

---

## SENTENCIA 87/2023, de 17 de julio

---

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. 2353-2022, promovido por doña Marelyn Franllely Familia Lugo, contra los siguientes actos de los poderes públicos: (i) la resolución de la Delegada del Gobierno en Madrid, de 21 de agosto de 2019, acordando la expulsión de España de la recurrente y la prohibición de retorno al territorio nacional en el plazo de tres años; (ii) la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid, de 13 de julio de 2020, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquella resolución; (iii) la sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de mayo de 2021, que desestimó el recurso de apelación promovido contra la sentencia anterior; y (iv) la providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 2022, que inadmitió el recurso de casación preparado contra la sentencia de apelación. 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 4 de abril de 2022, el procurador de los tribunales don Abelardo Miguel Rodríguez González, actuando en nombre y representación de doña Marelyn Franllely Familia Lugo, bajo la defensa del letrado don Jaime Fabricio Cros Cecilia, 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 21 de agosto de 2019, la delegada del Gobierno en Madrid (expediente núm. 280020190012635) decretó la expulsión de España de la recurrente, nacional de República Dominicana, con la prohibición de poder retornar al territorio nacional en un plazo de tres años “a contar desde la fecha en que se lleve a efecto”. Se le atribuye la comisión de una infracción

grave prevista en el art. 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), esto es: “encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”. Conforme a los hechos que describe la resolución:

“Al ser requerido por fuerzas policiales, el día 30/04/2019 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.

[...] comprobadas las bases de datos de extranjeros de este Centro así como de la Dirección General de la Policía no consta que haya solicitado y se halle pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo, no acreditándose por otra parte que tenga un especial arraigo familiar o social en nuestro país”.

b) Contra la resolución de expulsión formalizó recurso contencioso-administrativo.

(i) Se alega en la demanda en primer lugar la falta de motivación del acto impugnado, toda vez que de los arts. 53.1 a), 57.1 y 55.3 LOEx se deriva que la sanción aplicable por estancia ilegal en España es en principio la de multa, y que para poder imponer la de expulsión resulta necesario que la administración motive de forma individualizada el porqué de su procedencia, cosa que no se ha hecho aquí. Se refiere luego a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, en interpretación 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. Argumenta la demanda que esta sentencia no modifica el criterio que había sustentado el propio Tribunal Europeo en resoluciones anteriores, aceptando la posibilidad de que la estancia ilegal se pueda castigar con una multa (cita la STJUE de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11, relativo al régimen sancionador en Italia), y advierte que no hay respecto de la recurrente ningún dato negativo que justifique su expulsión.

(ii) En segundo lugar se alega en la demanda la vulneración del “criterio o principio de proporcionalidad”, en el sentido de que si se estimase que la recurrente había cometido el ilícito que se le atribuye, la sanción que debe aplicársele ha de ser la más favorable, conforme al mencionado criterio de proporcionalidad al que se refiere el art. 55.3 LOEx. Señala también que la medida de expulsión no aparece como “objetivamente imprescindible para garantizar unos hipotéticos bienes o intereses generales o constitucionales”, con cita de las SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, y 161/1997, de 2 de octubre, sobre aplicación del principio de proporcionalidad.

En todo caso, sostiene la recurrente que concurre el supuesto del art. 5 b) de la Directiva de retorno en cuanto a la consideración del factor “vida familiar” para ponderar si procede o no la

devolución (expulsión), defendiendo que tiene arraigo en España, “social, laboral y familiar (más de cuatro años en España, contando con trabajo y familia)”. En el bloque de los hechos de la demanda se dice que se presentó un informe de arraigo para solicitar autorización de residencia temporal; además, remacha, en esos cuatro años no ha cometido ningún delito ni ilícito.

