

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**17866** *Sala Primera. Sentencia 80/2023, de 3 de julio de 2023. Recurso de amparo 4255-2020. Promovido por doña Noemí López Madariaga en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un juzgado de la capital, que desestimaron su impugnación de la resolución administrativa sancionadora que acordó su expulsión del territorio nacional. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la legalidad sancionadora: aplicación irrazonable de la norma sancionadora que, anteponiendo la expulsión a la multa, infringió la garantía material del derecho (STC 47/2023).*

ECLI:ES:TC:2023:80

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. 4255-2020, promovido por doña Noemí López Madariaga, contra los siguientes actos de los poderes públicos: (i) la resolución de la delegada del Gobierno en Madrid, de 24 de enero de 2018, decretando la expulsión de la recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada en España por un periodo de tres años; (ii) la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid, de 5 de marzo de 2019, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución administrativa citada; (iii) la sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de septiembre de 2019, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia; (iv) la providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 2020, por la que se inadmitió a trámite el recurso de casación promovido contra la sentencia de apelación; y (v) la providencia de la misma sala y sección del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2020, que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto contra la anterior providencia de 11 de mayo. Han intervenido el abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este tribunal el 8 de septiembre de 2020, el procurador de los tribunales don José Luis Pesquera García, actuando en nombre y representación de doña Noemí López Madariaga, bajo la defensa del abogado don José Manuel Beltrán Cristóbal, interpuso demanda de amparo contra las resoluciones arriba mencionadas.

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

a) Con fecha 24 de enero de 2018 la delegada del Gobierno en Madrid dictó resolución en el expediente núm. 280020180001035, acordando decretar la expulsión de la recurrente del territorio nacional, con prohibición de retorno al mismo por un periodo de tres años, «a contar desde la fecha en que se lleve a efecto». En el apartado de los hechos se recoge que la recurrente, natural de Nicaragua: «[a] ser requerid[a] por fuerzas policiales, el día 13 de octubre de 2014 para proceder a su identificación y tras las actuaciones llevadas a cabo con posterioridad, se ha comprobado que no dispone de documento alguno que acredite la situación de estancia o residencia legal en España». Y en el apartado de fundamentos de Derecho se indica que los hechos expuestos «son constitutivos de una infracción prevista en el art. 53.1 a) de la ley orgánica citada [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx)] donde se tipifica como infracción grave el 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 hubiera solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

b) Se interpuso por la ahora demandante de amparo recurso contencioso-administrativo contra la resolución antedicha, en el que se alegó, en primer lugar, que la resolución impugnada carecía de motivación, lo que «ha dado lugar a una indefensión, puesto que mi representada desconoce las razones reales por las cuales se ha dictado el decreto de expulsión. Produciéndose una vulneración del art. 24 de la Constitución». Asimismo, el escrito cuestionó la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, dado que la recurrente no tiene antecedentes penales y había acreditado su arraigo en España, por lo que en todo caso debía ser merecedora de una multa en su grado mínimo. «Por lo que es perfectamente posible, y así lo aconseja el principio de proporcionalidad, que se anule la sanción de expulsión y se sustituya por la sanción económica en su cuantía mínima legal a pesar de la sentencia de 23 de abril de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, invocada ahora con carácter frecuente por la administración y aplicada con cierto automatismo en [el] presente procedimiento».

El Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 16 de Madrid, encargado del caso (procedimiento abreviado núm. 148-2018), dictó sentencia el 5 de marzo de 2019 desestimando el recurso. Respecto de este motivo de impugnación, la sentencia se refiere en su fundamento de Derecho segundo a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 23 de abril de 2015, que reproduce en algunos de sus fundamentos jurídicos. A continuación el juzgado explica (FJ 3) que a raíz de aquella sentencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia fue objeto de revisión, entre otras, en la sentencia de 12 de junio de 2018, que a su vez también reproduce en parte y conforme a la cual el Alto Tribunal entiende que solo cabe imponer en estos casos la sanción de expulsión del territorio nacional por estancia ilegal, tipificada como infracción grave en el art. 53.1 a) LOEx, salvo que la persona se encuentre en alguno de los supuestos de excepción del art. 6, apartados 2 a 5, de la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, «relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular» también conocida como «Directiva de retorno». Tras lo expuesto, razona el juzgado en el fundamento de Derecho cuarto:

«En definitiva, aunque a la recurrente no le consta ningún otro hecho negativo más allá de la estancia irregular, hemos de tener en cuenta las sentencias que han sido transcritas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, que prevén la expulsión como única medida de aplicación a situaciones irregulares, salvo que concurra alguna situación de arraigo prevista en el artículo 6 de la Directiva, que enervaría la resolución de expulsión.

Examinado el expediente y las actuaciones judiciales, no se acredita que aquella se encuentre en ninguna situación de arraigo de las previstas en la citada directiva, pues no se aporta ni un solo documento al respecto, ya que lo único que aporta son certificados de envío de dinero a su país, circunstancia que no incide en el arraigo invocado y menos aún, acredita ninguno de los supuestos previstos en la citada directiva.»

c) Contra dicha sentencia la misma parte procesal promovió recurso de apelación, en el que alegó la «infracción del principio de proporcionalidad de la sanción. La multa prevista en el art. 55.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000 es de aplicación general, mientras que la sanción establecida en el art. 57.1 de la misma ley tendría un carácter excepcional, pues establece que "podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español". La sentencia parece invertir los términos establecidos, vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución puesto que carece de una motivación respecto a la cuestión planteada que es la falta de proporcionalidad, infringiéndose el deber de motivación del artículo 120.3 de la Constitución, de tal manera que la sanción de expulsión sería la que tendría un carácter general mientras que la sanción de multa la considera algo más bien excepcional. [...]. Además de esto la sentencia que se recurre en apelación no analiza las circunstancias concretas del caso».

La Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, una vez tramitado el procedimiento (recurso de apelación núm. 572-2019), dictó sentencia el 30 de septiembre de 2019 en sentido desestimatorio, confirmando la resolución de primera instancia. El Tribunal de alzada, fundamento de Derecho segundo, asume los argumentos del juzgado, invocando la STJUE de 23 de abril de 2015 y el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea a la que se refiere la sentencia de la Sección Quinta, Sala Tercera, del Tribunal Supremo citada por el juzgado, en el sentido de declarar que la medida de expulsión es lo procedente en situaciones de estancia irregular, salvo los supuestos de excepción del art. 6, apartados 2 a 5 de la Directiva 2008/115/CE, «o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución». En su aplicación al asunto de autos, razona en el fundamento de Derecho tercero la sentencia de apelación:

«En el caso presente: en primer lugar el recurrente, no ha acreditado el arraigo que alega; debe considerarse que la persona afectada puede tener arraigo en España por razón de sus intereses familiares directos, sociales o económicos, con una actividad profesional estable contando con medios lícitos de vida. Sin embargo en ningún caso ha acreditado arraigo que reúna los requisitos anteriores.

El simple hecho de llegar a España y empadronarse no constituye arraigo alguno, de acuerdo con el artículo 18.2 de la Ley 7/1985 de bases de régimen local.

De todo lo anterior, procede la expulsión por falta de la documentación requerida para residir en España, salvo que concurra alguna de las circunstancias expresadas en los artículos 5 y 6 de la citada directiva.

En el caso presente, ello no es así: la cuestión planteada por el recurrente no ha sido acogida por las múltiples sentencias dictadas por esta sala a la luz de la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, cuando no se ha apreciado la existencia de una vida familiar, conforme la correcta aplicación que del art 5 de la Directiva 2008/115/CE [...], y en este caso ni siquiera arraigo social o laboral alguno, recordándose que no consta trámite alguno solicitando regularización, a pesar de llevar varios años en España, y que a falta de este requisito procede la expulsión y no la multa, según el mencionado fallo europeo. (Consideración 22, respeto a la vida familiar).

Todo ello ha de conducir, a la confirmación de la sentencia apelada.»

d) Frente a esta última sentencia la recurrente en amparo dedujo escrito de preparación de recurso de casación, alegando entre otros motivos que la recurrida

vulneró su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por no haber aplicado el principio de proporcionalidad de la sanción.

La sección juzgadora dictó auto el 21 de noviembre de 2019 teniendo por preparado el mencionado recurso. Una vez elevadas las actuaciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, su Sección Primera dictó providencia el 11 de mayo de 2020 (recurso de casación núm. 7788-2019) acordando su inadmisión a trámite con arreglo al art. 90.4 b), en relación con los arts. 89.2 f) y 90.4 d), todos ellos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), por las siguientes causas:

«1) Falta de fundamentación sobre la concurrencia del supuesto invocado del apartado a) y f) del art. 88.2 LJCA, y a) del art. 88.3 LJCA, de los que se infiere el interés casacional y la conveniencia de un pronunciamiento de esta Sala del Tribunal Supremo, sin que respecto del art. 88.3 a) LJCA, se haya justificado la concurrencia del presupuesto para que opere la presunción; 2) carencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, habiendo sido dictadas sobre la cuestión controvertida y en sentido desfavorable a su pretensión las STS 980/18, de 12 de junio, recurso núm. 2958-17; STS 1716/18, de 27 de noviembre, recurso núm. 5819-17; STS 1817/18, de 19 de diciembre de 2018, recurso núm. 5248-17; STS 1818/18, de 19 de diciembre, recurso núm. 6533-17.»

e) Notificada esta última resolución, contra ella la demandante de amparo interpuso escrito de incidente de nulidad de actuaciones, alegando la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, «en su vertiente de acceso a los recursos», así como la infracción de las normas pertinentes del recurso de casación de la LJCA. Luego de discrepar de la doctrina fijada por la STJUE de 23 de abril de 2015, al adolecer de «cierto automatismo» y que sienta «claramente un error» por cuanto la sustitución de la salida del territorio nacional es posible, se defiende que el escrito de preparación del recurso de casación presentado sí cumplió con los requisitos legales para su admisión a trámite «puesto que se identifican las normas que se considera infringidas las cuales han sido determinantes de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, además concurren alguno de los supuestos del artículo 88.2 y 3 de la LJCA, del artículo 88.2 ya lo hemos señalado, concurriendo en nuestra opinión interés casacional objetivo».

Sigue diciendo el escrito de nulidad que como consecuencia de ello, la inadmisión de su recurso implicó una «vulneración del principio *pro actione*» y un «error material patente», con cita de la STC 238/2002, de 9 de diciembre (la cual resolvió un caso de vulneración del derecho de acceso a la jurisdicción, no de acceso al recurso); suplicando a la sala que con estimación del incidente dictara auto de admisión a trámite de su recurso de casación, «continuando el trámite legalmente establecido».

f) La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó providencia el 15 de julio de 2020, inadmitiendo el incidente de nulidad:

«[T]oda vez que no se ha producido en el supuesto de autos infracción alguna del derecho que se dice vulnerado por la providencia de precedente cita: el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 y 2 CE, y principio *pro actione*, por haber dado la providencia impugnada una respuesta coherente y compatible con los derechos fundamentales que se dicen vulnerados.

Tanto el Tribunal Constitucional, como este Tribunal Supremo, de forma reiterada y sin fisuras, vienen declarando que una decisión de inadmisión no afecta al derecho a la tutela judicial efectiva siempre que se funde en una causa legalmente establecida, como aquí acaece.

El incidente de nulidad de actuaciones, de naturaleza excepcional, tiene la finalidad de denunciar la vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, cuando no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible

de recurso ordinario ni extraordinario, pero, desde luego, no es instrumento adecuado para combatir, como si de un recurso se tratara, la decisión adoptada en la providencia aquí cuestionada, y ello con independencia y al margen de la opinión –que obviamente no será favorable– le pueda merecer al recurrente y del mayor o menor acierto de la decisión.

