

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**18742** *Sala Primera. Sentencia 86/2023, de 17 de julio de 2023. Recurso de amparo 4650-2021. Promovido por don Carlos Antonio Cordero Campos 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 del derecho 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:2023:86

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. 4650-2021, promovido por don Carlos Antonio Cordero Campos contra la resolución de 3 de diciembre de 2018 de la Delegación del Gobierno en Madrid, dictada en el expediente núm. 280020180018746; y contra las resoluciones judiciales siguientes: sentencia núm. 223/2019, de 31 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 18 de Madrid, dictada en el procedimiento abreviado núm. 83-2019; sentencia núm. 392/2020, de 18 de junio, 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. 1189-2019; providencias de 4 de noviembre de 2020 y de 20 de mayo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictadas en el recurso de casación núm. 4146-2020. Ha sido parte la Abogacía del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Concepción Espejel Jorquera.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el registro de este tribunal el 7 de julio de 2021, don Carlos Antonio Cordero Campos, representado por la procuradora de los tribunales doña Virginia Camacho Villar y asistido por el abogado don Rafael Uña Ruano, 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) Con fecha de 20 de agosto de 2018, se incoó procedimiento sancionador de carácter preferente contra el recurrente, tras comprobar que no disponía de documento alguno que acreditara su situación de estancia o residencia legal en España. El expediente gubernativo que siguió con el núm. 280020180018746 finalizó con la

resolución de 3 de diciembre de 2018 de la Delegación del Gobierno en Madrid, que decretó la expulsión del ahora demandante en amparo «del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años, a contar desde la fecha en que se lleve a efecto».

La resolución de expulsión establecía como base fáctica de la sanción que no constaba que don Carlos Antonio Cordero Campos «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»; y, como fundamento de Derecho, la comisión de una infracción prevista 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 (LOEx), consistente en «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

b) El demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución. Se alegó que la expulsión era improcedente porque tiene arraigo en el territorio español: económico, porque dispone de contrato de trabajo con una empresa; familiar, porque convive con familiares con permiso de residencia (su madre y su hermana) y social. Además, que no se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad de las sanciones (art. 55.3 LOEx); y que la decisión se oponía a la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que optaba por la multa cuando no concurría ninguna circunstancia negativa, como era el caso. Adujo que no se hallaba indocumentado en el momento de la detención, que carece de antecedentes penales y que tiene domicilio fijo. La demanda terminaba con la solicitud al juzgado de que declarase nula la resolución por la que se declaró la expulsión del territorio nacional del ahora recurrente en amparo.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 18 de Madrid tras seguir los trámites del procedimiento abreviado núm. 83-2019, dictó sentencia núm. 223/2019, de 31 de julio, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo, anulando la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 3 de diciembre de 2018, y fijando en un año el periodo de expulsión del recurrente de España con la consiguiente prohibición de entrada en el territorio nacional durante ese periodo de tiempo, sin perjuicio de otras opciones legales que los poderes públicos competentes pudieran adoptar en el caso del recurrente si lo consideran conveniente atendiendo a las circunstancias puestas de relieve en el fundamento de Derecho cuarto *in fine* de dicha sentencia.

La sentencia analiza las alegaciones del recurrente: la vulneración del principio de proporcionalidad y el arraigo. Respecto al principio de proporcionalidad hace referencia a que la jurisprudencia conforme a la cual la estancia ilegal en España no era suficiente para ordenar la expulsión de un extranjero, debiendo concurrir otras circunstancias negativas. Indica que esta interpretación se ha modificado tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, y la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018 y de acuerdo con ellas la estancia irregular es una causa de expulsión sin que necesite la concurrencia de otros datos desfavorables. Concluye que consta acreditada la estancia irregular del recurrente y que no se ha probado la existencia de arraigo familiar del recurrente en el sentido previsto por la jurisprudencia (cita la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de diciembre de 2015) al tratarse de una persona mayor de edad. Respecto al arraigo laboral, constata que el recurrente tiene contrato de trabajo y alta en Seguridad Social, si bien no aporta informe de vida laboral. Admite que el interesado ostenta arraigo social y que no consta la existencia de antecedentes policiales o penales.

