

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17158 *Sala Primera. Sentencia 72/2023, de 19 de junio de 2023. Recurso de amparo 6495-2020. Promovido por don Mario Andrés Romero Valencia en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un juzgado de la capital, que desestimaron su impugnación de la resolución administrativa sancionadora que acordó su expulsión del territorio nacional. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la legalidad sancionadora: aplicación irrazonable de la norma sancionadora que, anteponiendo la expulsión a la multa, infringió la garantía material del derecho (STC 47/2023).*

ECLI:ES:TC:2023:72

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y los magistrados y magistradas don Ricardo Enríquez Sancho, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga y don Juan Carlos Campo Moreno, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6495-2020, promovido por don Mario Andrés Romero Valencia contra la resolución sancionadora de 27 de marzo de 2019, dictada por el delegado del Gobierno en Madrid (expediente de expulsión núm. 280020190005268), ratificada por la sentencia núm. 321/2019, de 10 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Madrid (procedimiento abreviado núm. 276-2019), que fue confirmada en apelación por la sentencia núm. 222/2020, de 9 de junio, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso de apelación núm. 1180-2019), y contra el auto de 20 de julio de 2020, por el que la citada sección denegó la preparación del recurso de casación interpuesto; denegación que fue confirmada en queja por auto de 20 de noviembre de 2020, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (recurso núm. 301-2020). Ha sido parte la Abogacía del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Juan Carlos Campo Moreno.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro electrónico de este tribunal el día 29 de diciembre de 2020, don Mario Andrés Romero Valencia, representado por la procuradora de los tribunales doña María Dolores Fernández Prieto y asistido por la letrada doña María Pilar Martínez Albertos, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones administrativa y judiciales que se mencionan en el encabezamiento de esta sentencia.

2. Son antecedentes relevantes para resolver el recurso de amparo los siguientes:

a) El día 19 de diciembre de 2018, tras su detención gubernativa, se incoó un procedimiento administrativo sancionador de carácter preferente contra el demandante de amparo (de nacionalidad chilena y nacido el año 1992), tras haberse comprobado por agentes policiales que solicitaron su identificación que no disponía de documento alguno que acreditase su situación de estancia o residencia legal en España, ni constaba en las bases de datos policiales que se hallara pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo. Los hechos imputados fueron encuadrados en la previsión de infracción grave recogida en el art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx). Sustanciado el procedimiento sancionador, el delegado del Gobierno en Madrid dictó resolución de fecha 27 de marzo de 2019 por la que decretó la expulsión del recurrente del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un periodo de tres años, a contar desde la fecha en que se llevase a efecto.

b) El demandante impugnó la sanción impuesta mediante recurso contencioso-administrativo en el que, a partir de las circunstancias personales y de arraigo en España del recurrente que describía, (i) cuestionó la suficiencia de la fundamentación de la resolución administrativa, discrepando también de la misma porque no expresaba las razones por las que se optaba por la sanción de expulsión en vez de la de multa, también prevista legalmente; añadió que la STJUE de 23 de abril de 2015 no impone la expulsión, sino que descarta la multa; y (ii) alegó que la sanción de expulsión era desproporcionada en atención a las circunstancias personales del recurrente a las que no se dio la relevancia que merecían. Según expresó en el recurso, accedió a España por puesto habilitado (aeropuerto), residía en Madrid en casa de una hermana –que es residente legal– y se encontraba domiciliado en este municipio. Añadió que tres de sus hermanas residían en Madrid y que él se encargaba del cuidado de sus sobrinos, por lo que contaba con arraigo y medios de vida propios, sin que haya sido nunca detenido por la comisión de hecho delictivo alguno, por lo que no existían datos negativos de conducta u otras circunstancias que justificasen la expulsión, más allá de la mera permanencia ilegal en España.

En consecuencia, solicitó que se declarase la nulidad de pleno Derecho de la resolución administrativa o, en su caso, que se revocase y se le impusiera en lugar de la sanción de expulsión la de multa, en su cuantía mínima. Concluyó su recurso señalando que «existe error en la apreciación de la prueba y la jurisprudencia, lo que, a su vez, conlleva la vulneración del art. 24 de la CE».