No justifica ni ahonda tampoco la recurrente en su escrito de incidente excepcional de nulidad de actuaciones, por qué habría de ser matizada, aclarada o completada la jurisprudencia existente sobre la cuestión planteada que se cita en la providencia de inadmisión, debiendo incidir, en este punto, en que el cambio jurisprudencial en la materia se produjo a raíz de la STJUE, de 23 de abril de 2015, dictada en el asunto C-38/17, y que el juez nacional, al que le corresponde aplicar el Derecho de la Unión Europea en España, ha de velar por la efectividad de los principios de primacía y efecto directo de las normas comunitarias, (en este caso artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular), y que la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclarando y precisando el significado y el alcance de dicha norma, debe ser aplicada por el juez nacional.

Procede, en consecuencia, inadmitir a trámite el incidente.»

g) Notificada esta última resolución se promueve por la misma parte el presente recurso de amparo.

3. La demanda de amparo plantea los siguientes motivos:

a) El primero de ellos, la «vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su vertiente de acceso a los recursos del artículo 24.1 de la Constitución y vulneración del principio *pro actione*»: señala la demanda a este respecto que «la providencia de 15 de julio de 2020 adolece de una falta de motivación por cuanto que no da una explicación óptima de por qué se inadmite el incidente de nulidad de actuaciones y la admisión a trámite del recurso de casación, esto ha supuesto una vulneración del derecho a la tutela judicial en su vertiente de acceso a los recursos por incumplimiento del deber de motivación de las resoluciones judiciales consagrado en el artículo 120.3 de la Constitución. La providencia solo se limita a decir que no se cumplen con los requisitos de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, pero no hace un análisis ni del escrito promoviendo el incidente de nulidad de actuaciones ni del escrito de preparación del recurso de casación».

Cita en su apoyo la STC 96/2015, de 25 de mayo, FJ 3, sobre el canon de control por posible vulneración del derecho al recurso (art. 24.1 CE), incluyendo la inadmisión de un incidente de nulidad de actuaciones que si bien no es técnicamente un recurso, la doctrina de este tribunal viene situando en esta faceta del derecho a la tutela judicial efectiva; pasando a referirse a la providencia que inadmitió su recurso de casación (providencia que data por error en el 19 de septiembre de 2019) para discrepar, como ya lo hizo en el escrito de nulidad presentado ante el Tribunal Supremo, sobre el razonamiento esgrimido para acordar esa inadmisión. Cierra este primer motivo de la demanda de amparo pidiendo a este tribunal que ordene al Tribunal Supremo dictar una resolución que sea respetuosa con el derecho vulnerado.

b) El segundo motivo alega la «vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución por falta de motivación en relación con el artículo 120.3 de la Constitución y por falta de proporcionalidad de la sanción»: dice el escrito «que la providencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo inadmitiendo a trámite el recurso de casación, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia y la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y la resolución sancionadora de la Delegación del Gobierno en Madrid carecen de motivación infringiendo el artículo 120.3

de la Constitución que impone que las sentencias han de ser siempre motivadas, esto ha dado lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución. Se trata, por tanto, de una falta de motivación que se ha ido arrastrando desde la resolución administrativa y que se denunció en la demanda de recurso contencioso administrativo»; además de la infracción de normas de legalidad ordinaria. Afirma que la recurrente llevaba ya cinco años en España, empadronada en Alcobendas y trabajando como empleada de hogar, a la fecha de incoación del expediente sancionador, el 13 de octubre de 2017. Tiene «hijos en Nicaragua, los cuales dependen de ella económicamente, pues les manda dinero de forma periódica, extremo también acreditado». Añade que tanto la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo como la del tribunal de apelación carecen de la debida motivación, y critica a renglón seguido la interpretación efectuada por la STJUE de 23 de abril de 2015 de las reglas de la Directiva de retorno, que considera «profundamente equivocada».

En el suplico de la demanda se pide que este tribunal dicte resolución que otorgue el amparo solicitado, declarando la nulidad de la resolución administrativa y de las resoluciones judiciales impugnadas, con retroacción de las actuaciones «al momento procesal anterior al que se dictó la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid para que por ese órgano judicial se dicte sentencia que sea respetuosa con el derecho vulnerado, dictándose una sentencia debidamente motivada. Alternativamente se interesa que se anule la providencia de 15 de julio de 2020 y la providencia 19 de septiembre de 2019 [11 de mayo de 2020] de la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y se ordene que el recurso de casación sea admitido a trámite o que el Tribunal Supremo dicte una resolución respetuosa con el derecho vulnerado».

4. La Sección Primera, Sala Primera, de este Tribunal Constitucional, dictó providencia el 21 de abril de 2021 por la que acordó admitir a trámite el recurso, «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)] porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b)]».

En la misma resolución se acordó también dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid, a fin de que en un plazo no superior a diez días remitieran certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes, respectivamente, al recurso de casación núm. 7788-2019, al recurso de apelación núm. 572-2019 y al procedimiento abreviado núm. 148-2018. Asimismo, se requirió a este último órgano judicial para que procediera a emplazar en el plazo de diez días a quienes hubieran sido parte en el procedimiento referenciado, excepto a la parte recurrente en amparo, por si querían comparecer en el presente proceso constitucional. Con notificación de dicha resolución al abogado del Estado, en representación de la administración interesada, «que le servirá de emplazamiento, para que en el plazo diez días pueda comparecer, si lo estima pertinente en este proceso constitucional, con traslado asimismo y a dichos efectos de copia de la demanda presentada».

5. Por medio de escrito presentado en el registro de este tribunal el 11 de mayo de 2021, el abogado del Estado solicitó se le tuviera como parte en el presente recurso de amparo, en la representación que ostenta, entendiéndose con él los posteriores trámites del procedimiento.

6. Con fecha 21 de mayo de 2021, la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este tribunal dictó diligencia de ordenación por la que, de un lado, decidió tener por

personado y parte al abogado del Estado, y de otro lado acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, a fin de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes conforme con lo previsto en el art. 52 LOTC.