La sentencia determina que la inexistencia de antecedentes policiales y penales, unidos a la aplicación del principio de proporcionalidad y una consideración matizada de arraigo laboral debe conducir a reducir el periodo de expulsión inicialmente acordado por

la administración demandada, por lo que anula la resolución recurrida y fija en un año el periodo de expulsión del recurrente de España con la consiguiente prohibición de entrada en el territorio nacional durante ese periodo de tiempo. Especifica que «no procede la sustitución de la expulsión por una multa aplicando a estos efectos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en su sentencia de 23 de abril de 2015, en el asunto C-38/14), tal y como ha sido recientemente ratificada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de junio de 2018».

Finalmente, en relación con la enfermedad grave de su madre que alegó durante el procedimiento contencioso-administrativo, declara que estas circunstancias son posteriores en el tiempo a la orden de expulsión (...) y, atendiendo a la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, cualquier hecho o documento posterior en el tiempo a la fecha del acto administrativo impugnado en este proceso no debería ser tenido en cuenta. No obstante, aconseja que la administración lo tenga en cuenta al ejecutar el acto administrativo impugnado en este proceso y la presente sentencia, con base en un criterio de equidad, sin perjuicio de otras opciones legales que los poderes públicos competentes pudieran adoptar en este tipo de situaciones si lo consideran conveniente.

c) El demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia en el que se denuncia que no se ha apreciado correctamente la proporcionalidad de la sanción administrativa a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de acuerdo con la que, en los supuestos en que la causa de expulsión sea la permanencia ilegal sin otros hechos negativos, debe aplicarse la sanción de multa. También alega que se ha impuesto la sanción más grave posible y que no es aplicable la STJUE de 23 de abril de 2015 (C-38/14) al presente caso. Aduce la contradicción entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (cita SSTEDH de 2 de agosto de 2001, asunto *Boultif c. Suiza*, y de 17 de abril de 2003, asunto *Yilmaz c. Alemania*). Asimismo, analiza la posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras la citada STJUE 23 de abril de 2015 y expone que la única interpretación posible para salvar la referida contradicción es que no procede la expulsión en los casos en los que exista un relevante arraigo familiar. Y expone su arraigo familiar, laboral y social en territorio español.

El recurso de apelación núm. 1189-2019, al que se opuso la Abogacía del Estado, fue desestimado por la sentencia núm. 392/2020, de 18 de junio, de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La Sala, ante la alegación de la falta de proporcionalidad de la sanción de expulsión, se refiere a la STJUE de 23 de abril de 2015 y a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018 (dictada en recurso de casación núm. 2958-2017), citadas en la sentencia apelada, así como a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2019 (dictada en el recurso de casación núm. 1713-2018). Pone de relieve que la sentencia apelada ha tenido en consideración las circunstancias de arraigo aducidas por el interesado y valora de manera detallada y separadamente si el recurrente pudiera ostentar arraigo laboral, social y familiar. Precisa que no se ha aportado prueba acreditando la existencia de relación de dependencia económica respecto de su madre o hermana, ni documento alguno que permita al tribunal examinar el informe de vida laboral, ni tampoco se especifica el tiempo que lleva el recurrente residiendo en España. Respecto a la enfermedad de la madre, indica que el recurrente no ha intentado en su recurso de apelación aportar dato alguno relativo al tratamiento médico que le ha sido indicado ni al pronóstico del mismo.

Concluye que no procede estimar desvirtuado el razonamiento decisorio contenido en la resolución apelada, y que la situación del recurrente resulta subsumible en la definición de «situación irregular» del art. 3.2 de la Directiva 2008/115/CE, que impone un mandato de dictar una resolución de retorno según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Finalmente añade que lo expuesto es «sin perjuicio de que la circunstancia alegada por el recurrente pueda hacerse valer para instar la

regularización de su situación administrativa en España, conforme a los procedimientos y vías establecidos legal y reglamentariamente».