La demanda fue repartida al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Madrid, que desestimó el recurso mediante sentencia 321/2019, de 10 de octubre. El órgano judicial fundamentó la desestimación en la aplicación preferente 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, cuyo contenido fue analizado en la STJUE de 23 de abril 2015, Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa c. Samir Zaizoune, asunto C-38/14. Según el juez de instancia, la citada previsión normativa, tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, impone que todo ciudadano extranjero que no lo sea de la Unión Europea, cuando se halle en situación irregular en el territorio de cualquier Estado miembro, debe ser expulsado (decisión de retorno) pero no multado, salvo que se encuentre en alguno de los casos que, como excepción, establecen los arts. 5 y 6 de la citada directiva. En atención a dicha interpretación, el juzgador consideró que el recurrente no se hallaba en ninguna de las situaciones recogidas en las citadas excepciones, por lo que el arraigo familiar alegado no justificaba su petición de ser sancionado con multa, en vez de con la expulsión. En tal medida, consideró irrelevante el debate planteado por el recurrente sobre la supuesta falta de proporcionalidad de la medida, dado que no había margen

judicial para acomodar la sanción a otros criterios sin desconocer el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

c) El demandante interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Reiteró en él los dos argumentos expuestos en la demanda precedente que fue desestimada en primera instancia (falta de proporcionalidad de la sanción de expulsión e insuficiente fundamentación de la opción por la expulsión frente a la posibilidad alternativa de multa, legalmente prevista). Señaló que la STJUE de 23 de abril de 2015 únicamente dice que no se puede imponer la sanción de multa, pero no que la persona en situación irregular deba ser expulsada. Con cita de resoluciones de otros tribunales nacionales, afirmó que no se puede atribuir efecto directo a la Directiva de retorno en perjuicio del interesado sin que previamente haya sido incorporada al ordenamiento jurídico español. Concluyó sus alegaciones señalando que no era aplicable al caso la citada STJUE de 23 de abril de 2015, sino que debían aplicarse las previsiones de la ley española (Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) por lo que se había producido un «error en la valoración de la prueba, lo que, a su vez, conlleva la vulneración del art. 24 CE».

El recurso de apelación fue desestimado por la sentencia núm. 222/2020, de 9 de junio, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que rechazó la alegada vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción tras considerar que la resolución sancionadora era conforme con las exigencias de la Directiva de retorno y la jurisprudencia que la interpreta (STJUE de 23 de abril de 2015), que había sido asumida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 12 de junio de 2018. En virtud de dicha interpretación, la estancia irregular de un extranjero en territorio nacional es motivo suficiente para acordar su expulsión si no está incurrido en alguno de los supuestos excepcionales en los que la propia directiva faculta a los Estados miembros para no ordenar el retorno a su país de origen.

En tal sentido, la sala analizó las circunstancias personales alegadas por el recurrente (Fundamento de Derecho 12), concluyendo que ninguna de ellas tenía la intensidad suficiente como para apreciar alguna de las situaciones de excepción previstas en los arts. 5 y 6 de la directiva, únicas que le permitirían eludir su expulsión. La sala excluyó expresamente que la situación de arraigo familiar alegada en la demanda inicial, y reiterada en el recurso de apelación, permitiera apreciar la concurrencia de dichas excepciones.

d) Frente a la sentencia de apelación preparó el demandante recurso de casación, que fue denegado por la sala mediante auto de 20 de julio de 2020, luego confirmado en queja por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (auto de 20 de noviembre de 2020), tras apreciar como insuficiente la fundamentación de la concurrencia de interés casacional objetivo [art. 88.2.a) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)], dado que, según se afirma, el recurrente «citó de forma conjunta e indiferenciada distintos supuestos de interés casacional recogidos en el ordinal 2 del artículo 88 de la LJCA, sin hacer lo que requiere el artículo 89.2.f) LJCA y exige la jurisprudencia constante de esta sala y sección, a saber, fundamentar de manera individualizada la concurrencia de cada uno de esos supuestos, explicando el porqué de su invocación por relación con el caso litigioso, y razonando la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo desde el obligado punto de vista de la formación de la jurisprudencia».