7. La representación procesal de la recurrente en amparo presentó su escrito de alegaciones el 21 de junio de 2021, ratificándose en su escrito de demanda y añadiendo que «el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó el 8 de octubre de 2020 sentencia del asunto C-568/19 en la que declaró que 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. También añade que el Estado miembro no podrá basarse directamente en dicha directiva para adoptar una decisión de retorno respecto del extranjero en el procedimiento que se tramite»; con cita de las SSTC 133/1999, de 15 de julio; 195/2005, de 18 de julio, y 218/2005, de 12 de septiembre, sobre el principio de legalidad sancionadora.

8. En la misma fecha presentó su escrito de alegaciones el abogado del Estado, en el que interesó se inadmitiese el recurso de amparo «por haberse interpuesto fuera de plazo», y subsidiariamente se desestimase el mismo íntegramente.

a) A fin de fundamentar su petición, y luego de realizar un resumen del proceso a *quo* y de la demanda de amparo, el representante de la administración plantea la inadmisión del recurso por su extemporaneidad, por cuanto frente a la providencia del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación de la recurrente, esta alegó en el incidente de nulidad de actuaciones «la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no reconocerle a la recurrente su derecho a ser no sancionada o, todo lo más, a serlo quizá de otra manera, mediante multa, o a que se le aplicara el sistema de fuentes, o la supuesta infracción del principio de proporcionalidad en la aplicación del derecho administrativo sancionador (art. 25 de la CE) –alegada ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo–; y sobre todo por no motivar suficientemente las decisiones adoptadas, [lesiones que] se habrían producido ya con anterioridad a la última resolución judicial, que fue la providencia del Tribunal Supremo citada. Pretendidas infracciones de derechos fundamentales acaecidas, podría decirse, conforme a la posición de la parte demandante, incluso desde la resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid, de 24 de enero de 2018, pues tanto esta última como las resoluciones judiciales posteriores habrían incurrido en las vulneraciones del derecho fundamental que la parte recurrente invoca, y que combatió ya en las resoluciones judiciales recaídas con posterioridad, con ocasión de la impugnación de aquella. Luego, 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) [...]; 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».

Con cita del ATC 198/2010, de 21 de diciembre, FJ 4 –sobre el requisito del agotamiento de la vía judicial previa–, finaliza este punto diciendo que «desde que se dictó esa providencia de inadmisión de la casación y el momento de la interposición del recurso de amparo, en fecha, al menos tomando aquella en la que el recurrente firma el recurso: 8 de septiembre de 2020, transcurre con mucho el plazo previsto en los arts. 43.1 y 44.2 de la LOTC. Por lo cual, el recurso de amparo sería extemporáneo, lo que acarrearía su inadmisión».

b) Ya en cuanto al fondo de la demanda de amparo, y partiendo del dato de que la recurrente ha venido realizando una crítica de la STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14), el escrito de alegaciones del abogado del Estado niega que dicha resolución haya cometido un error de apreciación en cuanto al objeto de la cuestión prejudicial que planteaba el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, defendiendo la corrección de

los argumentos del tribunal europeo, siendo que este caso trata de una «expulsión acordada por las autoridades españolas, administrativa y judicial, como reacción jurídica ante la constatación de una situación o conducta consistente en una estancia irregular, es decir, el supuesto de hecho configurado por el art. 53.1 a) de nuestra LOEx. Aplicándole como prevé la misma ley en su art. 57.1 y 3, como hemos dicho, e interpretando el cómo y el cuándo debe aplicarse este precepto, siempre de conformidad con el criterio sentado por la STJUE de 23 de abril de 2015».

Y respecto a las circunstancias personales alegadas por la recurrente para que se sustituyera la expulsión por una multa, como su arraigo en España, precisa el escrito de alegaciones que no fueron valoradas positivamente por las resoluciones judiciales impugnadas, «en su posición de intermediación (art. 117 de la CE)», por lo que el control de esta jurisdicción constitucional de amparo resulta en todo caso externo, comprobando solo «si se han incurrido o no en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irracionalidad lógica [...]. Lo que, a nuestro juicio, no es el caso». El abogado del Estado no hizo referencia a ninguna otra sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

9. Con fecha 9 de julio de 2021 presentó finalmente sus alegaciones el fiscal ante este Tribunal Constitucional, en el que interesó que se estimase el recurso de amparo planteado, declarando que se ha vulnerado «el derecho a la tutela administrativa y judicial del art. 24.1 CE» por las resoluciones administrativa y judiciales impugnadas, incluyendo las dictadas por el Tribunal Supremo, con «retroacción de las actuaciones al momento anterior a la imposición de la sanción para que por la administración se adopte una nueva resolución acorde con el derecho de la recurrente».

a) Luego de hacer un resumen de los antecedentes de hecho del proceso *a quo*, y de lo argumentado en la demanda de amparo, advierte en primer lugar el fiscal, como consideración general, que se trata de un recurso de amparo mixto que achaca a la resolución administrativa un déficit de motivación, y la falta de tutela judicial efectiva de las resoluciones judiciales «que no subsanaron la falta de motivación». El orden de examen de esas quejas debe principiar por tanto «por aquella cuya posible estimación pueda tener un mayor alcance en el proceso de origen del que trae causa el recurso».

b) Sobre la queja de falta de motivación de los actos impugnados, luego de recordar lo que afirma la demanda y las sentencias recurridas, el fiscal cita las SSTC 131/2016, de 18 de julio, FJ 6, y 29/2017, de 27 de febrero, FJ 3, acerca del alcance de la garantía de motivación en este ámbito, y razona que la recurrente había aducido su arraigo al llevar en España cinco años, estar empadronada en Alcobendas y con un trabajo como empleada de hogar, además de haber iniciado los trámites para un permiso de residencia y trabajo, careciendo de antecedentes penales y con hijos que residen en Nicaragua y que dependen del dinero que les envía. Así las cosas, «[e]l hecho de que la administración ignorara completamente las alegaciones de la recurrente, omitiendo su valoración, determina, que deba concluirse que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones sancionadoras. Por ello, la sanción de la administración es el resultado del ejercicio arbitrario de la potestad sancionadora de la administración que no ha tenido en cuenta la situación de la recurrente». Tampoco la sentencia de instancia ha tenido en cuenta que conforme al art. 55 LOEx la sanción ha de ajustarse «a criterios de proporcionalidad "valorando el grado de culpabilidad y, en su caso el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia"», lo que no se observa en la resolución administrativa.

