

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**14923** *Sala Primera. Sentencia 55/2023, de 22 de mayo de 2023. Recurso de amparo 5528-2021. Promovido por don Andrés Felipe López Calle respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y de un juzgado de este orden jurisdiccional 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 parte de una interpretación errónea de la Directiva de la Unión Europea relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular (STC 47/2023).*

ECLI:ES:TC:2023:55

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. 5528-2021, promovido por don Andrés Felipe López Calle contra la sentencia núm. 307/2019, de 23 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid en el procedimiento abreviado núm. 281-2019, contra la sentencia núm. 517/2020, de 10 de julio, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación núm. 1317-2019, y contra la providencia de 11 de mayo de 2021 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 5237-2020. Ha sido parte la Abogacía del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el presidente don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro electrónico de este tribunal el día 1 de septiembre de 2021, don Andrés Felipe López Calle, representado por la procuradora de los tribunales doña María de los Ángeles Sánchez Fernández, y asistido por el letrado don Óscar García Ramírez, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento de esta sentencia.

2. Los antecedentes relevantes para resolver el recurso son los siguientes:

a) La delegada del Gobierno en Madrid dictó resolución el 7 de mayo de 2019 en el procedimiento sancionador núm. 280020190007190 por la que decretó la expulsión del recurrente, de nacionalidad colombiana, del territorio nacional, con prohibición de entrada

a España por un periodo de tres años, en aplicación del 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). En los antecedentes de hecho de la resolución se dice lo siguiente: «Al ser requerido por fuerzas policiales, el día 28/12/2018 para proceder a su identificación y tras las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad, se ha comprobado que no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España». Se dice asimismo que tras la incoación del procedimiento sancionador se le dio traslado de la propuesta de resolución para que formulara alegaciones, «practicándose de oficio, las actuaciones que se consideraron necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones relevantes para determinar la existencia de responsabilidades susceptibles de sanción», que en el plazo concedido al efecto presentó escrito de alegaciones y que «comprobadas las bases de datos de extranjeros de este centro así como de la Dirección General de la Policía no consta que haya solicitado y se halle pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo, no acreditándose por otra parte que tenga un especial arraigo familiar o social en nuestro país».

b) El demandante interpuso recurso contencioso-administrativo mediante demanda de procedimiento abreviado presentada el 31 de mayo de 2019, en la que alegó la vulneración del trámite de audiencia y con ello de su derecho de defensa, porque no se le dio traslado de la propuesta de resolución para alegaciones, y la falta de motivación de la resolución, incurriendo en vulneración del principio de proporcionalidad, porque le impone la sanción de expulsión del territorio español, en lugar de la sanción de multa, prevista con carácter general en la normativa de extranjería, verificando de este modo una indebida aplicación del art. 57.1 LOEx y de la Directiva 2008/115/CE, que, según argumenta, no puede ser aplicada directamente en perjuicio de los ciudadanos nacionales de terceros países por el mero hecho de hallarse en situación de irregularidad administrativa.

La demanda fue turnada al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid que, tras seguir los trámites del procedimiento abreviado núm. 281-2019, dictó la sentencia núm. 307/2019, de 23 de octubre, en la que desestimó el recurso. El juzgado argumenta que a raíz de la STJUE de 23 de abril de 2015, que interpreta la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, como regla general la sanción a imponer a los extranjeros que se hallen en España en situación irregular debe ser la de expulsión, salvo que estén incurso en alguna de las excepciones previstas en los arts. 5 y 6 de dicha directiva. Desestima asimismo la alegación de haber sufrido indefensión porque se le notificó el acuerdo de incoación del expediente y presentó alegaciones al mismo.