3. La demanda de amparo solicita que se declare vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y de defensa del recurrente (art. 24 CE) y su derecho a la igualdad (art. 14 CE) con declaración de nulidad de las resoluciones recurridas y la

retroacción de actuaciones a la Delegación del Gobierno para que dicte una nueva resolución coherente con el contenido de los derechos fundamentales alegados.

(i) La del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión se asocia al hecho de no haber sido tomadas suficientemente en cuenta las alegaciones del recurrente acerca de sus circunstancias personales y de arraigo en España, las cuales, según afirma, han sido obviadas por la administración y los tribunales. Al fundamentar su discrepancia, afirma en la demanda, sin desarrollo adicional, que la opción por la sanción de expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada durante tres años, es desproporcionada y está insuficientemente motivada.

(ii) La aducida vulneración del derecho a la igualdad se vincula en la demanda a que existen otras sentencias de otros tribunales nacionales que, en casos semejantes, han llegado a conclusiones diferentes y contradictorias a las que son cuestionadas en el recurso de amparo.

4. La Sección Primera de este tribunal, mediante providencia de 9 de mayo de 2022, admitió a trámite el recurso de amparo 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 cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE [STC 155/2009, FJ 2.b)]. Ordenó por ello dirigir atenta comunicación al Tribunal Supremo y al Tribunal Superior de Justicia de Madrid a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de queja y al recurso de apelación. También acordó dirigir comunicación al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Madrid a fin de que, en el mismo plazo, remitiera testimonio del procedimiento abreviado núm. 276-2019, debiendo previamente emplazarse a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que pudieran personarse en el presente recurso en el plazo de diez días.

5. Tras solicitar su personación, que fue aceptada, y darle traslado de las actuaciones (providencia de 10 de junio de 2022), la Abogacía del Estado presentó sus alegaciones el 11 de julio de 2022, en las que solicitó la desestimación del recurso de amparo.

a) Rechaza en primer lugar la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Pone de relieve que el demandante sancionado con la expulsión del territorio nacional tuvo y ejerció la posibilidad de revisar jurisdiccionalmente la decisión administrativa inicial. Entiende que las sucesivas resoluciones judiciales dictadas en instancia y apelación, tras sus recursos, son motivadas y fundadas en Derecho, por más que no hayan estimado sus pretensiones. La existencia de motivación se extiende a la normativa aplicable, a su interpretación judicial y a la incidencia que, sobre el caso, tiene la STJUE de 23 de abril de 2015, tantas veces citada, en virtud de la cual procede en este caso imponer la sanción de expulsión del territorio nacional, dada su situación irregular en España. Añade que el recurrente articula su recurso en términos de discrepancia con la aplicación de la legalidad ordinaria, pero tal diferencia de criterio sobre la aplicación de la ley no implica la vulneración de derechos fundamentales aducida.

Para el Abogado del Estado «[I]o que hacen los órganos jurisdiccionales al confirmar la adecuación a Derecho de la decisión de expulsión tomada en origen por la Delegación del Gobierno en Madrid, resolución de 27 de marzo de 2019, no es otra cosa que –repetimos una vez más– el hecho de llevar a cabo la aplicación de la norma a las circunstancias fácticas apreciadas por el órgano, y asimismo tenidas por tales en el plano probatorio, por el órgano jurisdiccional revisor».

b) Comparte también los razonamientos expuestos en la sentencia de apelación (Fundamentos de Derecho 6 a 10), a los cuales se remite para rechazar la supuesta incongruencia omisiva denunciada y la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta; alegación esta última que sitúa en el contenido del derecho a la legalidad sancionatoria administrativa (art. 25.1 CE). En este sentido afirma: «Que el recurrente entienda que no se le han valorado correctamente sus circunstancias particulares, ni aplicado correctamente la ley, esto es, que aquel tenga una “postura diferente” en cuanto a los acontecimientos y respecto de lo que entienda sería o hubiera sido la más adecuada interpretación de la norma, no constituye vulneración de su derecho fundamental».

c) Por último, rechaza la alegada vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, dado que el recurrente no ofrece de manera concreta un parámetro específico de comparación, como tampoco desarrolla la cita del art. 39 CE que se hace en la demanda de amparo.

