en su parte dispositiva al fijar como uno de los efectos de la expulsión, “la extinción de la autorización de residencia permanente de la que es titular”. Error material que repite la resolución de 17 de octubre al referirse a lo acordado por aquélla, pero que expresamente rechaza entre los fundamentos para desestimar la reposición, precisando que la solicitud de residente de larga duración le había sido “inadmitida a trámite por esta Delegación del Gobierno el 29 de agosto de 2017”.

Tal extremo de las resoluciones administrativas, además, fue impugnado como primer motivo de la demanda de instancia que suponía una de las dos pretensiones deducidas, de hecho resultaba un condicionante de la segunda (la nulidad de la expulsión al no haber sido tratado como residente de larga duración), pero dicho primer motivo resultó rechazado por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo en su Fundamento de Derecho tercero. Contra esta sentencia el aquí recurrente se aquietó, limitándose a presentar un escrito de impugnación del recurso de apelación formalizado por el abogado del Estado -tal y como dejamos constancia en los antecedentes de esta sentencia-, quedando así firme también ese pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, como por cierto se encargó de advertir a su vez el fundamento de Derecho tercero de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, al delimitar el objeto del recurso del que debía conocer. Desde esta perspectiva, pues, y con independencia del juicio que nos merezca la sentencia de apelación en aquello que ésta sí resolvió, lo que se analizará después, es evidente que el debate de segunda instancia había quedado ya cerrado por las iniciativas y el contenido de los escritos de las partes personadas.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Cuestión firme que, consecuentemente, nos vincula en esta jurisdicción constitucional a tenor del art. 44.1.b) *in fine* LOTC.

(iv) Finalmente, queda fuera del debate de este proceso constitucional, como ya lo ha sido en la vía previa, la interpretación de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, “relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular” (también conocida como Directiva retorno), y los pronunciamientos que sobre ésta ha hecho el TJUE en sus sentencias de 23 de abril de 2015, *asunto C-38/14, Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa — Extranjería y Samir Zaizoune*; y 8 de octubre de 2020, *asunto C-568/19, MO y Subdelegación del Gobierno en Toledo*, en cuanto a la sustitución de la expulsión por multa en supuestos de estancia irregular [arts. 53.1.a) y 57.1 LOEx].

Sentadas estas consideraciones previas, nos encontramos en condiciones de iniciar el estudio de la queja de la demanda por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la sentencia de apelación impugnada, al no haber ponderado ésta las circunstancias personales y familiares del recurrente en orden a revisar la procedencia de la expulsión y demás medidas acordadas en su contra por la Delegación del Gobierno.

2. La doctrina sobre el deber de motivación de las resoluciones que acuerdan la salida del territorio nacional de un ciudadano extranjero no comunitario. Supuestos reconocidos:

Este Tribunal tiene fijada doctrina en diversos ámbitos de aplicación de la LOEX donde resultan afectados los derechos a la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE) y a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) de un ciudadano extranjero en España, además de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegibles como la familia (art. 39.1 CE) y los menores de edad (art. 39.4 CE), bien porque se acuerde su expulsión del país y consiguiente prohibición de retorno dentro de un plazo, en atención a diversas circunstancias; bien porque se le imponga la obligación de dicha salida al no existir ya título habilitante para su residencia.

Para toda esa diversidad de supuestos hemos venido a exigir que la autoridad competente, administración y tribunales de justicia, no puedan acordar o confirmar esas medidas sin haber efectuado antes una valoración de las circunstancias personales y familiares de la persona afectada, lo que implica efectuar un juicio de proporcionalidad de la medida entre sus consecuencias para el

expedientado y su núcleo familiar, y la finalidad perseguida por la ley con su ejecución, con el posible resultado de que tal medida resulte no ser procedente en el caso concreto.

Un juicio de ponderación necesario que debe de plasmarse en la resolución que se dicte de modo específico y no mediante frases abstractas o estereotipadas; enumerando las circunstancias que corresponden al afectado y que ha de corresponderse con los datos y pruebas recabados en las actuaciones, e hilvanando en términos lógicos el razonamiento que conecta el enunciado de esas circunstancias con la norma habilitante, y la conclusión a favor o en contra de adoptar la medida. Caso de no hacerse así, hemos considerado que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la motivación (art. 24.1 CE), si en tal déficit incurre la sentencia de primera instancia o grado superior de la jurisdicción que revisan la decisión previa administrativa.