En cuanto a la falta de motivación que, dice el fiscal, la demanda atribuye a las sentencias y providencias impugnadas, debe advertirse que estas últimas no resolvieron el fondo del recurso de casación sino que lo inadmitieron. Respecto de las sentencias, que sí resuelven el fondo, el escrito resume la *ratio decidendi* de ambas y se refiere a continuación a la STJUE de 23 de abril de 2015, aplicada por aquellas, cuya doctrina asumió a su vez la sentencia de la Sección Quinta, Sala Tercera del Tribunal Supremo



de 12 de junio de 2018, consecuencia de lo cual, «los órganos judiciales de instancia y apelación dejaron de aplicar la normativa nacional sobre extranjería y aplicaron directamente la Directiva de retorno que prevé el retorno [sic] de los no nacionales que se encuentren en situación de estancia irregular que conlleva la salida del territorio Schengen». Sin embargo, prosigue diciendo el fiscal, «esta interpretación ha sido recientemente desautorizada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 8 de octubre de 2020 a consecuencia de la cuestión prejudicial promovida por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020, asunto C-589/2019», de la que reproduce el fallo, y de la que añade tuvo su reflejo en la sentencia de la misma Sección Quinta, Sala Tercera, del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2021, en el sentido de que la medida de expulsión solo procede si se acreditan circunstancias agravantes además de la estancia irregular, y que además no cabe efectuar una aplicación directa de la Directiva de retorno al no reconocer el efecto vertical o inverso de las directivas; cuestión esta última que ya había sido previamente fijada por el Tribunal de Justicia y que «las sentencias de instancia y apelación desconocen», por lo que «han vulnerado el [...] derecho a la tutela judicial efectiva» de la recurrente. Añade que los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen efectos *ex tunc*, salvo que dicho tribunal haga uso de la facultad excepcional de limitar sus efectos en el tiempo, como ha sido reconocido por este Tribunal Constitucional en la STC 145/2012, de 2 de julio.

c) Continúa diciendo el fiscal en su escrito de alegaciones que la «vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en los términos mencionados se traduce, igualmente, en que la resolución administrativa y las resoluciones judiciales de instancia y apelación hayan desconocido el principio de proporcionalidad de la sanción», precisamente porque no atienden a lo declarado por la STJUE de 8 de octubre de 2020 en cuanto a ponderar las circunstancias concurrentes en el caso, en concreto las agravantes, para poder imponer la medida de expulsión. Exigencia esta que, añade, «ya estaba presente en la doctrina de este Alto Tribunal, por todas STC 212/2009, de 26 de noviembre, respecto de la aplicación del principio de proporcionalidad respecto de la expulsión de no nacionales», con reproducción de su fundamento jurídico 4. Sin embargo, tal ponderación «está ausente en la resolución administrativa que se limitó a señalar el hecho, calificarle jurídicamente y aplicar la sanción de expulsión», como también sucede en las resoluciones judiciales, limitándose a decir que no concurrían los supuestos de excepción de la directiva, «y ello, a pesar de que la sentencia de instancia declara que no existe otro dato negativo de la recurrente que su estancia irregular en España». Tras formular algunas consideraciones sobre las críticas que la recurrente realiza a la STJUE de 23 de abril de 2015, insiste en que los tribunales han aplicado directamente la Directiva 2008/115/CE, lo que no era posible conforme el mismo tribunal europeo aclaró en su sentencia de 8 de octubre de 2020.

d) Sobre la queja de la demanda de amparo relativa a la denuncia de vulneración del derecho al recurso (art. 24.1 CE) con relación a las providencias dictadas por la Sección Primera, Sala Tercera, del Tribunal Supremo, luego de resumir los argumentos de la recurrente y los motivos expresados en primer lugar por la providencia de 11 de mayo de 2020 para inadmitir su recurso de casación, cita el fiscal la STC 252/2004, de 20 de diciembre, con reproducción del fundamento jurídico 3, sobre esta vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el canon de control constitucional limitado a la «arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente» de la resolución. Extrae de ello que «ninguno de estos reproches se aprecia en la providencia por la que se inadmite el recurso de casación pues el Tribunal Supremo expresa las causas por lo que [sic] entiende que no existe interés casacional». Del mismo modo, en cuanto a la impugnada providencia de 15 de julio de 2020 del Tribunal Supremo (que inadmitió el incidente de nulidad contra la anterior providencia), de su lectura «se puede comprobar que contiene una motivación y no ha incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica ya que expone una serie de razones por las que la inadmisión del recurso de casación no ha vulnerado el derecho a la tutela judicial

efectiva del recurrente [...]. Es cierto que dicha argumentación choca con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020, pero [...] es anterior [...] a la fecha en la que se dictó la STJUE, por lo que el Tribunal Supremo fue congruente con su propia doctrina [...], pero a más a más el Tribunal Supremo, que inadmitió el recurso de casación, no se pronunció sobre el fondo del asunto. Se ha limitado a inadmitir el recurso en base a los requisitos procedimentales de admisión del recurso de casación».

e) Vuelve finalmente el escrito de alegaciones del fiscal a la queja de falta de proporcionalidad de la sanción de expulsión y a la cita de la STC 212/2009, de 26 de noviembre, FJ 4, constatando que tanto la resolución administrativa como las dos sentencias impugnadas han dejado de aplicar dicho principio, reconociendo la de apelación que la recurrente estaba empadronada. De dichas resoluciones no cabe colegir circunstancias agravantes que justificasen la procedencia de la medida de expulsión, aplicándose con error directamente la Directiva de retorno, por lo que «procede estimarse el recurso de amparo planteado y declarar que se ha vulnerado el derecho a la tutela administrativa y judicial del art. 24.1 CE» por las resoluciones impugnadas, lo que conlleva la retroacción de las actuaciones «al momento anterior a la imposición de la sanción para que por la administración se adopte una nueva resolución acorde con el derecho de la recurrente en los términos que precedentemente se han expuesto».