Todo lo expuesto le lleva a solicitar la desestimación del recurso de amparo que, en los términos expuestos, considera también que carece de especial trascendencia constitucional.

6. El 20 de julio de 2022, la fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó su escrito de alegaciones. Solicitó en él la inadmisión del recurso de amparo al apreciar la concurrencia de óbices procesales y, subsidiariamente, su estimación parcial por apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, que derivaría de la falta de tutela administrativa y judicial de su legítimo interés al haberse hecho una aplicación errónea de la Directiva 2008/115/CE, tal y como ha sido puesto de relieve en la STJUE de 8 de octubre 2020, MO c. la Subdelegación del Gobierno en Toledo, asunto C-568/19, cuya doctrina ha sido recibida por el Tribunal Supremo en sentencias de 17 de marzo y de 21 de mayo de 2021. Según expresa en su escrito: «las resoluciones judiciales de los órganos de instancia y apelación, dictadas con anterioridad a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 [...], y la resolución administrativa, no han tenido en cuenta la necesidad de valorar la concurrencia de circunstancias agravantes de la situación de estancia irregular que justifiquen la adopción de la medida de expulsión, en atención al principio de proporcionalidad».

a) Óbices procesales. En relación con la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, aduce la representante del Ministerio Fiscal la falta de agotamiento de la vía judicial previa por no haber planteado dicha vulneración ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a través de un incidente de nulidad de actuaciones, una vez cerrada la vía casacional. Presupuesto de esta alegación es que la vulneración del art. 24.1 CE se atribuye en la demanda de amparo de forma autónoma a la sentencia de apelación dado que, pese a que había sido alegada, al resolverlo no se hace ningún pronunciamiento al efecto.

Respecto a la supuesta vulneración del art. 14 CE, en cuanto garantiza la igualdad en la aplicación de la ley, afirma que esta queja no fue alegada en la vía judicial previa tan pronto como fue posible, pues no se hizo mención alguna a esta lesión en el recurso de apelación, lo que supone desconocer el carácter subsidiario del recurso de amparo.

b) Sobre las vulneraciones aducidas. En relación con la alegada falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, tras resumir los antecedentes del procedimiento administrativo, del procedimiento judicial contencioso-administrativo que le siguió y los motivos de amparo esgrimidos en el recurso, la fiscal destaca que la STJUE de 23 de abril de 2015 citada en las resoluciones judiciales recurridas ha sido recientemente matizada por la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19, en la que se reconoce que por exigencias de la normativa nacional deben valorarse las circunstancias individuales del extranjero a la hora de acordar su expulsión, de manera que no basta la mera constatación de su estancia irregular, o que no se den las excepciones que contempla la Directiva de retorno pues, tal y como establece ahora el

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes. Las sentencias de primera y segunda instancia han verificado una interpretación incorrecta de la Directiva de retorno al fundar en la misma la decisión de expulsión del territorio nacional, sin entrar a valorar la concurrencia de circunstancias agravantes que pudieran justificar tal medida, en lugar de la imposición de la multa prevista en la legislación española. Además, estas resoluciones judiciales han actuado contra la prohibición que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido de que un Estado invoque en perjuicio de los intereses de sus ciudadanos preceptos de una directiva no traspuesta al ordenamiento interno, o que haya sido traspuesta de modo indebido. Cita asimismo la más reciente STJUE de 3 de marzo de 2022, dictada en el asunto C-409/20, que declara que la Directiva de retorno no se opone a la normativa de un Estado miembro que, en un primer momento, sancione con multa la permanencia irregular de un nacional de un tercer país, cuando no concurren circunstancias agravantes, aunque dicha sanción pecuniaria que lleve aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado en un plazo fijado salvo que, antes de su transcurso, se regularice su situación. Concluye el fiscal que por ello se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente.