c) El demandante interpuso recurso de apelación en el que denunció la vulneración de los principios de legalidad sancionadora y seguridad jurídica de los arts. 25.1 y 9.3 CE, falta de motivación de la resolución y vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción, por haber aplicado indebidamente la directiva de retorno; argumenta que conforme a consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que interpreta la normativa española de extranjería, la imposición de la sanción de expulsión exige la existencia de elementos adicionales a la mera estancia irregular para que pueda estimarse debidamente justificada; la directiva de retorno no se puede aplicar directamente por el Estado en perjuicio del interesado, pues una directiva no traspuesta o traspuesta de forma defectuosa no puede generar obligaciones para los particulares exigibles por el Estado. Como pretensión subsidiaria solicita la anulación de la orden de expulsión para que se le conceda un plazo para el retorno voluntario, dado que no se dan en su caso ninguno de los supuestos del art. 7.4 de la Directiva de retorno, en los que se podría exceptuar dicho plazo, supuestos que comprenden la existencia de riesgo de fuga, la desestimación de una solicitud de permanencia por ser manifiestamente infundada o fraudulenta, o que se trate de una persona que represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

El recurso de apelación fue desestimado por la sentencia núm. 517/2020, de 10 de julio, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La Sala desestima la vulneración del principio de legalidad penal y de la proporcionalidad de la sanción, por entender que la resolución sancionadora es conforme con las exigencias de la directiva de retorno y la interpretación dada a la misma por la STJUE de 23 de abril de 2015, de las que extrae la conclusión de que es inviable la imposición de una multa excluyente de la expulsión con fundamento en una normativa y jurisprudencia nacionales incompatibles con la normativa y jurisprudencia comunitarias, doctrina que ha sido aplicada desde entonces por la propia Sala, lo que ilustra con la cita de varios de esos pronunciamientos. Argumenta que la directiva establece como regla general la imposición del retorno con fijación de un plazo para que el extranjero abandone voluntariamente el territorio del Estado, y como regla especial la expulsión inmediata en determinados casos en que no procede la concesión de plazo, previstos en los arts. 7.4 y 8 de la directiva, entre los que se incluye la existencia de riesgo de fuga; afirma que el recurrente se encuentra en este último supuesto por carecer de arraigo en España, considerando que el mero empadronamiento alegado por el mismo es una decisión unilateral que no lo acredita.

d) El demandante preparó recurso de casación que fue inadmitido en providencia de 21 de julio de 2021 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación núm. 5237-2020), por falta de fundamentación suficiente de la concurrencia de interés casacional objetivo [art. 88.2 a) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa] y por carencia de interés casacional objetivo en los términos en los que fue preparado el recurso, teniendo en cuenta que sobre la cuestión debatida ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencia de 22 de octubre de 2019 (recurso de casación núm. 1713-2018).

3. La demanda de amparo reprocha a las sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haber ocasionado la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE, por ausencia de motivación, y la vulneración de los principios de legalidad sancionadora y de seguridad jurídica de los arts. 25.1 y 9.3 CE, por la aplicación indebida de la directiva de retorno en su perjuicio, pues la directiva se utiliza para imponerle, por la única razón de su estancia irregular en España, la sanción de expulsión en lugar de la sanción de multa, que sería la procedente conforme a la legislación de extranjería española y su interpretación jurisprudencial, salvo concurrencia de circunstancias negativas o agravantes que no se dan en su caso.

Invoca la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19, que da un giro a la interpretación de la directiva de retorno efectuada en la STJUE de 23 de abril de 2015, para declarar que cuando la normativa nacional prevea para los casos de estancia irregular de un ciudadano de un tercer Estado la imposición, bien de una sanción de multa, bien de la expulsión, teniendo en cuenta que esta última medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes, la autoridad nacional no podrá basarse directamente en la directiva de retorno para adoptar una decisión de retorno cuando no existan tales circunstancias agravantes.

Alega que el único dato, añadido a la situación administrativa irregular del recurrente, que se apunta en la resolución de 7 de mayo de 2019 de la delegada del Gobierno en Madrid para imponer la sanción de expulsión es que en las bases de datos de la administración no consta que se halle pendiente de resolver ninguna solicitud de residencia o trabajo, y que no se acredita que tenga un especial arraigo familiar o social en nuestro país, argumentación que no cumple las exigencias del principio de proporcionalidad reconocidas en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

En el suplico de la demanda se solicita la declaración de nulidad de la sentencia de 10 de julio de 2020 de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la retroacción de actuaciones para que por la misma Sección se dicte nueva sentencia compatible con los derechos fundamentales vulnerados.