d) El recurrente presentó escrito de preparación de recurso de casación contra la sentencia desestimatoria de su recurso de apelación, en el que se aduce que se debería haber valorado, dentro del principio de proporcionalidad, el arraigo del recurrente en territorio español. Y justifica el interés casacional objetivo en la contradicción entre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 23 de marzo de 2015) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por auto de 27 de julio de 2020 de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se tuvo por preparado el recurso de casación y se emplazó a las partes para comparecer dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mediante providencia de 4 de noviembre de 2020, inadmitió el recurso de casación núm. 4146-2020, por: (1) incumplimiento de las exigencias que el artículo 89.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) impone al escrito de preparación del recurso al carecer de fundamentación suficiente, y singularizada al caso, de la concurrencia de los supuestos previstos e invocados de los apartados 2 c) y 2 f) del art. 88 LJCA, que permiten apreciar interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; y (2) carencia, en los términos en los que ha sido planteado el recurso, de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia por referirse a cuestiones de hecho –excluidas del recurso de casación– cuya apreciación y valoración por la sala de instancia se discute.

e) El recurrente formuló incidente de nulidad de actuaciones contra la providencia de inadmisión alegando que la misma ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) y los artículos 6 y 13 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH). En resumen, se aduce que se tiene que seguir considerando que el principal elemento a valorar, a la hora de graduar la sanción de multa o expulsión, es el arraigo del extranjero en España. Tras citar la STJUE de 23 de abril de 2015, atiende a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos conforme a la cual, alega, el arraigo puede actuar como límite en la expulsión puesto que la ejecución de esta podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH. Además, el arraigo familiar debe considerarse como una de las excepciones concretas a la obligación de expulsión de dicho extracomunitario que menciona la STJUE de 23 de abril de 2015 a pesar de no mencionarla expresamente. Finalmente, cuestiona la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 392/2020, de 18 de junio, por no haber tenido en cuenta, dentro del principio de proporcionalidad, el arraigo del recurrente.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mediante providencia de 20 de mayo de 2021, inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, en aplicación de los arts. 90.4 b) en relación con el art. 89.2 f) y 90.4 d) en relación con el art. 87 bis 1 LJCA, dado que reiteran argumentos de fondo en relación con la procedencia de la admisión pretendida, sin desarrollar aun mínimamente la vulneración constitucional denunciada (art. 24 CE), indicándose que «el limitado ámbito del excepcional incidente no habilita a una reconsideración jurídica sobre el fondo del asunto, como si de una segunda instancia de admisión se tratara y respecto, además, a una resolución que es firme ex art. 90.5 LJCA».

3. La demanda de amparo denuncia la vulneración del art. 24.1 CE (derecho a la tutela judicial efectiva), y del art. 9.3 CE (irretroactividad de disposiciones sancionadoras desfavorables). Se aduce la vulneración del art. 24.1 CE porque, al entender de la demanda, las resoluciones impugnadas no se han adecuando a la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y

del Tribunal Constitucional, conforme a la que, a la hora de graduar la sanción de multa o expulsión, debe ser valorado el arraigo del extranjero en España, así como si este hubiera incurrido en otras conductas tipificadas como graves. En el presente supuesto, alega, las resoluciones judiciales impugnadas no han valorado estas circunstancias.

Invoca la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19, de la que infiere que, conforme a la normativa española la sanción principal para los extranjeros en situación irregular deberá ser la multa, siempre que no hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el art. 53.1 a) LOEx. Cita, asimismo, doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la necesidad de tener en consideración el arraigo familiar en las expulsiones de extranjeros que puede actuar como límite a la expulsión, pues de otro modo la ejecución de la misma podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la doctrina (garantía del orden público), vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH (cita SSTEDH de 2 de agosto de 2001, asunto *Boultif c. Suiza*, y de 17 de abril de 2003, asunto *Yilmaz c. Alemania*).

En este caso el recurrente alega que se debería haber valorado, dentro del principio de proporcionalidad su arraigo económico, familiar y social, a lo que se añade que no ha incurrido en las conductas tipificadas como graves en el art. 53.1 a) LOEx.

Finalmente, la demanda afirma, en relación con la enfermedad grave de su madre que el documento más antiguo presentado al respecto es de fecha de 11 de abril de 2019, y en él ya se afirma la existencia de un tumor avanzado, resultando así evidente que ya existía en la fecha de la orden de expulsión, por lo que debería haberse considerado la situación de la madre del recurrente en las resoluciones, sustituyendo la expulsión por multa.