En el suplico se solicita que se dicte sentencia que declare no ser conforme a Derecho la resolución impugnada, revocándola, “no imponiendo ninguna sanción”; y “se conceda al ciudadano extranjero una autorización de residencia por circunstancias excepcionales de arraigo social”.

c) El Juzgado de lo Contencioso–Administrativo núm. 4 de Madrid, encargado del caso (procedimiento abreviado núm. 496–2019 —IX—), dictó sentencia el 13 de julio de 2020 desestimando el recurso contencioso–administrativo interpuesto, “al considerar ajustada a Derecho la resolución administrativa impugnada”. Basa su decisión, ante todo, en el fundamento de Derecho segundo, sentando como principio que:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 57.1 de la citada ley orgánica, la infracción grave prevista en el artículo 53.1 a) de esa misma Ley puede ser sancionada, ‘en atención al principio de proporcionalidad’, bien con multa de 501 hasta 10 000 € (art. 55.1 b de la propia LO 4/2000) o bien con la expulsión, sanción esta que llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período que no excederá de cinco años (art. 58.1) o de diez, en los supuestos excepcionales contemplados en el artículo 58.2 de la misma ley”.

Sin embargo, razona en el fundamento de Derecho tercero, que a resultas de lo resuelto por la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C–38/14, ha de entenderse que:

“Declarada así la oposición de la normativa comunitaria —Directiva 2008/115— a la posibilidad de sancionar, únicamente, con multa la conducta tipificada como infracción grave por el artículo 53.1 a) de la LO 4/2000 y dado el carácter vinculante y preferente de las disposiciones comunitarias, que obliga a los jueces nacionales a su aplicación prevalente (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 1991), la pretensión de la parte recurrente ha de ser desestimada, ya que, como se ha dicho antes, esa pretensión persigue, precisamente, la sustitución de la sanción de expulsión por la de multa, en atención al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que: (i) desaparecida la posibilidad de sustituir la sanción de expulsión por una multa, queda desprovista de toda eficacia la alegación referida a una supuesta falta de motivación; (ii) que las circunstancias contempladas en el artículo 5 de la citada Directiva (interés superior del niño, vida familiar o estado de salud del extranjero), que en este caso ni siquiera se intentan acreditar porque prácticamente tampoco se alegan, han de ponerse en relación con el principio de no devolución (como así lo pone de manifiesto el propio título de dicho precepto), principio del derecho internacional que no resulta de aplicación a este supuesto, por referirse a la prohibición impuesta a los países que reciben refugiados de devolverlos a otro país en el que corran el riesgo de ser perseguidos (por motivos de raza, religión, nacionalidad, etc.), lo que no es el caso porque nada de eso se ha acreditado;

(iii) que una vez dictada la decisión de retorno, la Directiva 2008/115 solamente permite prorrogar el plazo de salida ‘durante un tiempo prudencial’ atendidas las circunstancias concretas del caso, tales como la duración de la estancia, la existencia de niños escolarizados o la existencia de vínculos familiares y sociales (art. 7.2), en ningún caso la permanencia indefinida en situación irregular con fundamento en alguna de esas circunstancias, siendo así que en este supuesto no se está solicitando esa prórroga, sino directamente la anulación de la orden de expulsión, lo que no puede ser acogido por vulnerar lo dispuesto en la mencionada Directiva y representar una merma considerable del efecto útil que con ella se persigue; y (iv) que en virtud del principio de ‘eficacia directa vertical’, la falta de trasposición de una directiva comunitaria no puede servir de excusa para su inaplicación, cuando, como es el caso de la Directiva 2008/115, su contenido sea claro, preciso e incondicional, en el sentido de establecer una obligación concreta y desprovista de ambigüedad (artículos 10 y 249 del Tratado de la Unión Europea y sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 152/1984 y 190/87, entre otras), principio que resulta aplicable, no solo para el supuesto de falta de trasposición, sino también para cuando, efectuada la trasposición, se haya realizado de forma incompleta o deficiente en la legislación interna, como sería el caso”.

