

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17156 *Sala Segunda. Sentencia 70/2023, de 19 de junio de 2023. Recurso de amparo 5731-2020. Promovido por don Daniel Gowon Amedu en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y un juzgado de Barcelona, que desestimaron su impugnación de la resolución administrativa sancionadora que acordó su expulsión del territorio nacional. Vulneración del derecho a la legalidad sancionadora: STC 47/2023 (aplicación irrazonable de la norma sancionadora que, anteponiendo la expulsión a la multa, infringió la garantía material del derecho).*

ECLI:ES:TC:2023:70

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5731-2020, promovido por don Daniel Gowon Amedu, representado por la procuradora de los tribunales doña Eva María Escolar Escolar, y asistido por el letrado don Gregorio García Aparicio, frente a la resolución de 27 de julio de 2017 de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona que acordó su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un año y las resoluciones judiciales que la confirman, esto es, la sentencia de 27 de marzo de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Barcelona (procedimiento abreviado núm. 371-2017); la sentencia de 16 de octubre de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso de apelación núm. 322-2018); y la providencia de 4 de noviembre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación. Ha sido parte la Abogacía del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en este tribunal el día 24 de noviembre de 2020, la procuradora de los tribunales doña Eva María Escolar Escolar, en nombre y representación de don Daniel Gowon Amedu, anunció interposición de recurso de amparo contra las resoluciones mencionadas en el encabezamiento, solicitando suspensión de plazos para la formalización del recurso de amparo y nombramiento de letrado del turno de oficio. Producida la designación el 29 de diciembre de 2020, se formalizará la demanda el 3 de marzo de 2021 bajo la dirección letrada de don Gregorio García Aparicio.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso, y relevantes para su resolución, son, en síntesis, los siguientes:

a) El 27 de julio de 2017, la Subdelegación del Gobierno de Barcelona dictó resolución decretando la expulsión de territorio nacional y la prohibición de entrada por el período de un año de don Daniel Gowon Amedu, ciudadano nacional de Guinea, tras la tramitación del expediente núm. 080220170000592. La resolución de expulsión se basa en la carencia de documentación habilitante de la estancia o residencia en España y, por tanto, en la comisión de la infracción tipificada en los arts. 53.1 a) y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx).

La resolución administrativa cita la STJUE de 23 de abril de 2015, C-38/14, asunto *Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa-Extranjería c. Samir Zaizoune*, que señala «que un extranjero que no sea ciudadano de la Unión y que se encuentre en situación irregular debe ser expulsado y no multado, conforme a lo establecido en la Directiva 2008/15/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 11 de febrero de 2008 relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular».

b) Contra la citada resolución administrativa se interpone recurso contencioso-administrativo (procedimiento abreviado núm. 371-2017) del que conoció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Barcelona. En la demanda, quien ahora es recurrente en amparo y que no negó carecer de la documentación, basa su impugnación en que existían circunstancias concurrentes, esencialmente el arraigo en España, que justificaban la sustitución de la sanción de expulsión por la sanción de multa, argumentando la ausencia de justificación suficiente de la opción administrativa por la expulsión. Adicionalmente, se alegaba que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 no era aplicable al caso y que el contenido de la resolución era desproporcionado por cuanto la expulsión tiene un carácter subsidiario y excepcional. La concurrencia de la situación de arraigo se justificaba en el hecho de una residencia efectiva superior a diez años en España, donde entró con la documentación oportuna y donde vive con su pareja, residente con permiso de larga duración y recursos económicos suficientes y con quien tenía, en aquel momento, un hijo de pocos meses de edad, cuyo interés superior también debía ser tenido en cuenta en la toma de la decisión judicial.

El recurso fue desestimado por sentencia de 27 de marzo de 2018 (núm. 62/2018), basándose en dos argumentos principales: (i) que la situación del demandante encajaba en la previsión de la ley de extranjería [arts. 53.1 a) y 57.1 LOEx]; (ii) que resultaba aplicable al caso la jurisprudencia de la STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14), que reconoce el ajuste a la Directiva 2008/115/CE de la regulación española respecto de la alternatividad de las sanciones de multa y expulsión, siendo ambas medida excluyentes entre sí, no dándose las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 6 de la Directiva 2008/115 para no acordar la expulsión.