Se justifica la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo en la necesidad de determinar el alcance de la STJUE de 8 de octubre de 2020 (C-568/19), relativa a la interpretación de la Directiva 2008/115/CE, en relación a la consideración que merece la expulsión del territorio español, bien como sanción preferente a imponer a los extranjeros que hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el art. 53.1 a) LOEx o sí, por el contrario, la sanción principal para dichas conductas es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular.

La demanda solicita la nulidad de las resoluciones impugnadas.

4. La Sección Tercera de este tribunal, mediante providencia de 26 de septiembre de 2022, admitió a trámite la demanda al apreciar que concurre en el recurso una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)] porque puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio de 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, de 25 de junio, FJ 2 b)]; acordó dirigirse a la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Décima, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 1189-2019, y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 18 de Madrid a fin de que, en plazo que no excediese de diez días, remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 83-2019; debiendo previamente emplazarse a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo.

5. La Abogacía del Estado se personó en el procedimiento mediante escrito presentado el 13 de octubre de 2022.

6. Los días 4 y 24 de noviembre de 2022 tuvieron entrada en el registro de este tribunal las actuaciones remitidas por los órganos judiciales.



7. El secretario de justicia de la Sección Tercera de la Sala Segunda del Tribunal, por diligencia de ordenación de 25 de noviembre de 2022, tuvo por personado y parte al abogado del Estado, y, conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por un plazo común de veinte días para que presentaran alegaciones si lo estimasen oportuno.

8. La Abogacía del Estado presentó escrito de alegaciones el día 12 de enero de 2023, en el que solicitó la inadmisión del recurso de amparo y, subsidiariamente, su desestimación.

a) En cuanto a la solicitud de inadmisión del recurso de amparo por extemporaneidad aduce que no era precisa la formulación del incidente de nulidad de actuaciones conforme a lo previsto en el art. 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en tanto que las vulneraciones se habrían producido desde la resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid de 3 de diciembre de 2018, y habrían sido denunciadas en instancias anteriores a recaer la última resolución judicial que puso fin al proceso (providencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2020, de inadmisión del recurso de casación por falta de interés casacional objetivo).

El abogado del Estado alega que en el recurso de amparo reitera las mismas alegaciones que ya opuso en instancias anteriores sin aducir una vulneración adicional de un derecho fundamental más allá de la genérica alusión al art. 24 CE. Afirma el abogado del Estado que «[i]ncluso en cuanto a esta, por su generalidad e inconcusa manifestación, no se sabe si es que se formula en relación con la circunstancia de no haber admitido el Tribunal Supremo sus respectivos recursos de casación y de nulidad de actuaciones, o bien si es que lo hace –efectúa esa alusión genérica– por no haberse estimado su pretensión por parte de las resoluciones judiciales dictadas en primera instancia y en apelación. No posee su argumentación una novedad o una ulterior pretensión de vulneración de un derecho fundamental, adicional a lo ya alegado a lo largo del curso de las sucesivas instancias judiciales». A su entender, la reproducción de las alegaciones y formulación de la misma pretensión de nulidad en sede de amparo, aludiendo, de una manera vaga y excesivamente genérica al art. 24 CE, sobre una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, no concretada, convierte en improcedente la formulación de la nulidad de actuaciones como trámite previo al amparo en concordancia con la naturaleza autónoma y subsidiaria de este, en tanto que la parte recurrente no justifica una supuesta vulneración de un derecho fundamental de manera independiente o adicional a lo ya decidido en relación con las infracciones en que las resoluciones judiciales ordinarias previas hubieran podido incurrir a la hora de desestimar su pretensión de anulación, reproducida esta última ahora en amparo.

La formulación del incidente de nulidad de actuaciones supone un recurso o intento de remedio manifiestamente improcedente, que habría de llevar aparejada la inadmisibilidad del recurso de amparo por extemporáneo, ya que el plazo de interposición del amparo comienza a computarse desde el momento en que se agota correctamente la vía judicial previa. El abogado del Estado pone de relieve que la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones –de 20 de mayo de 2021– hace referencia explícita al hecho de que dicho incidente se presentó el 24 de noviembre de 2020. No puede dudarse que, desde entonces, el recurrente conoce la inadmisión del recurso de casación. Dado que el recurso de amparo se presentó el día 7 de julio de 2021 había transcurrido, con mucho el plazo previsto en los arts. 43.1 y 44.2 LOTC lo que determinaría la inadmisión del recurso de amparo por extemporaneidad.