Adelantamos ya que ninguno de esos ámbitos hasta ahora reconocidos incluye el del supuesto planteado en el presente recurso de amparo. Por ello mismo, sin embargo, procede identificarlos a fin de determinar a continuación si es posible extrapolar al mismo las razones que sustentan la doctrina establecida:

A) Denegación de tarjeta de trabajo y residencia: la STC 46/2014, de 7 de abril, resolvió la demanda de amparo del entonces recurrente quien, tras serle denegada por la administración la renovación del permiso de trabajo y residencia al constar la existencia de antecedentes penales, se le impuso en aplicación del art. 28.3.c) LOEx la obligación de abandonar el territorio español en un plazo máximo de quince días. El Tribunal en su sentencia reprocha en primer lugar a la administración no haber tenido en cuenta “las diferentes circunstancias personales y familiares que concurrían”, ya alegadas por la parte en la alzada, relativas “a su propio esfuerzo de integración y arraigo”, a que “el recurrente carecía de otros antecedentes penales distintos de los ya expuestos”, “tenía un contrato de trabajo indefinido”, así como su “arraigo familiar (la madre del recurrente reside en Valencia con una autorización de residencia permanente), y que atañen, en fin, a dos menores (uno de los cuales es español, ambos son de corta edad...)”. Tras indicar en todo caso que al no ser resoluciones sancionadoras éstas no pueden vulnerar el art. 24 CE, declaramos en cambio en el FJ 7, en lo que aquí nos importa, que:

“...sin embargo, sí lo han hecho en el presente supuesto los órganos judiciales que en su labor de fiscalización de los actos administrativos recurridos se han opuesto a la ponderación de las circunstancias personales del recurrente bajo una interpretación de la norma que no respeta el canon constitucional de motivación del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, las Sentencias



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

también impugnadas en esta sede, se han limitado a confirmar las resoluciones administrativas sin ponderar las especiales circunstancias personales del demandante de amparo, cuando la norma legal aplicable consentía una interpretación que hubiera permitido tal ponderación.

Procede por tanto, otorgar el amparo solicitado, puesto que las resoluciones judiciales han vulnerado el art. 24.1 CE, al no ponderar las circunstancias personales puestas de manifiesto en la tramitación del expediente, cuando estaban en juego, además del art. 24 CE, el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño”.

B) *Expulsión del territorio nacional de residente de larga duración, en aplicación del art. 57.2 LOEx*: tres sentencias se han ocupado de recordar que existe un precepto concreto, el art. 57.5.b) de la misma Ley Orgánica, referido a titulares de una autorización de residencia de larga duración - también llamada por la administración, residencia permanente-, que condiciona la imposición de aquellas medidas restrictivas de derechos a la previa consideración de las circunstancias personales y familiares de la persona afectada (respecto de la valoración de los factores previstos a su vez en el art. 12.3 de la Directiva 2003/109/CE, ver por todas las SSTJUE de 7 de diciembre de 2017, *asunto C-636/16, Wilber López Pastuzano y Delegación del Gobierno en Navarra*; y 11 de junio de 2020, *asunto C-448/19 WT y Subdelegación del Gobierno en Guadalajara*, así como las anteriores que en ambas se indican).

Así, en primer lugar, en la STC 131/2016, de 18 de julio, luego de recordar que el deber de motivación de las resoluciones administrativas en esta materia responde no solo a mandatos de legalidad ordinaria, como opera en todo procedimiento administrativo, sino que reviste una dimensión constitucional añadida en cuanto son actos que limitan o restringen el ejercicio de derechos fundamentales y la actuación de la administración por ello mismo -y conforme a doctrina general que se cita- “es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó”, aunque no concluyéramos entonces que por ello dichas resoluciones vulnerasen el art. 24.1 CE, sí razonamos en relación con las resoluciones judiciales, en el FJ 6, que:

“...el deber de motivación del art. 24.1 CE alcanzaría ineludiblemente a las resoluciones judiciales que han enjuiciado la actuación administrativa, y, más en concreto, a la dictada en apelación que, bajo el entendimiento de que el art. 57.2 LOEx contempla una medida adoptada legítimamente por el Estado español en el marco de su política de extranjería, sin que sea aplicable lo establecido en la LOEx para las sanciones, y, en particular, el art. 57.5, ni tampoco el art. 55.3 sobre el principio de proporcionalidad, consideró que no cabía valorar las circunstancias personales del actor ni su arraigo, porque tal circunstancia no tiene ‘ninguna



relevancia respecto a ese motivo de expulsión'. Es decir, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha incurrido efectivamente en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, al haberse opuesto, en su labor de fiscalización de los actos administrativos recurridos, a la ponderación de las circunstancias personales del recurrente bajo una interpretación de la norma que no respeta el canon constitucional de motivación del citado derecho fundamental.

Al estar en juego, asociados a derechos fundamentales como los contemplados en los arts. 18.1 y 24.2 CE (STC 46/2014, FJ 7), una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) en relación con el mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, al que conduce la previsión del art. 39.4 CE, el órgano judicial debió ponderar las 'circunstancias de cada supuesto' y 'tener en cuenta la gravedad de los hechos', sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal ponderación (STC 46/2014, FJ 7).

En el mismo sentido se pronuncia la STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7, que en un caso similar, ante la presencia de derechos e intereses constitucionales de esa naturaleza, entre los que se incluían el derecho a la vida familiar derivado de los art. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que se encuentra, dentro de nuestro sistema constitucional 'en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) y de los niños (art. 39.4 CE)', manifestó que 'los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo'...".

Esta doctrina concreta de la STC 131/2016 ha resultado de aplicación a su vez en las SSTC 201/2016, de 28 de noviembre, FJ 3; y 14/2017, de 30 de enero, FJ 5, ambas también a propósito de residentes de larga duración, siendo estimado el amparo en los tres casos por vulneración del art. 24.1 CE.