En suma, la sentencia constata la estancia irregular del recurrente y concluye que no cabe dejar de decretar la expulsión por causa de un eventual arraigo, ni cabe discutir la proporcionalidad de la medida, ni la motivación que la sustenta, porque se está ante una consecuencia impuesta por la situación irregular del actor y la resolución administrativa expone con claridad las normas y jurisprudencia aplicables.

c) Contra la sentencia dictada en primera instancia se interpuso recurso de apelación alegando la situación de arraigo (estar casado y tener un hijo de nacionalidad española) y la imposibilidad de conseguir en Guinea, su país de origen, la documentación requerida para la regularización. El recurso fue desestimado por sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de octubre de 2019 (sentencia núm. 785/2019), en la que, además de confirmar la fundamentación de la dictada en la primera instancia, se reproduce la fundamentación jurídica de la STJUE de 23 de abril de 2015, afirmándose acto seguido que dicho pronunciamiento «deja bien claro que la expulsión

(es) la única sanción posible a la infracción de la normativa de extranjería cometida por el apelante, sin que procedan otro tipo de consideraciones al respecto».

Por lo que hace a la valoración del arraigo, la sentencia desestimatoria de la apelación sostiene que «si bien es cierto que el apelante aporta fotocopias del libro de familia en el que aparece con [...] como su pareja, y un hijo común de ambos [...] nacido el 18 de enero de 2017, también lo es que habiéndose acordado una expulsión con prohibición (*sic*) por un año, el mismo puede permanecer con la madre, con lo que tanto el 'interés del menor' como la "vida familiar" quedarían preservados. Para valorar la anterior circunstancia debemos tener en cuenta que el apelante y padre de la menor, no dispone de trabajo (no aporta medios económicos al núcleo familiar); incumplió una expulsión previa con prohibición de entrada en España por tres años, pues afirma que lleva residiendo en nuestro país desde el año 2007; el volante de empadronamiento en el que aparecen los tres miembros de la unidad familiar es de 9 de marzo de 2017 (folio 48 del expediente), por tanto posterior al acuerdo de incoación del expediente de expulsión, siendo significativo que en un volante anterior obtenido al día siguiente de su detención, el 3 de marzo de 2017 (folio 25 del expediente) únicamente aparezca en el mismo domicilio el apelante; y finalmente también es significativo que en el momento de su detención y preguntado acerca de a quien quería que le comunicaran la misma y el lugar de custodia, manifestó que a "nadie"».

d) Intentado recurso de casación (núm. 1199-2020), este fue inadmitido por providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 4 de noviembre de 2020: (i) por incumplimiento de las exigencias del art. 89.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), esto es falta de fundamentación suficiente con singular referencia al caso de la concurrencia de los supuestos del art. 88.2 a) y b) LJCA invocados que hubieran permitido apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de este tribunal; y (ii) por carencia de interés casacional objetivo del recurso, pues la cuestión jurídica suscitada es objeto de consolidada jurisprudencia de la sala. Dicha providencia fue notificada a la parte el 12 de noviembre de 2020.

3. La demanda de amparo alega que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) provocándole indefensión al haber incurrido en el vicio de incongruencia omisiva; así como vulneran también el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente sin indefensión en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial motivada (art. 24.1 CE), en relación con la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), y con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Se vincula la especial trascendencia constitucional del proceso de amparo al supuesto de que dichas resoluciones impugnadas incumplen la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea contenida en la sentencia de 8 de octubre de 2020.