b) De manera subsidiaria solicita la desestimación del recurso de amparo. El abogado del Estado glosa la incidencia que tuvo en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencia de 12 de junio de 2018) la interpretación que hizo la STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14), en virtud de la cual lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva de retorno, o de los supuestos del art. 5

de la misma, y que no era posible optar entre la sanción de multa o la de expulsión. Reconoce que este criterio ha sido matizado en la STJUE de 8 de octubre de 2020 (asunto C-568/19) que ha dado lugar, entre otras a la STS 337/2022, del Tribunal Supremo, de 16 de marzo de 2022, FJ 3, que analiza la incidencia de dicha STJUE de 8 de octubre de 2020, y llega a la conclusión de que, en este caso, no se ha vulnerado el principio de proporcionalidad dadas las circunstancias que se daban en el demandante. Alega al respecto que la falta de requisitos acreditados del recurrente en cuanto al posible arraigo personal, familiar o laboral constituye una circunstancia agravante que en el plano material ha sido ponderada por el órgano administrativo y corroborado o confirmado en cuanto al criterio de valoración, por parte de las instancias judiciales revisoras intervinientes. Concluye que la decisión de expulsión estaría justificada aún bajo la eficacia general de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentada a partir de la STJUE de 8 de octubre de 2020.

9. El Ministerio Fiscal presentó escrito el 20 de enero de 2023 en el que solicitó la estimación del recurso por apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

Tras exponer los antecedentes de los procedimientos administrativo y judicial, y los motivos del amparo impetrados, delimita el objeto del recurso de amparo que, aunque formalmente se dirige frente a las dos providencias dictadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la vulneración que se les imputa tiene origen en las resoluciones judiciales y administrativa anteriores por lo que han de considerarse también impugnadas (SSTC 149/2016, de 19 de septiembre, FJ 1, y 84/2018, de 16 julio, FJ 1). Entiende que es un recurso de amparo mixto teniendo en cuenta a este respecto, asimismo, que en el suplico de la demanda se solicita la nulidad de todas las resoluciones judiciales y de la resolución administrativa.

En la consideración del Ministerio Fiscal, en cuanto a la valoración del arraigo, las resoluciones judiciales ofrecen una adecuada motivación que no puede considerarse arbitraria, irracional o incurra en error patente. Sin embargo, en cuanto a la aplicación de la sanción de expulsión, ni la resolución administrativa ni las posteriores resoluciones judiciales que la convalidan, reflejan circunstancias agravantes más allá de la propia estancia irregular, que ha constituido el soporte prácticamente único que justifica la decisión de expulsión, aludiendo principalmente a la STJUE de 23 de abril de 2015, en interpretación de la Directiva 2008/115/CEE y a la STS 12 de junio de 2018. Criterio que es validado en apelación por la posterior sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de julio de 2019, aludiendo a las consideraciones de la sentencia apelada, en el sentido de que la estancia irregular en España es una causa de expulsión sin que sea precisa la concurrencia de otros datos desfavorables en el interesado, a lo que se añade la cita de la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2019, dictada en el recurso de casación núm. 1713-2018. Entiende que, en definitiva, aplican directamente la Directiva 2008/115/CEE en la interpretación de la STJUE de 23 de abril de 2015 –de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo existente en ese momento–, determinante de la sanción de expulsión como sanción única. Pero ello no tiene en cuenta la sentencia de 8 de octubre de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-568/19. Criterio de proporcionalidad que también se recogía en la propia doctrina constitucional (SSTC 140/2009, de 15 de junio; 131/2016, de 18 de julio, y 151/2021, de 13 de septiembre).