C) *Sustitución por el juez penal de la pena de prisión por la medida de expulsión, en aplicación del art. 89 del Código Penal*: a la fecha en que se dictó la sentencia del juzgado de lo penal (19 de diciembre de 2013) que impuso a la entonces recurrente de amparo la sustitución de la pena de prisión y multa de diez meses a la que fue condenada por un delito de falsedad en documento público, por la de expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada durante 6 años, el art. 89 CP, precepto habilitante de la medida, no incluía ningún apartado en el que se impusiera al juez el deber de valoración de su proporcionalidad conforme a las circunstancias personales o familiares del condenado. Esa regla de ponderación fue incorporada posteriormente con la reforma del apartado



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

4º del mismo art. 89 CP, por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Pese a la imposibilidad de aplicar este apartado al supuesto de autos, según advirtió la STC 29/2017, de 27 de febrero, FJ 5; ello no impidió al Tribunal extender en dicha sentencia la garantía de ponderación de las circunstancias personales y familiares de la persona afectada al ejercicio de esta potestad jurisdiccional sustitutoria. Con base en los pronunciamientos ya dictados y que conciernen a ámbitos distintos del derecho de extranjería, razonamos en el FJ 3 que:

“...el Tribunal ha reiterado, específicamente en lo que se refiere a las alegaciones en vía judicial sobre la existencia de arraigo social y familiar respecto de aquellas instituciones que implican directa o indirectamente la salida del territorio nacional, que deben ser ponderadas tanto por la Administración como por los órganos judiciales en vía de recurso ‘al estar en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), junto al de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) en relación al mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño’ (así, STC 46/2014, de 7 de abril, FJ 6, en relación con la denegación de una solicitud de renovación de un permiso de trabajo que implicaba una situación de irregularidad sobrevenidas; y SSTC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6, y 201/2016, de 28 de noviembre, FJ 3, en relación con las decisiones administrativas de expulsión y prohibición de entrada impuestas al amparo del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero)”.

Tras constatar que las resoluciones judiciales impugnadas incurrieran en ese defecto de motivación, el FJ 5 concedió el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE), “en su concreta dimensión del derecho a obtener una resolución judicial motivada y fundada en derecho”.

D) *Denegación de la tarjeta de residencia de familiar de un ciudadano de la Unión Europea*: finalmente, ha de recordarse en este recorrido jurisprudencial el dictado de la STC 42/2020, de 9 de marzo, en relación con un caso de denegación y archivo de una solicitud de expedición de tarjeta de residencia como familiar extracomunitario de un ciudadano de la Unión Europea (en este caso, el recurrente estaba casado con una española). La regulación de esta materia se contiene en los arts. 7 y 8 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, “sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”, el cual traspone la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, “relativa

al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”, dictada a su vez en modificación y derogación de diversa normativa de la Unión. En el caso, y conforme al tenor vigente entonces de esas disposiciones, se denegó al recurrente el otorgamiento de la citada tarjeta de residencia al no haber acreditado que su esposa disponía de medios económicos suficientes para mantener a ambos y que por tanto él no sería una carga para la asistencia social del Estado, dejando sin embargo la administración y los tribunales actuantes de ponderar, tal como pedía el recurrente, que tal requisito era innecesario porque había acreditado la tenencia de recursos económicos propios suficientes.

Así, en el FJ 3 se hizo recordatorio de la doctrina acuñada en sentencias que ya se han citado, en concreto las SSTC 46/2014, FJ 7; 131/2016, FJ 6; y 29/2017, FJ 3, y tras declarar en el FJ 4.a) la lesión del art. 14 CE (dado el trato desigual no justificado entre los cónyuges), la STC 42/2020 vuelve a referirse a aquella doctrina en el FJ 4, apartado b), haciendo ya aplicación de ella para apreciar la lesión del art. 24.1 CE en su vertiente de derecho a la motivación, al faltar la ponderación judicial de la suficiencia de recursos del recurrente, toda vez que:

AL CONSTITUCIONAL

también hemos puesto de manifiesto en la STC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6, en relación con la medida de expulsión del territorio nacional contemplada en el art. 57.2 de la Ley 4/2000, que aunque esa medida pudiera no tener carácter sancionador, cabe la posible lesión del art. 24 CE si la revisión judicial del acto administrativo en cuestión no contiene la debida motivación de las circunstancias personales del recurrente, cuando están en juego ‘asociados a derechos fundamentales como los contemplados en los artículos 18.1 y 24.1 CE (STC 46/2014, FJ 7) una pluralidad de intereses constitucionales como el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1 CE) en relación con el mandato del art. 10.2 CE, así como el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño, al que conduce la previsión del art. 39.4 CE, el órgano judicial debió ponderar las ‘circunstancias de cada supuesto’ y ‘tener en cuenta la gravedad de los hechos’, sin que pudiera ampararse, como hizo, en la imposibilidad legal de realizar tal ponderación’ (STC 46/2014, FJ 7). Esa doctrina ha sido reiterada en lo esencial, en nuestras SSTC 201/2016, de 28 de noviembre, FFJJ 4 y 5, y 14/2017, de 30 de enero, FJ 5”.