Si bien el escrito de demanda invoca formalmente la vertiente del art. 24.1 CE relacionada con la obligación de emitir resoluciones congruentes (con cita de diversas sentencias, en particular la STC 130/2004, de 19 de julio) y no padecer indefensión, el desarrollo argumental de las lesiones denunciadas, así como lo invocado en la instancia, permiten deducir sin dificultad que la queja se ciñe a la falta de motivación suficiente de la sanción de expulsión adoptada en lugar de la de multa, a la queja sobre la desproporción de la medida de expulsión (asociada a la lesión del art. 25 CE) y a la indebida aplicación del art. 57 LOEx. Invocando las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2006 (recurso núm. 5450-2003), 28 de febrero de 2007 (recurso núm. 10260-2003) y 27 de abril de 2007 (recurso núm. 9812-2003), la demanda insiste en la necesidad de motivar suficientemente la sanción de expulsión en lugar de la de multa y denuncia que las resoluciones recurridas omiten cualquier razonamiento para la desestimación de este motivo de impugnación en la instancia.

Se alega además que la sentencia recurrida no ha aplicado de forma directa la STJUE de 23 de abril de 2015, sino que, en interpretación de la nueva sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de octubre de 2020, sostiene que no es

de aplicación directa la Directiva 2008/115/CE, obviando la jurisprudencia previa del Tribunal Supremo que sostenía que, en orden a la sanción de expulsión, la situación debe tener un «plus» en el hecho sancionable, siendo la sanción primigenia la de multa. Insiste la demanda de amparo en que, al aplicar al caso una sentencia y normativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que no es aplicable directamente, se ha conculcado el derecho a una resolución fundada en Derecho y se ha quebrantado el principio de seguridad jurídica, en el sentido que le dan a este concepto las SSTC 15/1986, de 31 de enero, y 36/1991, de 14 de febrero.

4. Por providencia de 9 de mayo de 2022, la Sección Primera de este tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que concurre 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, de 25 de junio, FJ 2 b)].

Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTIC, se ordenó dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, así como a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para que remitiesen, en el plazo de diez días, testimonio íntegro del recurso de casación núm. 1199-2020 y del recurso de apelación núm. 322-2018, respectivamente. También se dirige comunicación al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 14 de Barcelona a fin de que remita, en el plazo de diez días, fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 371-2017, debiendo previamente emplazarse a quienes hubieran sido parte en dicho procedimiento, excepto al recurrente en amparo, a fin de que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer, si lo desearan, en el presente proceso constitucional. Por último, se acuerda oficiar a la Subdelegación del Gobierno en Barcelona a fin de que informe, con carácter urgente, si se ha procedido o no a la expulsión del recurrente en amparo, en qué fecha, en el supuesto de respuesta afirmativa y por qué razón no se habría llevado a cabo en este segundo caso.

5. La Abogacía del Estado se persona en el procedimiento de amparo por escrito registrado el 2 de junio de 2022.

6. Por diligencia de ordenación de 16 de junio de 2022, se acordó tener por personado y parte al abogado del Estado y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52.1 LOTIC, se resolvió dar vista de las actuaciones recibidas al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

7. Por escrito registrado el 20 de junio de 2022, la oficina de extranjería de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona notifica que no consta la efectiva expulsión del territorio nacional de quien es recurrente en amparo.

8. El 15 de julio de 2022 tuvo entrada en este tribunal el escrito de alegaciones presentado por la Abogacía del Estado en el que solicitó la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso de amparo. Respecto de la causa de inadmisión a trámite del recurso de amparo, el abogado del Estado afirma la carencia de especial trascendencia constitucional del recurso de amparo interpuesto y la insuficiente justificación de la misma, porque la demanda no argumenta sobre la trascendencia constitucional, más allá de la mera alusión nominativa a las causas contenidas en la STC 155/2009.