También alega la fiscal que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad de la sanción, entendido como falta de tutela judicial y administrativa, pues se ha impuesto la expulsión por la situación administrativa irregular de la demandante y porque no concurría ninguna de las circunstancias excepcionales previstas en la Directiva de retorno, excepciones que, sin embargo, no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad, es decir, como circunstancias agravantes de la estancia irregular que justifiquen la sanción de expulsión. Solicita por ello la nulidad de la resolución administrativa impugnada y de las sentencias dictadas en el procedimiento contencioso-administrativo precedente, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al que se acordó la expulsión.

7. Mediante diligencia de ordenación de 21 de julio de 2022 se hizo constar que el presente recurso de amparo quedaba concluso y pendiente para deliberación cuando por turno correspondiese.

8. En cumplimiento de lo previsto en el acuerdo de 17 de enero de 2023 (publicado en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 16, de 19 de enero de 2023) adoptado por el Pleno del Tribunal Constitucional tras su renovación, ha correspondido la ponencia del presente recurso al magistrado don Juan Carlos Campo Moreno, conforme al orden de antigüedad y mayor edad de los anteriores y de los nuevos integrantes del colegio de magistrados (art. 3.2 del citado acuerdo).

9. Por providencia de 15 de junio de 2023 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 19 de dicho mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso, posiciones de las partes y delimitación de la cuestión constitucional subyacente.

a) El presente recurso de amparo denuncia que tanto la resolución de 27 de marzo de 2019 dictada por el delegado del Gobierno en Madrid en el expediente núm. 280020190005268, que decretó la expulsión del recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada a España por un periodo de tres años, por haber incurrido en la infracción grave prevista en el art. 53.1.a) LOEx, como la sentencia núm. 321/2019, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Madrid en el procedimiento abreviado núm. 276-2019, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquella resolución administrativa, y la sentencia

núm. 222/2020, de 9 de junio, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación que interpuso contra la anterior sentencia, han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa garantizado por el art. 24 CE al imponer y confirmar una sanción que entiende desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos imputados y sus circunstancias personales.

Denuncia también la vulneración de su derecho a no ser discriminado en la aplicación de la ley, alegando otras sentencias de otros tribunales nacionales que, en casos semejantes, han llegado a conclusiones diferentes y contradictorias a las que son cuestionadas en el recurso de amparo.

El Abogado del Estado considera, en primer lugar, que la supuesta vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley no fue debidamente invocada en la vía judicial previa, lo que impide su análisis en esta sede de amparo. En cuanto al fondo, en relación con la sanción de expulsión impuesta, afirma que tiene cobertura legal y no resulta desproporcionada. Coincide, por remisión, con el razonamiento de la sentencia de apelación por entender que concurrían en el demandante circunstancias que calificaban o agravaban su simple situación de irregularidad administrativa, lo que permitiría entender satisfechas, incluso, las exigencias de la STJUE de 8 de octubre de 2020, MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo, asunto C-568/19), que ha matizado, pero no revocado, el criterio de la STJUE de 23 de abril de 2015, Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa c. Samir Zaizoune, asunto C-38/14).

La fiscal ante el Tribunal Constitucional, al margen de los óbices procesales que analizaremos a continuación por los que solicita la inadmisión del recurso, considera de forma subsidiaria que las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente porque la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, ha sido incorrectamente aplicada al caso, pues tanto la resolución administrativa como las resoluciones judiciales de los órganos de instancia y apelación que la confirman, dictadas con anterioridad a la citada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020, no han tenido en cuenta la necesidad de valorar la concurrencia de circunstancias agravantes de la situación de estancia irregular que, en atención al principio de proporcionalidad, justifiquen la adopción de la medida de expulsión.

b) Entendemos preciso aclarar que el recurso de amparo, que bajo la cobertura formal del art. 24 CE, denuncia de forma expresa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa, verifica un desarrollo argumental que, bajo el etiquetado de incongruencia omisiva, ausencia o insuficiente motivación de las resoluciones judiciales cuestionadas, introduce un análisis de naturaleza material sobre la falta de ponderación suficiente y adecuada de sus circunstancias personales al acordarse la imposición de la sanción de expulsión. Se trata de argumentos que son reiteración de los que hizo valer en las vías administrativa y judicial previa y que, por cuestionar la adecuación a Derecho de la sanción administrativa impuesta, inciden en el ámbito de protección del derecho a la legalidad administrativa sancionatoria en su fase aplicativa, garantizado en el art. 25.1 CE, cuyo contenido ha de ser tomado en consideración al resolver sus pretensiones.