En este caso se otorgó el amparo por la lesión de ambos derechos fundamentales (arts. 14 y 24.1 CE), con nulidad de las resoluciones judiciales dictadas.

3. Extensión de la anterior doctrina a las expulsiones acordadas en aplicación del art. 57.2 LOEx, respecto de quienes carecen de la autorización como residentes de larga duración:



Si bien hasta la fecha este Tribunal no ha tenido la oportunidad de aplicar la doctrina citada en el fundamento jurídico anterior, a ciudadanos extranjeros que carecen de autorización de residencia de larga duración y se consideran por la administración merecedores de la expulsión del territorio nacional ex art. art. 57.2 LOEx (haber sido condenado por delito doloso a pena superior a un año de prisión, y no estar cancelado ese antecedente), entendemos que concurren razones suficientes para la posible extensión de dicha doctrina, lo que implica que la medida en cuestión no puede imponerse -o confirmarse- nunca de manera automática

Las razones de la extensión de aquella doctrina sobre el art. 57.2 LOEx, son las siguientes:

A) Este Tribunal, en la STC 186/2013, de 4 de noviembre, conoció del caso de una ciudadana extranjera, doña G.V.A., a la que tras la apertura y tramitación del respectivo expediente se le impuso por la Subdelegación del Gobierno competente la orden de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada por plazo de 10 años, por aplicación simultánea de los arts. 53.a) [hoy 53.1.a)] y 57.2 LOEx, toda vez que se hallaba sin título alguno de residencia en España y constaba que cumplía en ese momento una pena privativa de libertad superior a un año por conducta dolosa. La medida de expulsión fue confirmada por las sentencias de primera instancia y apelación (aquella redujo el plazo de prohibición de regreso a 5 años), desestimando la pretensión de la recurrente de que se ponderara su arraigo familiar (madre de una niña de tres años, mantener una relación sentimental con un ciudadano español y residir ella en la casa de la madre de su pareja), al considerar las resoluciones judiciales que si bien el factor de arraigo podía servir para enervar la expulsión como sanción (art. 53.a), en cambio el art. 57.2 de la Ley Orgánica no permitía esa valoración a efectos de la medida prevista en él.

La recurrente interpuso recurso de amparo, actuando en nombre de los derechos de su hija menor en cuanto a los perjuicios que para ésta tendría la expulsión de su madre tanto si la niña se quedaba en España como si no, invocando únicamente la vulneración de los arts. 18.1 (intimidad familiar) y 19 CE (libertad de residencia). Planteado en estos términos el debate fue resuelto por la STC 186/2013 en sentido finalmente desestimatorio al considerar en ese caso concreto, no solo las circunstancias de la recurrente sino las posibilidades de protección de la menor por el entorno familiar paterno.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

En lo que importa al presente amparo, en el último fundamento de la sentencia (FJ 7) luego de recordarse que el derecho a la vida familiar del art. 8.1 CEDH -y consiguiente jurisprudencia interpretativa del TEDH- no se consideraba integrable en el contenido del derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE, ni por tanto exigible en un recurso de amparo, aunque sí protegible por los principios constitucionales de los arts. 10.1, 39.1 y 39.4, se añadió lo siguiente:

“...sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial (art. 53.3 CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo”.

La Directiva última que se cita, por cierto, “relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países”, tiene por objeto según su art. 1, “permitir el reconocimiento de una decisión de expulsión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro, denominado en lo sucesivo ‘Estado miembro autor’, contra un nacional de un tercer país que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, denominado en lo sucesivo ‘Estado miembro de ejecución’ “. Ahora bien, como ha recordado a efectos interpretativos la reciente STJUE de 11 de junio de 2020, *asunto C-448/19, WT y Subdelegación del Gobierno en Guadalajara*, “esta Directiva no regula los requisitos para que un Estado miembro adopte tal decisión con respecto a un nacional de un tercer país residente de larga duración que se encuentre en su propio territorio” (fundamento jurídico 24), de modo que no contiene la obligación de dictar esa medida en todo caso. Lógicamente, tampoco en personas con distinta situación de residencia a la de larga duración.

Este Tribunal Constitucional, por tanto, **sentó en la STC 186/2013, FJ 7 el deber judicial de ponderación de la proporcionalidad de la medida de expulsión prevista en el art. 57.2 LOEx, con arreglo a las circunstancias concretas de la persona afectada y su núcleo familiar, sin hacer distinción en cuanto a su situación legal o no de residencia** (el supuesto de hecho que enjuició era un caso de estancia irregular). Siendo así, ese deber de ponderación engendra consecuentemente el correlativo el deber de explicar esa decisión en la resolución judicial que fiscaliza el acto administrativo impugnado. Su incumplimiento acarrea, no solo una omisión de pronunciamiento, sino la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la vertiente del derecho a la motivación.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Así lo ha venido a entender la posterior STC 131/2016, FJ 6. ya citada. al hilo de razonar la necesidad del juicio de proporcionalidad en un caso de residencia de larga duración con la cita expresa, entre otras, de esa STC 186/2013 (que había invocado el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones del art. 52 LOTC, como se recoge en el antecedente 9):

“...En el mismo sentido se pronuncia la STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7, que en un caso similar (...) manifestó que “los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001 del Consejo”.