10. Mediante providencia de 29 de junio de 2023, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 3 de julio de 2023.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del proceso.

La recurrente, con la argumentación que ha tenido a bien defender y que se resume en los antecedentes de esta sentencia, interpone recurso de amparo, en primer lugar, contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid que le impuso la sanción de expulsión del territorio nacional y consiguiente prohibición de retornar a España en un plazo de tres años; en segundo lugar contra las sentencias de primera instancia (Juzgado de lo Contencioso-Administrativo) y apelación (Tribunal Superior de Justicia) que confirmaron la decisión administrativa; y en tercer término y por último, contra dos providencias dictadas por la Sección Primera, Sala Tercera, del Tribunal Supremo, la primera de las cuales inadmitió su recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación, y la segunda inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la providencia anterior.

A todas esas resoluciones, la administrativa en origen y las judiciales por no reparar la lesión ya causada, achaca la vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al carecer todas ellas de una motivación suficiente que justifique 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, la cual según la demanda interpretaba de manera errónea los preceptos de la Directiva 2008/115/CE o Directiva de retorno; modificando el propio tribunal europeo su criterio en la posterior sentencia de 8 de octubre de 2020.

La queja expuesta aparece en el segundo lugar de las deducidas en su demanda de amparo, pues a ella le precede la que plantea la vulneración también del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ahora en su vertiente de derecho de acceso al recurso, en concreto respecto de las providencias ya mencionadas del Tribunal Supremo que inadmitieron su recurso de casación, pese a haber acreditado, según dice, el requisito del interés casacional exigible.

El abogado del Estado, actuando en la representación que legalmente ostenta de la administración autora de la resolución impugnada, ha interesado en su escrito, con los argumentos de los que igualmente se ha hecho resumen en los antecedentes, la inadmisión del recurso de amparo por haberse promovido este de manera extemporánea tras la interposición de un recurso manifiestamente improcedente; y subsidiariamente solicita que se desestime la demanda, considerando que fue correcta la aplicación que hicieron las sentencias recurridas, de la doctrina de la STJUE de 23 de abril de 2015.

Finalmente, el fiscal ante este Tribunal Constitucional ha formulado sus alegaciones interesando la estimación de la demanda de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, «desde la perspectiva del derecho a la motivación de las resoluciones sancionadoras», y por no haberse respetado el principio de proporcionalidad en materia sancionadora al no atender a las circunstancias personales de la recurrente, a la par que las sentencias aplicaron directamente la Directiva de retorno, contrariando con ello la jurisprudencia del propio Tribunal Europeo, tal y como este precisó en su posterior sentencia de 8 de octubre de 2020. En todo caso, rechaza que tenga razón la demanda en cuanto a la queja de lesión del derecho al recurso, porque las providencias que inadmitieron el de casación de la recurrente no son arbitrarias, irrazonables ni incurrían en error patente.

Así trabado el debate constitucional, procede que nos pronunciemos primero acerca del óbice procesal opuesto por la Abogacía del Estado en su escrito de alegaciones, en cuanto su acogimiento impediría el examen de las quejas de fondo del recurso.

## 2. Óbice a la admisibilidad del recurso.

a) Como ya se explicó en los antecedentes, el escrito del abogado del Estado sostiene que la demanda de amparo se interpuso de manera extemporánea porque la vía judicial previa se cerraba con el dictado de la providencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 2020, que inadmitió el recurso de casación planteado por la recurrente, cuya fecha de notificación (el 27 de mayo de 2020) marcaba por tanto el *dies a quo* del plazo de treinta días para presentar la demanda ex art. 44.2 LOTC. Sin embargo, continúa diciendo el abogado del Estado, en vez de venir en amparo la parte optó por presentar un incidente de nulidad contra la providencia de inadmisión, el cual resultaba manifiestamente improcedente pues se limitó a reiterar la queja de falta de motivación y de ruptura del principio de proporcionalidad de la sanción que ya venía planteando desde la primera instancia. No se cumplía por tanto con uno de los presupuestos para promover el incidente de nulidad de actuaciones, conforme al art. 241.1 LOPJ (que no se hubiera podido alegar antes la lesión), habiendo obtenido como respuesta una providencia de inadmisión de dicho incidente, el 15 de julio del mismo año, por lo que al formalizar la demanda el 8 de septiembre de 2020 se incurrió en extemporaneidad.

b) Alegado en estos términos, el óbice debe ser desestimado. De la lectura del escrito de incidente de nulidad de actuaciones presentado por la recurrente se desprende, sin dificultad dialéctica, que su representación procesal agotó correctamente la vía judicial previa al amparo:

(i) El derecho fundamental que se alegó como vulnerado en ese incidente fue el de tutela judicial efectiva, pero no en la vertiente denunciada en los grados jurisdiccionales previos (falta de motivación de la resolución sancionadora y de las posteriores sentencias), ni tampoco la lesión del principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE, sino la del derecho de acceso al recurso (art. 24.1 CE) precisamente por haberse inadmitido su recurso de casación en la providencia de la Sección Primera del alto tribunal de 11 de mayo de 2020.

Congruentemente con esa pretensión, el suplico del escrito pedía solamente la nulidad de la providencia citada, «dictándose un auto de admisión a trámite del recurso de casación continuando el trámite legalmente establecido, dándonos traslado para

formalizar el recurso de casación». No se pidió la nulidad ni del acto administrativo, ni de las resoluciones judiciales de primera instancia y apelación.

(ii) Que para fundamentar su solicitud de nulidad tuviera que aludir a los argumentos que defendía en el escrito de preparación del recurso, a fin de acreditar la concurrencia del requisito del interés casacional para la formación de doctrina (art. 88 LJCA), incluyendo la cita de sentencias anteriores (a la providencia de inadmisión) de la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y la mención a la STJUE de 23 de abril de 2015, 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 y pedir así que se admitiera a trámite.