No obstante, admitido que formalmente el recurrente ha afirmado la trascendencia constitucional, esta parte rechaza la concurrencia del requisito de admisibilidad, siendo cinco los argumentos que sostienen esta posición: (i) el recurso no plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no haya doctrina, porque,

tal y como se deduce de la providencia de inadmisión del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2020, el asunto no ofrece novedad alguna desde el punto de vista jurisprudencial en orden a la posible aplicación del ordenamiento sectorial a los hechos alegados; (ii) tampoco se advierten en el caso «nuevas realidades» ni «cambios normativos relevantes» para la configuración del derecho fundamental, ni se advierte cambio de doctrina en los órganos encargados de la interpretación de tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, estando clara la postura de los tribunales internos basada en la STJUE de 23 de abril de 2015; (iii) la vulneración denunciada no procede de la ley o de otra disposición de carácter general y la invocación de la STJUE de 8 de octubre de 2020 es superficial, deduciendo de ella un sentido voluntarista; (iv) las resoluciones impugnadas no contienen una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva de los derechos fundamentales invocados, ni se advierte negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, al no apreciarse en la instancia voluntad manifiesta de soslayar la doctrina constitucional aplicable al caso; v) y, por último, no se plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o que tenga consecuencias políticas generales.

Por lo que hace al fondo de las pretensiones, y a la denunciada vulneración del art. 24.1 CE, los argumentos de la Abogacía del Estado sostienen que no se ha producido falta de motivación de las resoluciones impugnadas, bien al contrario, estas justifican la imposición de la sanción de expulsión de manera detallada, en tanto que sanción adecuadamente aplicada al caso, limitándose a no acoger la pretensión de la parte de adoptar en su caso la de multa. Las resoluciones impugnadas razonan por qué no es procedente tomar en el caso las circunstancias personales en el sentido defendido por el recurrente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En relación con la alegada incongruencia omisiva, tras detallar el contenido de la jurisprudencia constitucional en relación con esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (con cita de las SSTC 305/1994, de 14 de noviembre, FJ 2; 132/1999, de 15 de julio, FJ 4, y 152/2015, de 6 de julio, FJ 6), el abogado del Estado concluye que, en este caso, no existe vulneración del derecho, porque toda respuesta a las pretensiones deducidas ha sido expresa y clara, por más que haya sido desestimatoria. Constata esta parte que en la sentencia 785/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, está clara la postura interpretativa de la Directiva 2008/115/CE, de acuerdo con la STJUE de 23 de abril de 2015, afirmándose que la expulsión es la única sanción posible a la infracción de la normativa de extranjería cometida por el apelante, sin que procedan otro tipo de consideraciones al respecto. Añade la Abogacía del Estado que esta formulación resulta coincidente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la STJUE de 23 de abril de 2015 (con cita de las SSTS de 12 de junio de 2018, de 21 de enero de 2019 y de 18 de julio de 2019). Respecto de la alegación del recurso de amparo relativa a la aplicación al caso de la STJUE de 8 de octubre de 2020, que otorga una modulación posterior de la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el abogado del Estado sostiene que no cabe aplicarla al supuesto que nos ocupa por ser de fecha posterior a las resoluciones de instancia y de apelación impugnadas. Adicionalmente sostiene que en la sentencia desestimatoria de la apelación ya se consignan explícitamente las circunstancias familiares, que no se consideran suficientes por distintos motivos para optar por la sanción alternativa a la expulsión (en este punto se reiteran los argumentos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña).

También descarta la Abogacía del Estado la vulneración del derecho a la proporcionalidad en la imposición de la sanción (ex art. 25 CE), tanto en el plano formal, es decir, que tanto la sanción como sus eventuales consecuencias desfavorables han de estar previstas en una norma con rango formal de ley; como en el aspecto material que exige hallarse perfecta o taxativamente predeterminadas las infracciones [las previstas en los arts. 53.1 a) y 57.1 LOEx] y correlativas sanciones. Por último, esta parte descarta

la lesión del art. 14 CE, porque la demanda no razona cuál sería la infracción del principio de no discriminación –el parámetro de comparación específico– en cuanto a la hipotética infracción de este precepto, al que de pasada en algún momento el recurrente invoca.

9. El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones en escrito presentado el 2 de septiembre de 2022, en el que postuló el otorgamiento del amparo solicitado.