B) Esta doctrina enunciada en la STC 186/2013, ha sido reconocida también expresamente por el TEDH:

a) En primer lugar, ha de explicarse que precisamente la recurrente del proceso de amparo resuelto por la citada STC 186/2013, insatisfecha con su resultado formalizó demanda el 30 de abril de 2014 ante el Tribunal de Estrasburgo, alegando que las resoluciones dictadas habían conculcado los arts. 8 (derecho a la vida familiar) y 13 (derecho a un recurso interno efectivo) del CEDH. Abierto el procedimiento (demanda núm. 35765/14, G.V.A. contra España), con fecha 27 de noviembre de 2014 el abogado del Estado-Jefe del Área de Derechos Humanos del Servicio jurídico del Estado (Ministerio de Justicia), remitió al señor Secretario de la Sección Tercera del TEDH encargada del caso, un escrito formulando “solicitud de archivo de las actuaciones en virtud de declaración unilateral del Reino de España”.

Dicha declaración unilateral, tras una relación de antecedentes del procedimiento, se componía de cuatro bloques de fundamentos jurídicos: “I. La declaración unilateral como modo de terminación del procedimiento” (apartados 1 a 5); “II. Declaración unilateral que ofrece el Reino de España” (apartado 6); “III.- Oferta de satisfacción equitativa integrante de la declaración unilateral” (apartado 7) y “IV.- Procedencia del archivo del procedimiento” (apartados 8 a 22 inclusive), con un suplico final en orden a que se tuviera por ofrecida esa declaración unilateral, incluyendo la obligación de revocar y dejar sin efecto el acto administrativo de expulsión de la demandante, y el pago de una indemnización a su favor.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

En lo que importa al presente amparo hay que señalar que en el apartado 6 de la declaración unilateral, además del reconocimiento de que se habían vulnerado los derechos denunciados por la demandante, se contenía la siguiente declaración de carácter general:

“6. (...) El remedio en el futuro de esta segunda vulneración [derecho a un recurso efectivo, art. 13 CEDH] en casos análogos consiste en la declaración formulada por el Tribunal Constitucional Español, en el fundamento jurídico séptimo de su sentencia 186/2013, de 4 de noviembre, dictada en este caso, [que] ya reconoce la obligación de la jurisdicción ordinaria de respetar la necesaria interpretación integrada de ambos preceptos cuando afirma que, en estos supuestos, se debe enjuiciar: ‘(. . .) verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la Directiva 2001/140/CE. de 28 de mayo, del Consejo’.

Este criterio del Tribunal Constitucional vincula en lo sucesivo a los Jueces y Tribunales ordinarios, conforme a lo que dispone el art 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

La presente declaración será publicada, para su general conocimiento, en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, una vez producido el archivo del presente procedimiento”.

Y más adelante, en la fundamentación de la solicitud de archivo, apartados 13 y 22, el escrito decía:

“13. Por último, en el futuro la interpretación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se realizará puesta en relación con los criterios que recoge el art 57.5.b) de la misma Ley Orgánica, de conformidad al art 8 CEDH y se tutelarán de manera efectiva por la jurisdicción ordinaria, por haberlo así ordenado el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/2013, de 4 de noviembre, dictada en el recurso de amparo recaído en este asunto”. (...)

“22. Aunque, como ya se ha expuesto, la solución de este problema interpretativo de la ley ha sido ya resuelto por el Tribunal Constitucional, cuya sentencia se encuentra gratuitamente a disposición del público y de los jueces y magistrados en las página [sic] web www.tribunalconstitucional.es, la declaración unilateral ofrece, como medio adicional de publicidad, la publicación de la misma en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia. Es en este Boletín donde se publican las traducciones al castellano de las resoluciones judiciales del TEDH”.

Aceptados por la parte demandante los términos de la declaración unilateral formulada por el Estado, y no existiendo obstáculo a su reconocimiento, la Sección Tercera del TEDH dictó el 17 de marzo de 2015 la Decisión *asunto G.V.A. contra España*, en la que constatando que se había llegado a un acuerdo amistoso entre las partes, del que se levantó acta, dispuso el archivo de las actuaciones conforme a lo previsto en el art. 39 CEDH, lo que dispensó al Tribunal Europeo de entrar en el examen del fondo de las quejas de la demanda. En lo que importa a este amparo,



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

en el apartado de antecedentes y procedimiento de la Decisión se recoge un resumen de la declaración unilateral del abogado del Estado, incluyendo la siguiente mención:

“El Gobierno afirma que, ‘en el futuro la interpretación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se realizará puesta en relación con los criterios que recoge el artículo 57.5.b) de la misma Ley Orgánica, en conformidad con el artículo 8 del Convenio y se tutelarán de manera efectiva por la jurisdicción ordinaria, por haberlo así ordenado el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/2013, de 4 de noviembre, dictada en el recurso de amparo recaído en este asunto’”.