(iii) Conforme con el carácter específico de esta queja que solo afectaba a las providencias dictadas por el Tribunal Supremo, la recurrente dedujo un primer motivo en su demanda de amparo por la lesión del derecho de acceso a su recurso de casación, cuestionando que este hubiera sido inadmitido indebidamente. Motivo autónomo y separado a su vez del que se dedica en la demanda a la falta de motivación de todas las resoluciones impugnadas, y la quiebra por todas ellas también del principio de proporcionalidad de la sanción.

La recurrente por tanto agotó correctamente la vía judicial previa a la interposición de la demanda de amparo [art. 44.1 a) LOTC], al instar la vía del incidente de nulidad de actuaciones que era la única posible ya que contra la providencia de 11 de mayo de 2020 no cabía recurso (art. 90.5 LJCA); dando así a la Sala del Tribunal Supremo la oportunidad de reparar la lesión denunciada, respetando con ello la subsidiariedad de esta jurisdicción constitucional.

3. Examen de la queja de vulneración del principio de proporcionalidad de la medida de expulsión. Aplicación de la doctrina de la STC 47/2023, de 10 de mayo. Estimación de la demanda.

Desestimado así 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 principiar por la queja de falta de motivación y la quiebra de la proporcionalidad de la medida de expulsión impuesta a la recurrente.

Dicho motivo de impugnación debe ser estimado, se adelanta desde ya, conforme a las siguientes razones:

a) El presente recurso de amparo se integra dentro de una serie de recursos admitidos a trámite por este tribunal, en los que se plantea el mismo problema constitucional: órdenes administrativas de expulsión de España de nacionales extranjeros, con la consiguiente prohibición de retorno a nuestro país en un plazo determinado, por haber cometido la infracción tipificada en el art. 51.3 a) LOEx, encontrarse irregularmente en España por carecer de permiso de residencia o autorización expedida por la autoridad competente. La medida de expulsión resulta impugnada en estos recursos aduciendo la quiebra del principio de proporcionalidad de la medida sancionadora, al entender que el juego conjunto de los arts. 55.1 b) y 57.1 LOEx, y un correcto entendimiento de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, o Directiva de retorno, permiten a la administración competente decretar una medida de multa en vez de la expulsión, al no concurrir circunstancias personales de agravación de la propia situación de estancia irregular del afectado que justifiquen la expulsión.

El recurso de amparo cabecera de dicha serie, núm. 1060-2010, ha sido resuelto por la sentencia del Pleno de este tribunal 47/2023, de 10 de mayo, declarando en su fallo el reconocimiento de haberse vulnerado el derecho fundamental de la parte recurrente a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE. En dicha sentencia, fundamento jurídico 3, este tribunal ha pasado revista al marco regulador interno (LOEx) habilitante de las posibles sanciones aplicables; a los principales preceptos de la Directiva 2008/115/CE, y a la doctrina que ha ido fijando paulatinamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta al planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales por parte de los tribunales españoles, acerca de la compatibilidad entre dicha directiva y su trasposición en el año 2009 a las disposiciones de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. En concreto, nos referimos a las sentencias de 23 de abril de 2015, asunto Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa c. Samir Zaizoune, C-38/14; de 8 de octubre de 2020, asunto MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo, C-568/19, y de 3 de marzo de 2022, asunto UN c. Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, C-409/20; así como también diversos pronunciamientos de la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo en estos mismos años, con el fin de adecuarse a la doctrina del Tribunal de Justicia.

Más adelante, en el fundamento jurídico 4, la citada STC 47/2023 ha recordado la doctrina constitucional existente sobre el derecho a la legalidad sancionadora, como vertiente material del art. 25.1 CE, y tras ello, al hacer aplicación de toda la doctrina invocada al caso concreto, constatamos que:

«La resolución que acuerda la expulsión no alude en su motivación a ninguna circunstancia agravante o negativa que pudiera concurrir en la recurrente; las resoluciones judiciales tampoco reflejaron ningún elemento negativo y confirmaron la resolución de expulsión basándose en la ausencia de arraigo de la ahora demandante de amparo.

En efecto, 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).

Nuestro régimen de extranjería solo justificaba y justifica la sanción de expulsión para los casos de estancia irregular, en lugar de la sanción de multa [art. 55.1 b) LOEx], "en atención al principio de proporcionalidad [...], previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción" (art. 57.1 LOEx). La compatibilidad de este régimen con la normativa comunitaria fue aclarada por la citada STJUE de 8 de octubre de 2020, cuyo fallo dispuso que "cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes".

Por tal motivo, con independencia de la interpretación que la jurisdicción ordinaria efectúe sobre la aplicabilidad de la sanción de multa para los supuestos de mera estancia irregular, debe concluirse que, al imponer la administración la sanción de expulsión, se infringió la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora de la recurrente a causa de una aplicación irrazonable de la norma sancionadora. 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 concurriera 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.

La apreciación de la vulneración invocada conduce a otorgar el amparo solicitado por la demandante [art. 53 a) LOTC].»

b) La doctrina de la STC 47/2023 ha sido aplicada ya en resoluciones posteriores de este tribunal, con el resultado de declarar la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora en las SSTC 70/2023 (recurso de amparo núm. 5731-2020) y 71/2023 (recurso de amparo núm. 5744-2020) ambas de 19 de junio.

Asimismo, en las SSTC 53/2023 y 55/2023, ambas de 22 de mayo, también con aplicación de la STC 47/2023, se ha declarado en el fallo la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), al apreciarse que la quiebra del principio de proporcionalidad de la medida sancionadora también derivaba de una motivación insuficiente de los actos impugnados.