En primer término, la Fiscalía define el objeto de la pretensión de amparo afirmando que, aunque se impugnan formalmente tanto la resolución administrativa como las resoluciones judiciales confirmatorias, debe entenderse que la resolución realmente recurrida es la de 27 de julio de 2017, de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, que acordó la expulsión. Redefinido el amparo como propio del art. 43 LOTC, el fiscal sostiene que habiéndose interpuesto el escrito solicitando el nombramiento de abogado y procurador de oficio dentro del plazo de veinte días desde la notificación de la resolución que puso fin a dicho proceso, es decir, la providencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, como se ha indicado en los antecedentes de hecho, el recurso de amparo se habría interpuesto dentro del plazo. Esta recalificación del objeto del recurso lleva al Ministerio Fiscal a considerar que no se observa ninguna violación de derecho fundamental que sea atribuible exclusivamente a ninguna de las resoluciones judiciales, ni siquiera a la providencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que inadmitió el recurso de casación – puesto que lo hizo considerando que no se habían cumplido los requisitos de fundamentación del interés casacional–.

Respecto del primer motivo de amparo, formulado como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) que le ha provocado indefensión, pues la sentencia recurrida ha incurrido en el vicio de incongruencia omisiva, la Fiscalía pone de manifiesto que la alegación citada en la demanda de amparo y que no se habría contestado en la instancia (esto es la aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo), en realidad, no se formuló en la demanda contencioso-administrativa y, en consecuencia, no tenía por qué ser objeto de respuesta judicial.

Respecto del segundo, centrado en la queja de falta de motivación de las sentencias –y debe entenderse que también de la resolución administrativa– al imponer esta y confirmar aquellas una sanción de expulsión fundada exclusivamente en la permanencia o estancia irregular en España del ahora demandante de amparo, sin tener en cuenta ningún otro factor agravatorio, el Ministerio Fiscal razona considerando que pudo concurrir la vulneración denunciada. No obstante, del complejo de derechos fundamentales alegados en este segundo motivo de amparo, la Fiscalía excluye la referencia al principio de igualdad, aparentemente atribuido solo a las resoluciones judiciales, ya que es una mera alegación retórica, carente de fundamentación alguna y, respecto de la cual no se ha aportado el menor término de comparación adecuado, y el derecho a la presunción de inocencia, por las mismas razones, y visto que el demandante reconoce que, efectivamente, se encontraba en situación irregular en España.

Centrándose entonces estrictamente en la queja relativa a la motivación, el escrito de la Fiscalía se refiere a la cuestión del apartamiento por los tribunales de lo declarado en varias sentencias del Tribunal Supremo, que se citan en la demanda de amparo, acerca de la necesidad de motivación específica y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, de la decisión sancionadora, especialmente cuando la misma impone la expulsión (con cita de la STS de 29 de septiembre de 2006, FJ 6). Esta doctrina, previa a la STJUE de 2015, ha sido confirmada, tras la STJUE de 8 de octubre de 2020, por posteriores sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (en este sentido las SSTS de 6 de abril de 2022, y de 22 de junio de 2022). En estos pronunciamientos el Tribunal Supremo sostiene que, siendo incompatible la alternatividad de las sanciones de multa y expulsión, tal y como se deriva

de la interpretación de la directiva que realizan las SSTJUE de 23 de abril de 2015 y de 8 de octubre de 2020, es necesario motivar e individualizar la sanción de expulsión conforme al principio de proporcionalidad. A este examen responde la STJUE 807/2020 y de lo allí contenido deriva el Tribunal Supremo 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 (STS 423/2022, de 6 de abril). El Ministerio Fiscal también sintetiza la jurisprudencia constitucional sobre la materia, insistiendo en el deber de motivación de las resoluciones de expulsión (con cita de la STC 212/2019, de 26 de noviembre, FJ 4).