Un extracto de la declaración unilateral, con mención incluida de la STC 186/2013, se publicó en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, número de julio de 2015.

b) Fuera ya de lo resuelto en el mencionado asunto V.G.A. contra España, alguna decisión posterior del TEDH evidencia que se ha tomado debida nota de aquella declaración unilateral. Así, en la sentencia de 18 de diciembre de 2018, *asunto Saber y Boughassal contra España*, en la que se declaran contrarias al art. 8 CEDH las expulsiones ex art. 57.2 LOEx dictadas por la autoridad administrativa el 11 de noviembre de 2010 y 1 de agosto de 2011 sobre los dos demandantes, ciudadanos marroquíes residentes de larga duración en nuestro país, se cita en los apartados 20 y 21 relativos al Derecho y las prácticas internas del Estado miembro, a la STC 186/2013 y al texto del apartado 13 de la declaración unilateral formulada por la abogacía del Estado en aquel otro asunto:

“20. En una sentencia de 4 de noviembre de 2013 (186/2013), el Tribunal Constitucional subrayó que el contenido del artículo 18.1 de la Constitución, que establece el derecho a la intimidad familiar, no coincide con el contenido del artículo 8 del Convenio, y que por no incluir el derecho a la vida familiar, este último no está por tanto protegido por el recurso de amparo. Añadió, no obstante, que este derecho, protegido por otros principios constitucionales (por ejemplo, el artículo 39.1 de la Constitución, que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia), debería ser tomado en consideración por los tribunales administrativos al aplicar el artículo 57.2 de la LOEx para determinar si una orden de expulsión es proporcionada o no en relación con las circunstancias particulares del caso, incluido especialmente el sacrificio que supone con respecto a la vida familiar.

21. En el asunto *G.V.A. c. España* (decisión.), nº 35765/14 (acuerdo amistoso), de 17 de marzo de 2015, el Gobierno se remitió a esta sentencia del Tribunal Constitucional para argumentar que ‘en el futuro la interpretación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se realizará puesta en relación con los criterios que recoge el artículo 57.5.b) de la misma Ley Orgánica, de conformidad con el artículo 8 del Convenio y se tutelarán de manera efectiva por la jurisdicción ordinaria, por haberlo así ordenado el Tribunal Constitucional en su sentencia 186/2013, de 4 de noviembre, dictada en el recurso de amparo recaído en este asunto’...”



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

c) A la vista de este reconocimiento hecho por el TEDH, ha de aclararse el alcance de la declaración unilateral formulada por el representante del Reino de España el 27 de noviembre de 2014, no ya en lo que respecta a los términos del arreglo amistoso con la demandante para poner fin al procedimiento, ámbito en el que actuaba sin duda dentro de sus atribuciones, sino en cuanto a la declaración general que incluye y que ya se ha transcrito.

De dicha declaración unilateral no puede extraerse *per se* un efecto vinculante para la actuación de los tribunales españoles. Primero, porque ninguna de las normas que regulan la actuación del servicio jurídico del Estado, sea o no ante la jurisdicción del TEDH, contempla semejante potestad (art. 551 LOPJ; Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, en particular su art. 7; Reglamento 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado; o en fin, el art. 62 del Reglamento de Procedimiento del TEDH, de 1 de agosto de 2018, que recoge la posible terminación de la causa por acuerdo amistoso entre las partes). Y segundo y no menos importante, porque tal efecto vinculante sería contrario al principio constitucional de independencia de los juzgados y tribunales españoles (art. 117.1 CE).

Por otro lado, la referencia que hace la declaración unilateral a la aplicación judicial en todos los casos del art. 57.5.b) LOEx, es un pronunciamiento que no contiene la STC 186/2013, en la que no se hace cita de tal precepto referido solo a los residentes de larga duración; por ello mismo, su aplicación directa cabe exigirla únicamente para quienes gocen precisamente de esa situación administrativa.

Sentado todo esto, el auténtico valor de esta declaración de carácter general que incluye la decisión unilateral del representante del Reino de España radica en la información dada al TEDH de que este Tribunal Constitucional, en su STC 186/2013, FJ 7, declaró que la imposición de una expulsión de un ciudadano extranjero ex art. 57.2 LOEx, exige siempre la superación de un juicio de proporcionalidad de la medida en la que se ponderen las circunstancias del afectado y su núcleo familiar. Doctrina que sí es vinculante para los tribunales españoles -como se añade en la misma declaración unilateral- por mor de lo dispuesto en el art. 5.1 LOPJ ("La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos").

C) Se ha venido oponiendo en la práctica por la administración y diversos tribunales de justicia -y así lo han hecho también las resoluciones impugnadas en este amparo-, que la imposibilidad de exigir un juicio de proporcionalidad de la medida de expulsión del art. 57.2 LOEx, a ciudadanos extranjeros que no tienen otorgada la residencia de larga duración, resulta de la letra exclusiva y excluyente del art. 57.5.b) de la misma Ley Orgánica, y de la falta de previsión en otros apartados del precepto.