4. La Sección Tercera de este tribunal, mediante providencia de 12 de septiembre de 2022, admitió a trámite el recurso de amparo apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)] 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 a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y a la Sección Décima del mismo orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitieran testimonio de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 5237-2020 y al recurso de apelación 1317-2019, respectivamente. También ordenaba dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera testimonio del procedimiento abreviado 281-2019, debiendo previamente emplazarse por diez días para que pudieran personarse en el presente recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. La Abogacía del Estado presentó escrito el 28 de septiembre de 2022 solicitando se le tuviese por personada en el procedimiento de amparo. Por diligencia de ordenación de 9 de enero de 2023 de la Secretaría de Justicia de la Sección Tercera de este tribunal se le tuvo por personada y parte.

6. Por diligencia de ordenación de 31 de enero de 2023 de la Secretaría de Justicia de la Sección Primera de este tribunal se puso en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal que en virtud del acuerdo del Pleno del Tribunal de 17 de enero de 2023, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 19 de enero de 2023, el presente recurso de amparo fue turnado a la Sección Primera.

7. La Abogacía del Estado presentó escrito de alegaciones el día 13 de febrero de 2023, en el que solicitó la desestimación del recurso de amparo. El abogado del Estado glosa la decisiva incidencia que tuvo en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español la interpretación que hizo la STJUE de 23 de abril de 2015, dictada en el asunto C-38/14, *Zaizoune*, de la Directiva 2008/115/CE (directiva de retorno), en virtud de la cual la sanción de expulsión pasó a ser considerada como la única respetuosa de los criterios y objetivos perseguidos por la norma comunitaria, lo que implicó el desplazamiento de los contenidos de la normativa española que permitían imponer la sanción de multa. Reconoce que este criterio ha sido matizado en la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19, y ha dado lugar a nuevas sentencias del Tribunal Supremo español que han generado una jurisprudencia que, sin embargo, no ha supuesto el retorno a la jurisprudencia anterior a la STJUE de 23 de abril de 2015, pues se mantiene que la alternativa multa-expulsión que se da en nuestra legislación es incompatible con la directiva de retorno, y que lo procedente es acordar la expulsión, si bien es necesario motivar e individualizar la decisión respetando el principio de proporcionalidad, lo que exige una valoración y apreciación de circunstancias agravantes que puedan darse en el caso. A partir de esta jurisprudencia el abogado del Estado concluye que no se ha vulnerado el principio de proporcionalidad dadas las circunstancias que se daban en el recurrente, que llevaba un largo tiempo en España sin haber solicitado nunca la autorización de residencia, lo que

considera constituye una forma agravada o más intensa de irregularidad administrativa susceptible de ser legítimamente sancionada con la expulsión.

El abogado del Estado desestima por las mismas razones que los órganos judiciales hayan podido incurrir en vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por haber confirmado la adecuación a Derecho de dicha sanción.

También desestima que el recurrente haya sufrido una situación de indefensión material como consecuencia de la falta de notificación de la propuesta de resolución en el seno del procedimiento administrativo sancionador, dado que su contenido fáctico y jurídico era sustancialmente coincidente con el acuerdo de incoación del expediente administrativo sancionador.

8. El fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó escrito de alegaciones el día 24 de febrero de 2023 en el que solicitó la estimación del recurso de amparo por haberse producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, por falta de motivación y de proporcionalidad en la imposición de la sanción de expulsión y en la confirmación de la sanción en vía judicial.