Criterio de la STJUE de 23 de abril de 2015 que, añade, ha sido acogido por la Sala Tercera del Tribunal en una sentencia de 28 de enero de 2019. Volviendo a las actuaciones relativas a la aquí recurrente, afirma que:

“Por último, ni consta en el expediente administrativo, ni se ha acreditado por la parte recurrente, que la demandante estuviera ‘al tiempo de la incoación pendiente de resolverse una solicitud de residencia o trabajo’, como se dice en la demanda (por el contrario, lo que figura en el expediente es que fue detenida por agredirse ella y su pareja mutuamente y, en el acuerdo de iniciación del procedimiento de expulsión, que consultados los servicios policiales, le constaba una detención anterior por atentado a agentes de la autoridad y un procedimiento de expulsión archivado, ‘careciendo por lo tanto de cualquier tipo de permiso de residencia legal en España’”).

d) Contra la sentencia de primera instancia la aquí demandante de amparo interpuso recurso de apelación. En dicho escrito alegó que “la sentencia no ha justificado en sus fundamentos de Derecho que la resolución administrativa haya sido debidamente motivada en cuanto a la imposición de una medida tan gravosa y excepcional como la expulsión de territorio nacional, vulneración del principio de proporcionalidad que en este caso es más que flagrante. La falta de justificación de la necesidad objetiva de la medida para asegurar un bien o interés constitucional y la concurrencia de unas circunstancias que conforman que la sanción de expulsión acordada sea totalmente injustificada y desproporcionada”.

A continuación recuerda que como ya adujo dicha parte en la demanda de primera instancia, la resolución administrativa no motivó la medida de expulsión impuesta a la recurrente, cuando lo procedente en su caso era una multa ya que “[e]n el presente caso, ninguna mención se ha hecho a ninguna otra circunstancia que no sea la mera permanencia irregular del interesado, sin que conste en el expediente administrativo ningún otro hecho o circunstancia agravante”. E

insiste en que “no habiéndose motivado ni por la resolución administrativa ni por la sentencia cuál es la causa que llevó a imponer la sanción de expulsión, se ha incurrido en una causa de nulidad de la resolución recurrida”.

Sobre la STJUE de 23 de abril de 2015 trae a colación lo afirmado en la demanda de primera instancia, respecto a que no modificó el criterio precedente del propio Tribunal de Justicia que permitía sancionar con multa (de nuevo con cita de la STJUE de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11). Reconociendo que hay incompatibilidad entre la Directiva 2008/115/CE y su transposición en 2009 en la LOEx, reitera la recurrente la necesidad de una interpretación favorable a la aplicación de la sanción menos severa, la de multa, que es en nuestro ordenamiento la sanción principal, sin que resulte posible esgrimir una eventual eficacia directa de la Directiva de retorno pues “no puede generar obligaciones para el particular frente al Estado que no la ejecutó en plazo o de forma adecuada”. Añade que la imposición de una multa permite al afectado regularizar su situación, lo que no sería posible si, como impone la Directiva pero no la LOEx, el procedimiento tuviera que acabar en expulsión; y “volviendo a la Directiva de retorno, creemos que interpretar, como ha hecho aquí la sentencia apelada, la normativa española en el sentido de que siempre que un extranjero es encontrado en situación irregular procede la sanción de expulsión, es algo que excede del margen de discrecionalidad que conceden las herramientas hermenéuticas contempladas en nuestro Derecho a los operadores jurídicos”.

Afirma también la recurrente que “dejar inaplicable el Derecho interno, ya sea mediante la aplicación directa de la Directiva, ya sea mediante una interpretación conforme [...] propugnando la imposibilidad de no sancionar nunca con multa supuestos de estancia irregular, supondría una violación de los principios de seguridad jurídica y legalidad sancionadora, recogido este último en los artículos 49 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y 25 de la Constitución Española, en la medida en que supone la imposición de la sanción o medida de expulsión del territorio nacional, siempre y en todo caso, más gravosa que la sanción de multa inicialmente prevista por la ley española, que solo puede ser sustituida por la expulsión cuando así venga impuesto por la aplicación del principio de proporcionalidad”.