Este argumento, sin embargo, carece de solidez a poco que se repare en el hecho cierto, que ya hemos destacado antes, de que el citado precepto (art. 57.5.b) fue introducido por la Ley Orgánica 2/2009, de reforma de la LOEX, para trasponer en este punto al art. 12 de la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, relativa a la expulsión de residentes de larga duración en los Estados miembros. De modo que no se trata propiamente de una renuncia del legislador interno a recabar aquel juicio de proporcionalidad para los extranjeros que se hallen en distinta situación de residencia, juicio que puede sustentarse en la doctrina que venimos defendiendo en este fundamento jurídico mediante una interpretación directa del art. 57.2 LOEx. Se trata, en todo caso, de que los residentes de larga duración disponen de una protección reforzada que brinda el requerimiento expreso a la proporcionalidad de la decisión, ex art. 57.5.b), el cual complementa, no sustituye, al art. 57.2 LOEx.

Tiene por otro lado razón el Ministerio Fiscal, cuando en su escrito de alegaciones ha puesto de relieve el contrasentido de que se dispense un tratamiento constitucional distinto a la medida de expulsión que se acuerda en aplicación del art. 57.2 LOEx, respecto de la expulsión sustitutiva de la prisión que puede acordar el juez penal conforme con el art. 89 CP y en la que ha de atenderse siempre al juicio de proporcionalidad (sobre este requisito, son de interés las consideraciones vertidas en el apartado 4.2 de la Circular 7/2015, de la Fiscalía General del Estado “sobre la expulsión de ciudadanos extranjeros como medida sustitutiva de la pena de prisión tras la reforma operada por lo 1/2015”). En ambos casos el presupuesto de aplicación es el mismo, la condena por la comisión de un delito castigado con pena superior a un año de privación de libertad, aunque en la expulsión del art. 89 CP también estén comprometidos los fines de prevención general y especial del sistema penal.

En definitiva, la protección que corresponde a la administración y a los tribunales de justicia en cuanto a los derechos fundamentales (arts. 18 y 19 CE) y bienes constitucionalmente



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

reconocidos (arts. 10.1, 39.1 y 39.4 CE) que quedan afectados con la adopción de una medida tan drástica para la persona y su entorno familiar, como es la expulsión del territorio nacional y la prohibición aneja de retornar en un determinado plazo, se imponen a cualquier consideración de legalidad ordinaria sobre la literalidad de los arts. 57.2 y 57.5 LOEx que resulte impeditiva de la aplicación del principio de proporcionalidad, con independencia de la situación legal de residencia del ciudadano extranjero en España.

La doctrina asentada así por la STC 186/2013, FJ 7 a propósito de un supuesto de estancia irregular; seguida de las SSTC 131/2016, FJ 6 y 201/2016, FJ 3 para los residentes de larga duración, se ve ahora completada con la presente sentencia, extendiendo la exigibilidad de la proporcionalidad de la medida de expulsión a los extranjeros con autorización de estancia temporal, lo que supone el examen de sus circunstancias personales (edad, gravedad de los hechos objeto de condena, asunción de su castigo) y familiares, en especial el dato del arraigo en España y el que podría tener en su país de origen.

Queda así homologado a los demás ámbitos de nuestro Derecho de extranjería, donde este Tribunal Constitucional en las sentencias citadas en el fundamento jurídico anterior, había considerado esta garantía como esencial e inexcusable también en ellos.

4. Aplicación de la doctrina al caso aquí planteado:

La aplicación de la doctrina de referencia conduce a la apreciación de que se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente, en su vertiente del derecho a la motivación debida. En efecto, en vía administrativa la defensa de don [REDACTED] formuló alegaciones tras la incoación del expediente, aduciendo tanto circunstancias personales como familiares, que resultaban por su naturaleza atendibles en orden al juicio de ponderación de la medida de expulsión: (i) de las del primer tipo, la juventud de aquél y su problema con el alcoholismo que le llevó a delinquir en un espacio breve de tiempo por dos veces; la asunción de los efectos derivados de su condena cumpliendo con la responsabilidad civil a cuyo pago también fue obligado; su buena conducta en prisión y las calificaciones favorables recibidas de los equipos técnicos del centro, así como también su interés por completar su formación profesional.



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

(ii) Del segundo tipo, las familiares, el dato de su arraigo que se explica por la existencia de un núcleo familiar que conforma junto con sus padres y su hermana, el haber llegado a España en el año 2009 siendo muy joven (12 años), gozando desde entonces de la autorización de residencia por reagrupación familiar renovada dos veces, de hecho al tiempo de ser dictada su expulsión apenas había cumplido los 20 años, y la alegada carencia de arraigo en su país de origen, a. Todo ello lo ha ido reiterando después en el recurso de reposición, y en sus escritos procesales en la vía judicial posterior.