El fiscal, tras exponer resumidamente los antecedentes de los procedimientos administrativo y judicial, y los motivos del amparo impetrado, aduce que el recurso se encuadra en el art. 44 LOTC en tanto que se dirige formalmente contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, no contra la resolución administrativa inicial. Destaca, no obstante, que el derecho a la tutela judicial efectiva impone un deber de motivación no solo de las resoluciones judiciales, sino también de los actos administrativos cuando estos limiten o restrinjan el ejercicio de los derechos fundamentales o impongan sanciones (STC 212/2009, de 26 de noviembre, y las citadas en la misma) y concluye que en este caso el deber de motivación individualizada no se ha cumplido ni en la fase administrativa ni en la judicial: la resolución administrativa se basa en que el recurrente carecía de documentación que habilitara su estancia en España y en la afirmación de que carecía de arraigo en España, decisión que se ve confirmada por el juzgado de lo contencioso-administrativo, que también dice que el recurrente no acreditó que estuviera incurso en alguna de las excepciones previstas en la directiva de retorno; el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por su parte, funda la desestimación del recurso de apelación en un alegado riesgo de fuga y en la no demostración de arraigo que le lleva a afirmar su ausencia. El fiscal considera que estos fundamentos no cumplen los estándares de motivación exigibles conforme a la legislación española, la jurisprudencia emanada de la misma y la propia doctrina constitucional, pues en realidad se basa en la permanencia irregular en España del ahora demandante de amparo, sin incluir ni valorar circunstancias agravantes que pusieran de manifiesto la proporcionalidad de la medida adoptada. Seguidamente, el fiscal cita las SSTJUE de 23 de abril de 2015, de 8 de octubre de 2020 y de 3 de marzo de 2022, y concluye que de la doctrina dimanante de las mismas se desprende que la expulsión debe ser motivada e individualizada siempre, fundándose en criterios objetivos, y que no puede basarse de manera exclusiva en la aplicación de la directiva de retorno en aquellos casos en que no concurren las circunstancias agravantes exigidas en la legislación nacional, pues «junto a las excepciones que prevé expresamente la Directiva, las resoluciones deben fundamentar la existencia de circunstancias de agravación».

El fiscal solicita, ciñéndose a los términos de lo pedido en la demanda de amparo, que se declare la nulidad de la sentencia de 10 de julio de 2020 de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y se ordene la retroacción de actuaciones al momento procesal oportuno para que por la misma sección se dicte una nueva sentencia compatible con el derecho fundamental vulnerado.

9. Por providencia de 18 de mayo de 2023 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 22 de dicho mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Posiciones de las partes y delimitación del alcance del objeto del recurso.

a) El recurrente en amparo denuncia que la sentencia núm. 517/2020, de 10 de julio, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirmó en apelación la sentencia núm. 307/2019, de 23 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid, que a su vez desestimó el recurso contencioso-administrativo que interpuso contra la resolución dictada el 7 de mayo de 2019 por la delegada del Gobierno en Madrid, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1 CE, por falta de motivación, así como los principios de legalidad sancionadora y de seguridad jurídica de los arts. 25.1 y 9.3 CE, porque en tales resoluciones se ha validado la aplicación directa, en perjuicio del recurrente, de la Directiva 2008/115/CE, o directiva de retorno. Argumenta a este respecto que en lugar de la sanción de multa, que es la prevista en la legislación de extranjería como sanción a imponer como regla general en los casos de estancia irregular de un extranjero nacional de un tercer país en España, se le ha impuesto la sanción de expulsión del territorio español, con prohibición de entrada durante tres años, pese a que en el recurrente no concurría ninguna circunstancia negativa o agravante que pudiera justificar en términos de ponderación y proporcionalidad la aplicación de una medida de tal gravedad.

Aduce asimismo que la STJUE de 8 de octubre de 2020, dictada en el asunto C-568/19, dio un giro a la interpretación de la directiva de retorno efectuada en la STJUE de 23 de abril de 2015, en la que se basan las resoluciones judiciales, para declarar que cuando la normativa nacional prevea para los casos de estancia irregular de un ciudadano de un tercer Estado la imposición, bien de una sanción de multa, bien de la expulsión, teniendo en cuenta que esta última medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes, la autoridad nacional no podrá basarse directamente en la directiva de retorno para adoptar una decisión de retorno cuando no existan tales circunstancias agravantes.

El único dato añadido a su situación administrativa de irregularidad apuntado en la resolución de 7 de mayo de 2019 de la delegada del Gobierno en Madrid para imponer la sanción de expulsión es que en las bases de datos de la administración no consta que se halle pendiente de resolver ninguna solicitud de residencia o trabajo, y que no se acredita que tenga un especial arraigo familiar o social en nuestro país, argumentación que no cumple las exigencias del principio de proporcionalidad reconocidas en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

El abogado del Estado en su escrito de alegaciones considera que la sanción de expulsión tiene cobertura legal y no resulta desproporcionada, porque en el demandante concurrían circunstancias que agravaban su situación de irregularidad administrativa, lo que permitiría entender satisfechas las exigencias de la STJUE de 8 de octubre de 2020, que ha matizado, pero no revocado, el criterio de la STJUE de 23 de abril de 2015.