Del examen de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo citada, la Fiscalía deduce que, en el supuesto de hecho, no se ha cumplido con el requisito de especial fundamentación de la sanción acordada: la resolución administrativa se ha basado exclusivamente en el hecho de que aquel carecía de documentación que habilitara su estancia en España; la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se limita a confirmar dicha apreciación, afirmando que, tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la única sanción aplicable es la expulsión; y la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo constatado el hecho que determinó la decisión de expulsión, añade tres datos no incluidos en la decisión administrativa y que discutiblemente podían ser utilizados por la Sala para fundamentar la desestimación del recurso de apelación: primero, que no se afectaba el interés del hijo menor del recurrente en amparo ni su vida familiar porque la expulsión no afectaba a la madre del niño; segundo, que al no disponer el demandante de trabajo no aportaba medios económicos al núcleo familiar, extremo que debe considerarse insuficiente para apreciarlo como un hecho justificativo de la expulsión; y tercero, que el recurrente había incumplido una orden de expulsión previa, cuestión esta que, a falta de otros datos, no sería suficiente para fundamentar una expulsión.

Ante las constataciones previas, el Ministerio Fiscal sostiene que, más allá de la causa de especial trascendencia apreciada en la providencia de admisión a trámite del recurso, también puede apreciarse que las resoluciones recurridas son manifestación de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considera lesiva del derecho fundamental, o incluso que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega está siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, independientemente de la incidencia de la STJUE de 8 de octubre de 2020. En este sentido, las resoluciones impugnadas habrían lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito del procedimiento sancionador porque al fundamentar la expulsión exclusivamente en la permanencia irregular en España, excluyendo las alegaciones y pruebas de su arraigo y sin valorar circunstancias agravantes que pusieran de manifiesto y justificaran la proporcionalidad de la medida adoptada, han incumplido los requisitos de tal fundamentación establecidos en la normativa comunitaria y nacional y en la jurisprudencia constitucional, puesto que tanto la administración como los órganos judiciales tenían otra opción más ajustada a la exigencia de fundamentación y que ha sido posteriormente plasmada por jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo: ya que no es factible la imposición de una multa, y la expulsión no puede fundarse exclusivamente en la irregularidad de la estancia en España, la opción que queda es el archivo de las actuaciones. Y al no hacerse así, se ha lesionado el derecho a la tutela efectiva en el ámbito de un procedimiento sancionador, lo que debe llevar en nuestra opinión, al otorgamiento pleno del amparo como resolvió, *mutatis mutandis*, la STC 151/2021, de 13 de septiembre.

En línea con la causa de especial trascendencia identificada en la providencia de admisión a trámite, el Ministerio Fiscal introduce tres consideraciones respecto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea aplicable al caso. Por lo que hace a la STJUE de 23 de abril de 2015, entiende la Fiscalía que, de dicha resolución se

desprende la imposibilidad de imponer la sanción de multa, pero en ningún caso se deduce que deba imponerse necesariamente la expulsión si no concurren más circunstancias que la de la estancia irregular en nuestro país, por lo que las resoluciones recurridas al considerar que esta era la única sanción imponible y negar cualquier otra posible consecuencia jurídica, lesionaron el derecho a la tutela efectiva del recurrente en amparo. Y, en lo que atañe a la STJUE de 8 de octubre de 2020, esta resolución confirma que no resultaba factible acordar y confirmar la expulsión si no existían circunstancias agravantes, lo que refuerza la afirmación de la lesión de derechos fundamentales atribuidos a las resoluciones recurridas.

En último término, y con cita de la STJUE de 3 de marzo de 2022, el Ministerio Fiscal sostiene que: (i) de conformidad con los principios generales del Derecho de la Unión, las decisiones que se tomen en el marco de la Directiva 2008/115 deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular, de modo tal que se respete el principio de proporcionalidad durante todas las fases del procedimiento de retorno; (ii) la imposición de una pena pecuniaria no puede, por sí misma, obstaculizar el procedimiento de retorno establecido en la directiva pues tal pena no impide que se adopte y se ejecute una decisión de retorno con pleno cumplimiento de los requisitos contemplados en los artículos 6 y 8 de dicha directiva; (iii) una normativa nacional no puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y menoscabar su efecto útil demorando el retorno de una persona contra la que se ha dictado una decisión de retorno; y, (iv) la obligación de proceder a la expulsión que el artículo 8 de dicha directiva impone a los Estados miembros debe cumplirse lo antes posible. De las observaciones antecedentes, el Ministerio Fiscal deduce que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirma la legislación y jurisprudencia ordinaria y constitucional, que exigen que, para la imposición de la sanción de expulsión, concorra alguna circunstancia de agravación, además de la estancia irregular, lo que, desde la perspectiva de la jurisprudencia ordinaria, ha sido confirmado por la reciente sentencia 337/2022, de 16 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