Por tanto, dejando al margen la ponderación del arraigo, tanto la resolución sancionadora como las posteriores resoluciones judiciales fundamentan la decisión de expulsión en la mera estancia irregular del extranjero no comunitario ahora recurrente, sin apreciar ninguna circunstancia adicional de agravación a aquella conducta de estancia irregular y con la sola invocación, en contra del recurrente, de la Directiva 2008/115/CEE a la luz de la STJUE de 20 de abril de 2015, pero sin reflejar la completa doctrina emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En consecuencia, según sostiene el Ministerio Fiscal, la resolución administrativa y las resoluciones judiciales, validando dicha resolución administrativa, no aplican un

adecuado juicio de proporcionalidad que constituya soporte suficiente de la sanción de expulsión impugnada, habrían vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), desde la perspectiva de la motivación, al no haber ponderado y apreciado adecuadamente, conforme al principio de proporcionalidad, la concurrencia de aquellas circunstancias que podían justificar la aplicación de la sanción de expulsión. Y ello conlleva, a su parecer, el otorgamiento de amparo por vulneración del art. 24 CE. En definitiva, el Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento de amparo al recurrente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) respecto al principio de proporcionalidad (art. 57.1 LOEx), por falta de motivación de la imposición de la sanción, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En cuanto al alcance del otorgamiento de amparo considera que procede la anulación de todas las resoluciones objeto de este recurso, tanto la resolución administrativa como las posteriores resoluciones judiciales, toda vez que descartada la posibilidad de imposición de la sanción de expulsión, al no reflejarse circunstancias de agravación, en aplicación del principio de proporcionalidad, no resulta posible otra sanción alternativa como es la multa.

10. Por diligencia de ordenación de 27 de enero de 2023 de la Secretaría de Justicia de la Sección Primera de la Sala 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 «BOE» de 19 de enero de 2023, el presente recurso de amparo fue turnado a la citada sección.

11. El secretario de Justicia de la Sección Primera, por diligencia de ordenación de 26 de mayo de 2023, solicitó a la procuradora doña Virginia Camacho Villar aporte copia del escrito presentado el día 24 de noviembre de 2020 promoviendo incidente de nulidad de actuaciones en el recurso de casación núm. 4146-2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Dicho escrito se presentó el 6 de junio de 2023, dándose traslado a las partes por diligencia de ordenación de 8 de junio por un plazo de tres días para que pudieran alegar al respecto lo que a su derecho conviniese. El día 13 de junio el abogado del Estado presentó escrito poniendo de manifiesto que no tiene alegación complementaria que formular. El Ministerio Fiscal, con fecha 30 de julio, se remitió a lo ya expuesto en su informe de 20 de enero, sin considerar necesario formular consideraciones adicionales.

12. Por providencia de 13 de julio de 2023, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 17 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso de amparo.

Se ha interpuesto recurso de amparo contra la resolución de 3 de diciembre de 2018 de la Delegación del Gobierno en Madrid, que decretó la expulsión del ahora recurrente en amparo del territorio nacional con prohibición de entrada en España por un período de tres años, y contra las siguientes resoluciones judiciales: sentencia núm. 223/2019, de 31 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 18 de Madrid, dictada en el procedimiento abreviado núm. 83-2019, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la anterior resolución; sentencia núm. 392/2020, de 18 de junio, 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. 1189-2019, que desestimó el recurso de apelación; y providencias de 4 de noviembre de 2020 y de 20 de mayo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictadas en el recurso de casación núm. 4146-2020, de inadmisión del recurso de casación y del incidente de nulidad de actuaciones.



La demanda aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Sustenta dicha queja, con carácter principal, en la imposición de la medida de expulsión, en vez de una multa, sin ponderar sus circunstancias personales en especial la del arraigo en España, y conculcando con ello el principio de proporcionalidad sancionadora, al aplicar expresamente las resoluciones judiciales la tesis sustentada por la STJUE de 23 de abril de 2015, que habría sido modificada por la posterior STJUE de 8 de octubre de 2020.

El abogado del Estado solicita la inadmisión del recurso de amparo por extemporaneidad al considerar que el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por la actora resultaba manifiestamente improcedente. Subsidiariamente interesa la desestimación del recurso de amparo en la medida en que la sanción de expulsión impuesta tiene cobertura legal y no resulta desproporcionada. El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso de amparo porque las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente.