En esta situación se encuentra precisamente el asunto planteado por la demandante del presente recurso de amparo, tal y como ha alegado en sus distintos escritos procesales, como de inmediato se dirá.

c) En efecto, el examen de las actuaciones revela que la resolución administrativa y las judiciales impugnadas carecen de un juicio de ponderación idóneo, tanto formal como material, para poder sostener válidamente la inexorabilidad de la medida de expulsión:

(i) En la resolución de la delegada del Gobierno en Madrid, en primer lugar, no se efectúa ninguna ponderación entre las sanciones de multa y expulsión, contemplándose como única posible esta segunda, que es la que impone. No se anota ninguna circunstancia agravante personal de la recurrente, distinta de la propia atribuida a la situación de estancia irregular en España.

(ii) Posteriormente, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid confirmó la orden de expulsión argumentando que si bien los arts. 55 y 57 LOEx permiten la posibilidad de castigar la estancia ilegal con multa y no con expulsión, debía acogerse sin embargo el criterio fijado por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018, la cual aplicaba a su vez la doctrina de la STJUE de 23 de abril de 2015, de que solo procede la expulsión, y ello a pesar de que el juzgado reconoce que «a la recurrente no le consta ningún otro hecho negativo más allá de la estancia irregular».

(iii) Por su lado, la sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso de apelación promovido por la recurrente, aduciendo que en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y su aplicación respecto de la Directiva 2008/115/CE, y a lo resuelto por la STJUE de 23 de abril de 2015, únicamente podía imponerse la medida de expulsión. Es decir, el tribunal de apelación defendió la aplicación de un efecto directo inverso de la directiva en cuestión, que es algo no permitido por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo, como se encargó de advertir él mismo en su STJUE de 8 de octubre de 2020.

(iv) Finalmente, la providencia dictada por la Sección Primera, Sala Tercera, del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 2020 que inadmitió a trámite el recurso de casación interpuesto por la misma recurrente contra la sentencia de apelación (y confirmada por otra providencia posterior de 15 de julio del mismo año), no solamente fundó su decisión en el incumplimiento en el escrito de preparación del requisito de acreditar el requisito

del interés casacional objetivo (art. 88 LJCA), sino que además razonó que (materialmente) el asunto carecía de dicho interés, «habiendo sido dictadas sobre la cuestión controvertida y en sentido desfavorable a su pretensión las STS 980/18, de 12 de junio, recurso núm. 2958-17; STS 1716/18, de 27 de noviembre, recurso núm. 5819-17; STS 1817/18, de 19 de diciembre de 2018, recurso núm. 5248-17; STS 1818/18, de 19 de diciembre, recurso núm. 6533-17». Tampoco aquí se desplegó juicio de ponderación concreto alguno.

d) Se sigue de lo expuesto que falta en todas las resoluciones impugnadas en el presente recurso de amparo el necesario juicio de ponderación entre las dos medidas teóricamente impondibles por la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la multa o la expulsión, por los hechos atribuidos a la recurrente que tipifican la conducta sancionable [art. 53.1 a) LOEx], y la ausencia de circunstancias personales negativas en el expediente, distintas a la de la propia situación de estancia irregular en España. La toma en consideración de ese hecho (no constar otras circunstancias negativas) debió tener como resultado en aplicación del principio de proporcionalidad de la medida sancionadora (arts. 55 y 57 LOEx), la imposición solamente de una multa.

Y ello al margen de que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación hayan entendido, por otro lado, que la recurrente no logró demostrar el tiempo de arraigo en España tal y como lo había alegado, pronunciamiento que no cabe que revisemos aquí al ser propio de un juicio de legalidad ordinaria [art. 44.1 b) *in fine* LOTC]. Esa situación de arraigo podría acaso erigirse en un factor añadido más para la no imposición de la expulsión; pero lo determinante, repetimos y así lo hemos declarado en la STC 47/2023, es que la ausencia de datos negativos (como puede ser la reincidencia, o la acreditada comisión de actos ilícitos, etcétera) en el expediente resulta suficiente para que no proceda la expulsión, ya que no hay circunstancias agravantes que justifiquen su imposición; eventualmente sí una multa a su vez de importe proporcionado.

e) Como indicamos en el fundamento jurídico 3, último párrafo, de las SSTC 53/2023 y 55/2023, los actos aquí impugnados «parten de una interpretación de la Directiva de retorno que este tribunal ha declarado ya errónea por no ajustarse a la interpretación auténtica que de la misma han verificado las SSTJUE de 8 de octubre de 2020 y de 3 de marzo de 2022. Estamos por ello ante un caso de denegación de tutela judicial efectiva del legítimo interés de la recurrente a no sufrir una sanción desproporcionada e inmotivada, interés conectado con el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, cuya trascendencia material exige como remedio necesario la anulación definitiva de los actos lesivos».

f) Se estima por tanto la segunda queja de la demanda, otorgando el amparo que se nos solicita, declarando vulnerados los derechos fundamentales de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE). Se acuerda como medida para la reparación de estos derechos la nulidad de todas las resoluciones impugnadas, sin necesidad de acordar la retroacción de las actuaciones a ninguna fase jurisdiccional o administrativa, como pedía el fiscal ante este tribunal.

La estimación de este motivo de la demanda releva a su vez de tener que acceder al estudio de la queja primera, planteada por vulneración del derecho de acceso al recurso (art. 24.1 CE) por la inadmisión del recurso de casación preparado por la parte.

#### 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 doña Noemí López Madariaga y, en su virtud:

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

2.º Restablecerle en esos derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de las siguientes resoluciones: (i) la dictada por la delegada del Gobierno en Madrid el 24 de enero de 2018, expediente de expulsión núm. 280020180001035; (ii) la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 16 de Madrid, de 5 de marzo de 2019 (proceso abreviado núm. 148-2018 Grupo E); (iii) la sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 30 de septiembre de 2019 (recurso de apelación núm. 572-2019); (iv) la providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 11 de mayo de 2020 (recurso de casación núm. 7788-2019); y (v) la providencia de la misma sala y sección del Tribunal Supremo, de 15 de julio de 2020, dictada en el mismo procedimiento de casación.

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

Dada en Madrid, a tres 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.