10. Por diligencia de ordenación del secretario de justicia de la Sala Segunda (Sección Cuarta), en virtud del acuerdo adoptado por el Pleno del Tribunal Constitucional el día 17 de enero de 2023, publicado en el «BOE» de 19 de enero, se pone en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal que el presente recurso de amparo ha sido turnado a la Sala Segunda de este tribunal.

11. El 9 de junio de 2023, el magistrado don César Tolosa Tribiño presentó escrito en el que comunicaba que formó parte de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que dictó la providencia de 4 de noviembre de 2020, en el recurso de casación núm. 1199-2020, resolución objeto del presente recurso de amparo núm. 5731-2020, concurriendo, por tanto, la causa de abstención prevista en el art. 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Mediante auto de 13 de junio de 2023, la Sala Segunda estimó justificada la abstención formulada por el magistrado don Cesar Tolosa Tribiño en el recurso de amparo núm. 5731-2020, apartándole definitivamente del referido recurso y de todas sus incidencias.

12. Por providencia de 15 de junio de 2023, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 19 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

Único. *Objeto del recurso y aplicación de la doctrina de la STC 47/2023, de 10 de mayo.*

a) El presente recurso de amparo se dirige contra la resolución de 27 de julio de 2017 de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona que acordó la expulsión del territorio nacional de don Daniel Gowon Amedu, con prohibición de entrada por un año, así como contra las resoluciones judiciales confirmatorias de la resolución administrativa: sentencia de 27 de marzo de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Barcelona (procedimiento abreviado núm. 371-2017); sentencia de 16 de octubre de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso de apelación núm. 322-2018); y providencia de 4 de noviembre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación.

La demanda de amparo alega que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (artículo 24.1 CE) provocándole indefensión al haber incurrido en el vicio de incongruencia omisiva; así como vulneran también su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial motivada (art. 24.1 CE), en relación con la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), y con la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

No obstante, la redacción específica de la demanda de amparo, desde la interposición del recurso contra la resolución administrativa, la asistencia letrada del recurrente pone de manifiesto la desproporción de la sanción de expulsión, por cuanto esta tiene carácter subsidiario y excepcional, concurriendo adicionalmente la situación de arraigo que no es considerada en ningún momento como causa suficiente para no aplicar la sanción de expulsión. Por tanto, leyendo la demanda de amparo a la luz de la invocación previa, en la instancia, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y de las quejas sobre la desproporción de la sanción, se pone de relieve que la queja debe reconducirse a la improcedencia de la sanción de expulsión derivada de la aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE, que establece la consecuencia general de retorno para los casos de estancia irregular de los nacionales de terceros Estados ajenos a la Unión Europea, en lugar de aplicar la normativa española de extranjería, que establece la sanción de multa como regla general para los casos de mera estancia irregular y que reserva la sanción de expulsión para aquellos supuestos en que concurren datos negativos que deben ponderarse.

Las alegaciones del abogado del Estado, que niega la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo proponiéndose este óbice como causa de inadmisión del mismo, rechazan también la verosimilitud de las lesiones denunciadas, en particular la proyección al caso de la STJUE de 8 de octubre de 2020 (C-568/19, asunto *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*), por ser objeto del recurso de amparo resoluciones judiciales de fecha posterior al pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Ministerio Fiscal, en cambio, propone la estimación del recurso de amparo, en particular después del pronunciamiento contenido en la STJUE de 8 de octubre de 2020, que concluye que «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».