2. Óbices procesales y especial trascendencia constitucional del recurso de amparo.

a) El análisis de las actuaciones remitidas y de los escritos de demanda y recurso de apelación permite apreciar que, en la vía judicial previa, pese a citarse varias sentencias de otros tribunales nacionales que interpretan la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España de forma diversa a la que sustenta las resoluciones impugnadas en apoyo de su impugnación, no fue alegado ni invocado debidamente el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE)

con el contenido que ha venido declarando este tribunal en su jurisprudencia. La queja así expuesta por el demandante por primera vez en la demanda de amparo incurre por ello en el óbice procesal opuesto por el abogado del Estado, debiendo ser inadmitida [art. 44.1.c) LOTC] con fundamento en la doctrina del Tribunal [por todas, STC 35/2018, de 23 de abril, FJ 2, con cita de las SSTC 175/2014, de 3 de noviembre, FJ 2; 118/2014, de 8 de julio, FJ 2.a); 128/2014, de 21 de julio, FJ 2.a); 77/2015, de 27 de abril, FJ 1.b); posteriormente, STC 74/2018, de 5 de julio, FJ 2].

b) Distinta suerte debe seguir la alegada causa de inadmisión que la representante del Ministerio Fiscal anuda a la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de agotamiento de los recursos previstos en la ley [art. 44.1.a) LOTC]. Para la fiscal, la denuncia del art. 24.1 CE se vertebra sobre una supuesta incongruencia omisiva en la que podría haber incurrido de forma autónoma el Tribunal de Apelación, por lo que, una vez cerrada la vía casacional intentada, la queja podía y debía haber sido planteada ante el órgano judicial de apelación, ex art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante un incidente de nulidad de actuaciones.

No apreciamos que concurra el óbice procesal alegado dado que no cabe compartir su presupuesto de partida: desde sus alegaciones ante la administración, el recurrente denunció la inadecuación a Derecho de la sanción administrativa que se le impuso, argumentando que no había tomado en consideración de forma suficiente sus circunstancias personales y familiares, que la expulsión no era obligada conforme a la ley española, pero que tampoco lo era conforme a la normativa comunitaria a que hacen referencia las resoluciones judiciales cuestionadas en amparo. Este conjunto de razonamientos son los que en la demanda de amparo justifican la alegada vulneración del art. 24.1 CE (con las precisiones a que seguidamente haremos referencia), por lo tanto no apreciamos que exista un motivo de amparo que impute de forma autónoma a la sentencia de apelación haber incurrido en incongruencia omisiva, sino que el desacuerdo del recurrente con las resoluciones cuestionadas es más amplio y tiene que ver con el fundamento normativo de la sanción y la apreciación de sus circunstancias personales como justificativas de su petición de ser sancionado con multa, y no con la expulsión.

c) La demanda fue admitida a trámite tras apreciar en aquel momento que podía dar ocasión al tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio de la de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE [STC 155/2009, FJ 2.b)]. Tal oportunidad se planteaba específicamente como consecuencia de la posibilidad de valorar la incidencia que en nuestra jurisprudencia podía tener la del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de octubre de 2020) relativa al régimen sancionador previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para los supuestos de estancia irregular de extranjeros en nuestro país, en relación con la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre (también denominada Directiva de retorno). Dichas cuestiones han sido abordadas por el Pleno de este tribunal en la STC 47/2023, de 10 de mayo, por lo que debe ahora ratificarse la existencia de especial trascendencia constitucional de este recurso de amparo, cuyo contenido será abordado a partir de los pronunciamientos hechos en la citada y reciente resolución del Pleno de este tribunal.

3. Compatibilidad del régimen sancionador de la estancia irregular en España de nacionales de terceros países con la Directiva 2008/115/CE (STC 47/2023, de 10 de mayo).