## 2. Examen del óbice procesal.

a) Como se ha expuesto pormenorizadamente en los antecedentes de esta sentencia, la abogacía del Estado aduce la extemporaneidad del recurso de amparo al entender que el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por el ahora recurrente en amparo contra la providencia de inadmisión del recurso de casación era manifiestamente improcedente. Aduce que no era precisa la formulación del incidente de nulidad de actuaciones conforme a lo previsto en el art. 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), en tanto que las vulneraciones se habrían producido desde la resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid de 3 de diciembre de 2018, y habrían sido denunciadas en instancias anteriores a recaer la última resolución judicial que puso fin al proceso. Alega, asimismo, que el recurso de amparo reitera las mismas alegaciones que en instancias anteriores sin aducir una vulneración adicional de un derecho fundamental más allá de la genérica alusión al art. 24 CE. Todo ello, a su juicio, debería llevar aparejada la inadmisibilidad del recurso de amparo por extemporáneo, ya que la vía judicial previa se cerraba con la providencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2020, que inadmitió el recurso de casación núm. 4146-2020, planteado por el recurrente, cuya fecha de notificación marcaba por tanto el *dies a quo* del plazo de treinta días para presentar la demanda ex art. 44.2 LOTC. Habiendo transcurrido dicho plazo, con mucho, al presentar la demanda de amparo, esta ha de ser inadmitida por extemporánea.

b) Dicho motivo de inadmisión debe ser rechazado.

El presente recurso, tal como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, constituye lo que hemos denominado un «recurso de amparo mixto» (arts. 43 y 44 LOTC). Debemos apreciar que se agotó correctamente la vía judicial previa al amparo, tal y como se desprende de la lectura del escrito de incidente de nulidad de actuaciones presentado por el recurrente y de la demanda de amparo. Tras la inadmisión del recurso de casación, el recurrente interpuso incidente de nulidad de actuaciones alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El hecho de que para fundamentar su solicitud de nulidad tuviera que aludir a los argumentos que defendía en el escrito de preparación del recurso, no solo no se antoja impertinente a los efectos de defender su queja de lesión del derecho al recurso (art. 24.1 CE), sino que antes bien era algo lógico, pues sin aludir al contenido del recurso que había sido inadmitido mal podía combatir la decisión adoptada en su contra, tal y como afirmamos, en un supuesto similar, en la STC 80/2023, de 3 de julio, FJ 2 b).

Además, en la demanda de amparo se hace referencia a que la providencia de 4 de noviembre inadmitió el recurso de casación y, por ello, al entender que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, se formuló incidente de nulidad de actuaciones, lo que confirmaría el carácter específico de esta queja que solo afectaba a las providencias dictadas por el Tribunal Supremo. A ello ha de añadirse que el propio

abogado del Estado no niega que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva lo sea por la inadmisión del recurso de casación.

Podría entenderse, en consecuencia, que junto a la queja en la que formalmente se aduce la vulneración del art. 24.1 CE, en los términos que luego precisaremos, imputable a la resolución administrativa, y a las resoluciones judiciales en cuanto no repararon la misma, se atribuya, además, una vulneración autónoma del art. 24.1 CE a las providencias de inadmisión del recurso de casación y de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones.

En el presente caso, la interposición de un incidente de nulidad contra la resolución que inadmitió el recurso de casación intentado por el recurrente, alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24 CE, de acuerdo con lo afirmado en STC 145/2015, de 25 de junio, FJ 2, no puede calificarse el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el demandante contra la sentencia impugnada como «manifiestamente improcedente», en el preciso sentido restrictivo que la doctrina de este tribunal viene dando a este concepto (por todas, SSTC 50/1990, de 26 de marzo, FJ 2; 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 10/1998, de 13 de enero, FJ 2; 78/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 172/2009, de 9 de julio, FJ 2, y 33/2011, de 28 de marzo, FJ 2), con la consecuencia de determinar, en su caso, la extemporaneidad del recurso de amparo.

Procede pues descartar el óbice de admisibilidad aducido por el abogado del Estado.

### 3. Aplicación de la doctrina de la STC 47/2023, de 10 de mayo.

Desestimado el óbice procesal invocado por el abogado del Estado, estamos ya en condiciones de acceder al estudio de las quejas de fondo de la demanda. Siguiendo doctrina reiterada de este tribunal en recursos de amparo mixtos como es este, y a la que se refiere el fiscal en su escrito de alegaciones, habremos de tener en cuenta el criterio de la más amplia tutela y con ello de la mayor retroacción de las actuaciones [entre otras, SSTC 56/2019, de 6 de mayo, FJ 2, y 138/2021, de 29 de junio, FJ 2 A)], lo que implica en este caso comenzar por la queja de la quiebra de la proporcionalidad de la medida de expulsión impuesta a la recurrente.