El fiscal ante el Tribunal Constitucional en su escrito de alegaciones interesa la estimación del recurso de amparo porque conforme a la legislación nacional en materia de extranjería, la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la doctrina constitucional y los propios pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la medida de expulsión debe ser motivada e individualizada siempre, de modo que, exigiendo la legislación nacional la concurrencia de circunstancias agravantes añadidas a la situación de irregularidad administrativa, acordar la expulsión mediante una aplicación directa de la directiva de retorno, sin apreciar o analizar la concurrencia de circunstancias agravantes, implica la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del principio de legalidad penal. Ateniéndose al suplico de la demanda, el fiscal considera que procede declarar la nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con retroacción de actuaciones al momento anterior a su pronunciamiento para que dicte una nueva sentencia respetuosa del derecho fundamental lesionado.

b) Las alegaciones del fiscal obligan a despejar, como cuestión preliminar, el alcance que cabe otorgar al presente recurso de amparo. El mismo, ciertamente, se dirige contra la sentencia núm. 517/2020, de 10 de julio, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a la que achaca la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva por falta de motivación (art. 24.1 CE) y a la legalidad sancionadora en su vertiente aplicativa (art. 25.1 CE) por falta de ponderación de sus circunstancias individuales, en razón de que confirmó la resolución judicial anterior, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid, que a su vez confirmó la resolución administrativa sancionadora de la delegada del Gobierno en Madrid que le impuso la sanción de expulsión en aplicación del art. 53.1 a) LOEx por su situación administrativa irregular.

El demandante de amparo, al denunciar la falta de motivación de la sanción de expulsión que le ha sido impuesta, está haciendo valer como fundamento impugnatorio la infracción de un deber de tutela que no solo concierne a los tribunales de justicia, sino también a la administración, al menos cuando adopta decisiones de naturaleza sancionadora o restrictivas de derechos fundamentales sustantivos [STC 42/2020, de 9 de marzo, FJ 4 b)] lo que hace procedente que la revisión se extienda a todas las resoluciones adoptadas, tanto en vía administrativa como judicial, pues «de acuerdo a una doctrina constitucional reiterada, 'cuando se impugna en amparo constitucional una resolución judicial confirmatoria de otras, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquella, han de considerarse también recurridas, aunque no lo hayan sido expresamente, las precedentes decisiones confirmadas' (por todas, SSTC 95/2018, de 17 de septiembre, FJ 1, y 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 1)» (STC 21/2021, de 15 de febrero, FJ 3). Conforme a este criterio general, hemos de entender que el enjuiciamiento constitucional propiciado por la demanda de amparo tiene un alcance que trasciende la sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para proyectarse con igual intensidad sobre la resolución judicial anterior, dictada en primera instancia, y la propia resolución administrativa sancionadora, que constituye el verdadero origen de las lesiones constitucionales que se hacen valer en el recurso.

2. Compatibilidad del régimen sancionador de la estancia irregular en España de nacionales de terceros países con la Directiva 2008/115/CE.

En la STC 47/2023, de 10 de mayo, el Pleno de este tribunal ha declarado la compatibilidad del régimen sancionador aplicable a los ciudadanos de terceros países ajenos a la Unión Europea que se encuentran en situación irregular en España, recogido en los arts. 53.1 a) y 57.1 LOEx, que contempla la posibilidad de imponer la sanción de multa en lugar de la sanción de expulsión del territorio nacional, con las exigencias de la Directiva 2008/115/CE, conocida como directiva de retorno.

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 € [art. 55.1 b) LOEx], aunque, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57.1 LOEx, las situaciones de estancia irregular, en lugar de con multa, pueden 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. «En 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 en el sentido de que solo cabe la expulsión si existen «circunstancias agravantes» en los nacionales de terceros países en situación de estancia irregular.

La directiva de retorno, como regla general, dispone en su art. 6.1 que los «[e]stados 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 respetarán el principio de no devolución».