En la STC 47/2023, de 10 de mayo, hemos declarado la compatibilidad del régimen sancionador aplicable a los ciudadanos de terceros países ajenos a la Unión Europea que se encuentran en España en situación irregular, que se regula en los arts. 53.1.a) y 57.1 LOEx, con las exigencias de la Directiva 2008/115/CE, conocida como Directiva de retorno, interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En nuestro pronunciamiento recapitulamos el contenido de la legislación española, en virtud de la cual la estancia irregular de extranjeros en territorio español resulta

constitutiva de una infracción grave [art. 53.1.a) LOEx], sancionada, como regla general, con multa de 501 hasta 10 000 euros [art. 55.1 b) LOEx], aunque, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57.1 LOEx, las situaciones de estancia irregular pueden también sancionarse con la expulsión del territorio español, siempre que se respete el principio de proporcionalidad, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción. La ley señala que «[e]n ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa» (art. 57.3 LOEx). Esta referencia al principio de proporcionalidad se interpreta por la jurisprudencia nacional en el sentido de que solo cabe la expulsión si concurren «circunstancias agravantes» en los nacionales de terceros países en situación de estancia irregular.

La Directiva 2008/115/CE dispone –como regla general– en su art. 6.1 que los «Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5», excepciones relativas a supuestos en que la persona cuenta con un permiso de residencia u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro, o en que otro Estado miembro se hace cargo de ella en virtud de acuerdos o convenios bilaterales, o se le otorga un permiso o autorización de estancia por razones humanitarias o de otro tipo, o está pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que le otorgue el derecho de estancia. También se establecen excepciones en su art. 5, que establece que en la aplicación de la Directiva «los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: a) el interés superior del niño, b) la vida familiar, c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y [que] respetarán el principio de no devolución».

Tras el pronunciamiento de la STJUE de 23 de abril de 2015 antes citada, según la cual la directiva «debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí», la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a partir de su sentencia núm. 980/2018, de 12 de junio, revisó su jurisprudencia anterior en el entendimiento de que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea obligaba a entender que «lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concorra un supuesto de estancia irregular, salvo que concorra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva de retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución» (FJ 6).

No obstante, la posterior STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19, MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo, ha aclarado la doctrina sentada en el asunto Zaizoune, al declarar que la Directiva de retorno «debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes». Este precedente, hemos destacado, ha influido nuevamente en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que a partir de la STS núm. 366/2021, de 17 de marzo, reintroduce la necesidad de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, en la medida en que «la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de

un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria».

En la STC 47/2023 abordamos el caso desde la perspectiva del derecho a la legalidad sancionadora, garantizada en el art. 25.1 CE, en su dimensión aplicativa, y concluimos que justificar la imposición de la sanción de expulsión al extranjero carente de residencia legal en España en la aplicación directa de lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CE y en la carencia de arraigo de la persona extranjera en España supone dejar de aplicar «las consecuencias previstas en la normativa española para las situaciones de estancia irregular, puesto que en nuestro derecho no está prevista la sanción de expulsión para los supuestos de mera estancia irregular de las personas extranjeras en quienes no se aprecie ninguna circunstancia agravante o negativa. Esta interpretación de los tribunales españoles que marginaba la normativa nacional más favorable y que otorgaba un efecto directo inverso a la Directiva de retorno es errónea y contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eficacia de esta clase de normas en los ordenamientos internos. Como señala la STJUE de 8 de octubre de 2020, “es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas” (apartado 35)» [STC 47/2023, de 10 de mayo, FJ 4.c)].

Añadimos que, una vez fue aclarada en la citada STJUE de 8 de octubre de 2020 (y en la de 3 de marzo de 2022, UN c. Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, asunto C-409/20) la compatibilidad del régimen sancionador nacional con la normativa comunitaria, «con independencia de la interpretación que la jurisdicción ordinaria efectúe sobre la aplicabilidad de la sanción de multa para los supuestos de mera estancia irregular, debe concluirse que, al imponer la Administración la sanción de expulsión, se infringió la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora de la recurrente a causa de una aplicación irrazonable de la norma sancionadora».