b) Frente al argumento del abogado del Estado de que el recurso planteado carece de especial trascendencia constitucional, debemos recordar que la cuestión sobre si el contenido del presente recurso justifica una decisión sobre el fondo debido a su especial trascendencia constitucional constituye un requisito de admisibilidad de la demanda de amparo que fue ya objeto de valoración en el trámite de admisión previsto en el art. 50.1 LOTC. Nuestra doctrina viene insistiendo en que «corresponde al Tribunal Constitucional apreciar si el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo en razón de su

especial trascendencia constitucional [...] (en este sentido, por todas, SSTC 183/2011, de 21 de noviembre, FJ 2, y 212/2013, de 18 de diciembre, FJ 2)» (STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 3). Dicha apreciación se realiza valorando las circunstancias de cada caso, a tenor del «carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de "especial trascendencia constitucional" como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación (STC 77/2015, de 27 de abril, FJ 1, y jurisprudencia allí citada)» (STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 3).

Al caso le fueron aplicados los criterios establecidos en la STC 155/2009, de 25 de junio. Precisamente, la providencia de este tribunal de 9 de mayo de 2022 acordó admitir a trámite el presente recurso de amparo apreciando que «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)]». Resulta evidente, tal y como expresa el objeto del recurso y las posiciones de las partes, que lo que se cuestiona aquí es la comprobación de la incidencia en nuestra jurisprudencia de la STJUE de 23 de abril de 2015, que declaró incompatible el 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, con 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 (conocida como la «Directiva de retorno»). Por tanto, resulta clara la proyección de la causa de especial trascendencia constitucional identificada por la Sección Primera del Tribunal Constitucional al asunto que nos ocupa. A mayor abundamiento, el 25 de enero de 2021, la Sección Tercera de este tribunal, ya había admitido a trámite el recurso de amparo núm. 1060-2020, que planteaba idéntica cuestión de alcance constitucional, y ello apreciando la misma causa de especial trascendencia constitucional. El recurso de amparo núm. 1060-2020 ha sido resuelto por la STC 47/2023.

Por tanto, en orden a explicitar la apreciación de la especial trascendencia constitucional (STEDH de 20 de enero de 2015, asunto *Arribas Antón c. España*, §37), con el objeto de hacer así «*recognoscibles* los criterios de aplicación empleados al respecto» (STC 9/2015, de 2 de febrero, FJ 3), debemos ahora reiterar que, como ha sido explicado, el contenido del presente recurso de amparo 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)].

c) La queja del recurrente, en los términos que se plantean, coincide con la denunciada en la STC 47/2023, de 10 de mayo, del Pleno, cuya doctrina resulta aplicable al caso y en la que se reconoció la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en un supuesto idéntico de expulsión por mera estancia irregular que se justificaba en la aplicación directa de las consecuencias de la Directiva de retorno en lugar de aplicar la normativa española de extranjería.

En el supuesto que ahora nos ocupa, el letrado del recurrente no ha encuadrado lo que considera su lesión en una posible vulneración de este derecho, pero esta 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 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). La STC 53/2023, de 22 de mayo, de la Sala Primera, que aplica la doctrina de la citada STC 47/2023 a un supuesto igual, también consideró vulnerado el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), aunque en la demanda no se adujese de forma expresa más que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa (art. 24.1 y 2 CE).

d) 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 concudiese 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)».

e) Las resoluciones administrativas y judiciales objeto del presente recurso se caracterizan por haber justificado la sanción de expulsión de don Daniel Gowon Amedu sin apreciar la concurrencia de circunstancias agravantes o negativas y sin tener en cuenta las circunstancias personales y familiares alegadas por el recurrente, que eran de una entidad suficiente como para 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, 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 Daniel Gowon Amedu 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 27 de julio de 2017 de la Subdelegación del Gobierno en Barcelona que acordó su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada por un año, de la sentencia de 27 de marzo de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Barcelona (procedimiento abreviado núm. 371-2017), de la sentencia de 16 de octubre de 2019 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (recurso de apelación núm. 322-2018), y de la providencia de 4 de noviembre de 2020, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación.

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

Dada en Madrid, a diecinueve de junio de dos mil veintitrés.—Inmaculada Montalbán Huertas.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.