a) La demanda denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables (art. 9.3 CE). Así, el recurso de amparo, bajo la cobertura formal del art. 24 CE, denuncia de forma expresa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En la fundamentación de dicha queja que se refiere, con carácter principal, a la falta de ponderación suficiente y adecuada de sus circunstancias personales al acordarse la imposición de la sanción de expulsión, que cuestiona la adecuación a Derecho de la sanción administrativa impuesta, por lo que incide en el ámbito de protección del derecho a la legalidad administrativa sancionatoria en su fase aplicativa, garantizado en el art. 25.1 CE. El recurrente no ha encuadrado lo que considera su lesión en una posible vulneración de este derecho. En todo caso, la ausencia de invocación formal no obstaculiza enjuiciar la queja desde este marco constitucional que se estima el adecuado, dado que las razones aducidas en la demanda ponen de manifiesto y evidencian la lesión constitucional del art. 25.1 CE (doctrina constante, por todas, STC 118/2003, de 16 de junio, FJ 2, con cita abundante de la jurisprudencia anterior desde la STC 167/1987, de 28 de octubre, FJ 1. También SSTC 53/2023, de 22 de mayo, FJ 1 b); 70/2023, de 19 de junio, FJ único c), y 71/2023, de 19 de junio, FJ único a).

b) Como han recordado, entre otras las SSTC 70/2023 y 71/2023, de 19 de junio, en la STC 47/2023, de 10 de mayo, el Pleno del Tribunal Constitucional, expuso la regulación y la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea aplicable a las situaciones de estancia irregular de ciudadanos de terceros países no miembros, reflejando la compatibilidad del régimen sancionador previsto en los arts. 53.1 a), 55.1 b) y 3, y 57.1 LOEx –que establecen como regla general una sanción de multa para estas situaciones y la posibilidad de imponer motivadamente una sanción de expulsión, incompatible con la

de multa (art. 57.3 LOEx), previo expediente y respetando el principio de proporcionalidad si se acreditan circunstancias agravantes– con la exigencia general del art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CE, que obliga a los Estados miembros a dictar 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 previstas en la propia Directiva.

La STC 47/2023, FJ 4 c), declaró vulnerada la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) cuando la «administración impuso la sanción de expulsión del art. 57.1 LOEx, luego confirmada judicialmente con una interpretación errónea sobre la eficacia de la Directiva de retorno, a una situación de estancia irregular en la que no consta que concurriese ninguna circunstancia agravante o elemento negativo que la hubiese justificado, “en atención al principio de proporcionalidad”, tal y como dicho precepto exige para su aplicación».

Como se afirma en la citada STC 47/2023, FJ 4 b), «las resoluciones judiciales declararon procedente la expulsión con fundamento en la aplicación directa de lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CE y en que la recurrente carecía de arraigo en España. Pero con tal argumentación, los órganos judiciales dejaron 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)».

c) Las resoluciones administrativas y judiciales objeto del presente recurso se caracterizan por haber justificado la sanción de expulsión de don Carlos Antonio Cordero Campos sin apreciar la concurrencia de circunstancias agravantes o negativas; en lugar de imponer la sanción de multa prevista en nuestro ordenamiento, como regla general, para los casos como el suyo de estancia irregular en nuestro país.

En consecuencia, con lo anteriormente expuesto y en aplicación de la doctrina de la STC 47/2023, debe estimarse el recurso [art. 53 a) LOTC] y reconocer que se ha vulnerado el derecho fundamental de la recurrente a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), restableciéndola en él mediante la anulación de las resoluciones impugnadas (art. 55.1 LOTC).

#### 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 Carlos Antonio Cordero Campos y, en su virtud:

1.º Reconocer que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la resolución de 3 de diciembre de 2018 de la Delegación del Gobierno en Madrid, dictada en el expediente núm. 280020180018746; y de las resoluciones judiciales siguientes: sentencia núm. 223/2019, de 31 de julio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 18 de Madrid, dictada en el procedimiento abreviado núm. 83-2019; sentencia núm. 392/2020, de 18 de junio, 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. 1189-2019; providencias de 4 de noviembre de 2020 y de 20 de mayo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictadas en recurso de casación núm. 4146-2020.

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

Dada en Madrid, a diecisiete de julio 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.