4. Aplicación al caso de la doctrina fijada en la STC 47/2023.

Las resoluciones administrativa y judiciales impugnadas en el presente recurso de amparo se caracterizan por haber impuesto al recurrente la sanción de expulsión, en vez de la de multa, sin apreciar la concurrencia en el demandante de circunstancias agravantes o negativas añadidas a su situación de irregularidad administrativa que pudieran justificar la aplicación de la más grave.

En efecto, constatamos que la resolución del delegado del Gobierno en Madrid acuerda su expulsión invocando el art. 53.1.a) LOEx, sobre la base fáctica de que no disponía de documento alguno que acreditase su situación de estancia o residencia legal en España, ni constaba en las bases de datos policiales que se hallara pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo y que tampoco había acreditado que tuviera un especial arraigo familiar o social en nuestro país.

La sentencia de instancia desestimó el recurso interpuesto por el demandante tomando como base que la Directiva 2008/115/CE, conforme a la interpretación que le dio la STJUE de 23 de abril de 2015, determinaba que la expulsión era la única sanción susceptible de realizar los fines de la normativa europea, lo que justificaba no realizar juicio alguno de proporcionalidad entre las circunstancias personales del recurrente y la sanción que se le habría de imponer.

Por su parte, la sentencia de apelación, al desestimar el recurso del demandante, reiteró como argumento que la resolución sancionadora era conforme con las exigencias de la Directiva de retorno y su interpretación por la STJUE de 23 de abril de 2015, exégesis que había sido asumida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 12 de junio de 2018. En su virtud, consideró que la simple estancia irregular del extranjero justificaba la decisión de expulsión salvo que estuviera incurso en alguno de los supuestos en los que la propia Directiva (arts. 5 y 6) faculta a los Estados miembros para no ordenar el retorno.

Descartó también que, en este caso, las circunstancias personales del recurrente presentaran la suficiente relevancia e intensidad como para apreciar alguna de las situaciones de excepción reseñadas (FJ 12).

Como hemos apreciado en la citada STC 47/2023, y en otras posteriores que de ella son aplicación (SSTC 53/2023 y 55/2023, de 22 de mayo), las resoluciones cuestionadas en el presente recurso de amparo tienen como presupuesto de partida y eje de su fundamentación una interpretación de la Directiva de retorno que este tribunal ha declarado ya errónea por no ajustarse a la interpretación auténtica que de la misma han verificado la STJUE de 8 de octubre de 2020 y la posterior de 3 de marzo de 2022. Estamos por ello ante un caso de denegación de tutela judicial efectiva del legítimo interés del recurrente a no sufrir una sanción desproporcionada y no fundada en Derecho, interés conectado con la vertiente material del principio de legalidad sancionatoria reconocido en el art. 25.1 CE, cuya trascendencia material exige como remedio necesario la anulación definitiva de los actos lesivos.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar parcialmente el recurso de amparo interpuesto por don Mario Andrés Romero Valencia y, en su virtud:

1.º Inadmitir la queja relativa a la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE) por falta de invocación tempestiva [art. 44.1.c) LOTC].

2.º Reconocer que han sido vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

3.º Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la resolución sancionatoria de 27 de marzo de 2019, dictada por el Delegado del Gobierno en Madrid (expediente de expulsión núm. 280020190005268), así como de la sentencia núm. 321/2019, de 10 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 10 de Madrid (procedimiento abreviado núm. 276-2019), y la sentencia núm. 222/2020, de 9 de junio, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso de apelación núm. 1180-2019) que la ratificaron; así como la nulidad del auto de 20 de julio de 2020, por el que la citada Sección Décima denegó la preparación del recurso de casación interpuesto, y del auto de 20 de noviembre de 2020, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (recurso núm. 301-2020), que lo confirmó en queja.

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

Dada en Madrid, a diecinueve de junio de dos mil veintitrés.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Ricardo Enríquez Sancho.—Concepción Espejel Jorquera.—María Luisa Segoviano Astaburuaga.—Juan Carlos Campo Moreno.—Firmado y rubricado.