Tras el pronunciamiento de la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, *Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa - Extranjería c. Samir Zaizoune*, que declara que 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 STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19, *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*, ha modulado 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 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, que reintroduce la necesidad de ponderación de las circunstancias del 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».

Reseñamos asimismo la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20, *UN c. Subdelegación del Gobierno en Pontevedra*, que ha declarado que la directiva de retorno «debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión, siempre que dicho plazo se fije de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartados 1 y 2, de esta Directiva».

En la STC 47/2023, de 10 de mayo, abordamos el caso desde la perspectiva del derecho a la legalidad sancionadora, garantizada en el art. 25.1 CE, en su dimensión



aplicativa del derecho, y alcanzamos la conclusión de 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)].

Añadíamos que, una vez aclarada la compatibilidad de este régimen con la normativa comunitaria en la citada STJUE de 8 de octubre de 2020, «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» (*ibidem*).

### 3. Aplicación de la doctrina al caso.

Las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas en el presente recurso de amparo se caracterizan por haber justificado la imposición de la sanción de expulsión al recurrente sin apreciar la concurrencia en el mismo de circunstancias agravantes o negativas, añadidas a su situación de irregularidad administrativa.

En efecto, constatamos que la resolución de la delegada del Gobierno en Madrid de 7 de mayo de 2019 acuerda la expulsión del demandante, invocando el art. 53.1 a) LOEx, sobre la base fáctica de que no estaba en posesión de ningún documento que acreditase su situación de estancia o residencia legal en España, que no constaba en los registros oficiales que hubiera solicitado o tuviera 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 núm. 307/2019, de 23 de octubre, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid, desestimó el recurso interpuesto por el actor contra la anterior resolución administrativa sobre la base de que a raíz de la STJUE de 23 de abril de 2015, que interpreta la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, como regla general la sanción a imponer a los extranjeros de terceros Estados que se hallen en España en situación irregular debe ser la de expulsión, salvo que estén incurso en alguna de las excepciones previstas en los arts. 5 y 6 de dicha directiva. Desestima asimismo la alegación de haber sufrido indefensión porque se le notificó el acuerdo de incoación del expediente y presentó alegaciones al mismo.

La sentencia núm. 517/2020, de 10 de julio, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, resolutoria del recurso de apelación, desestima que se haya producido la vulneración del principio de legalidad penal y de la proporcionalidad de la sanción, reiterando el argumento de que la resolución sancionadora es conforme con las exigencias de la directiva de retorno y la interpretación dada a la misma por la STJUE de 23 de abril de 2015, en virtud de las cuales resultaría inviable la imposición de una multa excluyente de la expulsión; la directiva establece como regla general la imposición del retorno con fijación de un plazo

para que el extranjero abandone voluntariamente el territorio del Estado, y como regla especial la expulsión inmediata en determinados casos en que no procede la concesión de plazo, previstos en los arts. 7.4 y 8 de la directiva, entre los que se incluye la existencia de riesgo de fuga; la Sala considera que el recurrente se encuentra en este supuesto por su falta de arraigo, al entender que el mero empadronamiento alegado por el mismo es una decisión unilateral que no acredita tal arraigo.

Todas estas decisiones parten de 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 las SSTJUE de 8 de octubre de 2020 y de 3 de marzo de 2022. Estamos por ello ante un caso de denegación de tutela judicial efectiva del legítimo interés de la recurrente a no sufrir una sanción desproporcionada e inmotivada, interés conectado con el principio de legalidad penal del 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 el recurso de amparo interpuesto por don Andrés Felipe López Calle y, en su virtud:

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

2.º Restablecerle en esos derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la resolución de la delegada del Gobierno en Madrid de 7 de mayo de 2019, dictada en el procedimiento sancionador núm. 280020190007190, de la sentencia núm. 307/2019, de 23 de octubre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Madrid, dictada en el procedimiento abreviado núm. 281-2019, de la sentencia núm. 517/2020, de 10 de julio, de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de apelación núm. 1317-2019, y de la providencia de 21 de julio de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictada en el recurso de casación núm. 5237-2020.

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

Dada en Madrid, a veintidós de mayo 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.