Frente a este conjunto de factores, contrastables y que por cierto no han sido negados ni por las resoluciones impugnadas, ni por el abogado del Estado interviniente en este proceso constitucional, la respuesta tanto de la Delegación del Gobierno competente, como del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en sede de apelación, fue rechazar la posibilidad de la ponderación de aquellas circunstancias personales y familiares en relación con la expulsión, es decir, de realizar el juicio de proporcionalidad exigible, limitándose a constatar, de un lado, que ello solo es posible en los residentes de larga duración, por lo que dice el art. 57.5.b) LOEx y por lo que no dice aquel art. 57.2; y de otro lado, por la realidad de las dos sentencias de condena penal impuestas al recurrente y la gravedad de la pena asignada por el Código Penal al delito de robo con violencia.

Que la pena a tener en cuenta a estos efectos sea la abstracta de la ley penal y no la concreta individualizada judicialmente, conforme a jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, es materia de legalidad ordinaria en la que no procede inmiscuirnos. Mas en todo caso lo que se esgrime por la Delegación y por la Sala de apelación es un hecho jurídico que constituye el presupuesto de la expulsión, resultando por sí sólo insuficiente para soportar el juicio de proporcionalidad de la medida en este o en cualquier otro caso.

Descartado el automatismo en la aplicación del art. 57.2 LOEX respecto de cualquier régimen de estancia del ciudadano extranjero afectado, como se ha venido exponiendo, resulta a los efectos de este recurso de amparo que la sentencia de apelación recurrida incurrió en una omisión de pronunciamiento, en cuanto al juicio de proporcionalidad de la medida de expulsión (ausente ponderación de aquellas circunstancias personales y familiares del recurrente), con el consecuente defecto de motivación de su decisión en este punto.



Un juicio de proporcionalidad que sí llevó a cabo la sentencia de segunda instancia para reducir el plazo de prohibición de retorno al territorio nacional de cinco años a uno, pero tras confirmar la expulsión. Esto solo hubiera resultado correcto si, previamente, hubiera empleado ese mismo juicio de proporcionalidad y los datos alegados por el recurrente para calibrar la necesidad de la expulsión adoptada por la autoridad administrativa y, de tal guisa, hubiese concluido la Sala con una argumentación razonada y razonable que en efecto la expulsión era conforme a Derecho y que los razonamientos de la sentencia de primera instancia no eran acertados, pasando entonces sí a ocuparse de los demás efectos legales inherentes a la expulsión ex art. 58 LOEx. No del modo como ha procedido.

La actuación de la Sala de apelación se muestra por ello antitética a la cumplida, aquí sí de manera respetuosa con el derecho fundamental del recurrente (art. 24.1 CE), por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo *a quo* el cual acometió y motivó el correspondiente juicio de proporcionalidad de la expulsión, decantándose por la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas.

Ha de estimarse por todo ello la presente demanda de amparo.

5. Efectos de la estimación del presente recurso:

Corresponde ahora precisar los efectos que trae consigo la declaración con lugar de la pretensión actora, conforme a lo dispuesto en el art. 55 de nuestra Ley Orgánica reguladora.

Además del reconocimiento del derecho fundamental del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, procede imponer las siguientes medidas en orden a su efectiva reparación:

a) Declaramos la nulidad de la sentencia dictada en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, el 22 de octubre de 2018.

b) Declaramos también la nulidad de la providencia dictada el 27 de octubre de 2019 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, por cuanto



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

al inadmitir el recurso de casación promovido por el aquí recurrente contra aquella sentencia, comportó la firmeza de esta última.

e) Por unidad de criterio con la solución dada en un supuesto similar al presente en la STC 131/2016, de 18 de julio, se declara firme la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Santander, de 29 de mayo de 2018, que anuló las resoluciones dictadas el 6 de julio de 2017 y 17 de octubre de 2017 por la Delegación del Gobierno en Cantabria.

No obstante, dado que en el fundamento jurídico tercero -donde se resuelve la controversia- y en el fallo de dicha sentencia de primera instancia no se concretan los efectos derivados de la nulidad de ambos actos administrativos, procede especificarlos ahora: (i) la nulidad alcanza en primer lugar a la orden de expulsión dictada contra el recurrente (art. 57.2 LOEx); (ii) alcanza la nulidad, asimismo, a la medida de prohibición de retorno a España (art. 58.1 LOEx); y (iii) alcanza dicha nulidad, por último, al acuerdo de extinción de la autorización de residencia (art. 57.4 LOEx) que tenía concedida el recurrente al tiempo de recaer las resoluciones administrativas objeto de impugnación judicial, toda vez que anulada la orden de expulsión queda también anulado el efecto inmediato de ésta que es la extinción del periodo de residencia del que disponía.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido:

1º) Estimar la demanda presentada por don _____, por vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE), con reconocimiento de tal derecho.

2º) Declarar la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 22 de octubre de 2018 (recurso de apelación núm. 170-2018); así como también la nulidad de la providencia de la Sección Primera de la Sala de lo



TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL

Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 27 de octubre de 2019 (recurso de casación
núm. 1016-2019)

3º) Declarar firme la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Santander, de 29 de mayo de 2018 (procedimiento abreviado núm. 33-2018), con los efectos que se especifican en el anterior fundamento jurídico 5.c) de la presente sentencia.

Publíquese esta sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a trece de septiembre de dos mil veintiuno.

ES COPIA
LA SECRETARÍA DE JUSTICIA