Centrado en este último principio —en la eventualidad de que se considere a la recurrente autora de la infracción que le imputa la administración—, se reitera la cita del art. 55.3 LOEx; que la medida de expulsión era desproporcionada; con su imposición no se satisfizo un bien o interés constitucional; y que la sentencia apelada incurre en incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre esto, de nuevo —como en la demanda de instancia— con cita de las SSTC 207/1996 y 161/1997. Y reitera igualmente que procedía la aplicación del art. 5 b) de la Directiva de retorno, al haber acreditado su arraigo familiar, laboral y social.

El suplico del escrito de apelación solicita una sentencia estimatoria que acuerde la nulidad de la resolución de la Delegada del Gobierno en Madrid que decretó la expulsión de la recurrente, con prohibición de retorno en el plazo de tres años; y subsidiariamente se acuerde la imposición de una multa en su cuantía mínima.

e) La Sección Décima de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que recayó el conocimiento del asunto (recurso de apelación núm. 875–2020), tras la sustanciación de sus trámites dictó sentencia el 13 de mayo de 2021 en sentido desestimatorio, confirmando las resoluciones impugnadas “por ser plenamente ajustadas a derecho”.

Después de pasar revista en su fundamento de Derecho cuarto a diversas resoluciones del Tribunal Supremo dictadas entre los años 2006 a 2008, las cuales postulaban que la imposición de la expulsión por estancia irregular en España, “como sanción más grave y secundaria”, precisaba de una motivación expresa que justificase su aplicación en el caso concreto, advierte sin embargo la sentencia de apelación en el fundamento de Derecho quinto, que como resultado a su vez de la STJUE de 23 de abril de 2015, recaída en un procedimiento prejudicial instado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en relación con la aplicación de la Directiva de retorno, el criterio derivado de dicha sentencia es que solo cabía la expulsión en los supuestos del art. 53.1 a) LOEx, salvo que concurra alguna de las excepciones de los apartados 2 a 5 del art. 6 de dicha Directiva, o las de su art. 5; criterio asumido por la sentencia del Tribunal Supremo 980/2018, de 12 de junio.

Se refiere a continuación la sentencia de apelación (fundamento sexto) a la STJUE de 8 de octubre de 2020, dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla–La Mancha, fijando doctrina sobre la que a su vez se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021 —la cual reproduce en varios pasajes—. Sostiene que el criterio ahora imperante es que si bien no cabe sustituir la expulsión por una multa en casos de estancia irregular, para poder imponer la expulsión se exige en todo caso acreditar la concurrencia de circunstancias agravantes que justifiquen la proporcionalidad de la medida. Señala la misma sentencia de apelación algunos supuestos ejemplificativos de lo que pueden ser esas circunstancias agravantes, y tras ello afirma:

“La interpretación del artículo 57.1 de la Ley Orgánica de extranjería conforme a 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 a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 y de 8 de octubre de 2020, determina que esta Sección abandone el criterio interpretativo adoptado en sus sentencias 732/2020 y 777/2019, ambas de 23 de octubre, y en las dictadas con posterioridad, en virtud de los principios de unidad de doctrina, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación judicial de la ley (artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española)”.

A continuación en el fundamento de derecho séptimo, la sentencia desestima la apelación razonando lo que sigue:

“Siendo la proporcionalidad de la expulsión el núcleo esencial de la cuestión a debatir , y puesto que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021, la orden de expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, que valore de manera individualizada las circunstancias de cada caso, en la medida en que aparezcan claramente constatadas, y los derechos afectados por la decisión, es preciso tener en consideración que del expediente y de los autos resultan los siguientes hechos:

La recurrente y ahora apelante, doña Merelyn Frandlely Familia Lugo, fue detenida el 30 de abril de 2019, por una agresión entre ella y quien fuera su pareja sentimental, por lo que se siguieron diligencias núm. 3020-19 de la comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Ciudad Lineal, como quiera que se encontraba en situación irregular se le incoó un procedimiento de expulsión. A la misma le constaba, al margen de la anterior, otra detención en fecha 9 de junio de 2018, por la misma Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía de Ciudad Lineal por atentado y/o resistencia y desobediencia en fecha 9 de junio de 2018, momento en el que se le incoó un primer procedimiento de expulsión que consta archivado, no habiendo intentado con anterioridad a la segunda detención ningún procedimiento de regularización. En las alegaciones que formuló en el expediente únicamente aludió al arraigo que tenía con la persona que había participado en la disputa del 30 de abril de 2019. Si bien afirma que ha realizado trabajos en España, no nos acredita mínimamente la realidad de los mismos; considera la Sala que a estos efectos bastaba con demostrarnos la existencia de unos ingresos con periodicidad, que podían ser demostrados con los extractos bancarios o con la demostración de envíos de remesas a su país de origen, no habiéndose hecho ni una cosa ni otra. Se afirma que convive con familiares pero tampoco podemos dar por acreditado dicho dato, pues el certificado de empadronamiento que se aportó (folio quince de los autos) es un certificado individual que únicamente permite constatar el domicilio de la apelante, pero en modo alguno los vínculos familiares con otras personas que es, en definitiva, el grueso del alegato impugnatorio de la apelante. Se aporta también un contrato de trabajo y el recibo de presentación de la solicitud de un informe de arraigo social (no el informe) pero ambos documentos son de fecha posterior, no ya a la incoación del expediente de expulsión, sino a la propia resolución recurrida, con lo que carecen de virtualidad a los efectos pretendidos por la parte apelante.

Ante esta ausencia de acreditación, cuya carga correspondía a la apelante, no nos cabe más que considerar acertada tanto la decisión administrativa como la del magistrado de instancia, que ponderó minuciosa y adecuadamente las circunstancias concurrentes, sin que quepa, como ya se ha razonado más arriba, sustituir la expulsión por la sanción de multa, tal y como pretende la representación del apelante, pues como decimos, no se ha acreditado, si quiera sea de un modo mínimo, la existencia de un principio de ‘vida familiar’ que pueda ser amparado, al amparo de lo previsto en el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE. Empero, si nos consta que en el momento de su detención el recurrente se encontraba indocumentado, desconociéndose cómo y cuándo entró en territorio nacional, lo cual, como hemos analizado arriba, es elemento suficiente por sí solo, ante la carencia de otros, para poder decretar la expulsión del apelante.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del presente recurso interpuesto [...]”.

f) Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia la misma parte procesal preparó escrito de recurso de casación, en el que entre otros motivos alegó que la resolución judicial recurrida “no explica como la mera existencia de unos antecedentes penales integran de por sí una situación en la recurrente que permite calificar como de ‘circunstancias agravantes’ para entender proporcionada la expulsión cuando a nuestro juicio es del todo desproporcionado por la concurrencia de unos antecedentes policiales de los que no se derivado ninguna condena, ni por tanto un antecedente penal, revelando una inexistencia de una circunstancias agravantes que supongan ni causen riesgo para el orden público, seguridad pública, ni para la seguridad nacional”, lo que supone la vulneración, dice, de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

g) La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo, dictó providencia el 23 de febrero de 2022 (recurso de casación núm. 5464–2021) acordando inadmitir a trámite el recurso de casación interpuesto por los motivos siguientes:

“1) incumplimiento de las exigencias que el artículo 89.2 de la LJCA impone al escrito de preparación: el apartado d), por contener un insuficiente juicio de relevancia; y el apartado f), por falta de fundamentación suficiente, con singular referencia al caso, de la concurrencia de los supuestos previstos en el art. 88.2 c) y en el art. 88.3 a) LJCA —invocados—, que permiten apreciar el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo; sin que, en particular, se haya justificado, respecto del alegado art. 88.3 a), el presupuesto para que opere la presunción que dicho precepto establece, toda vez que no se acompaña el necesario desarrollo argumental que sustente su concurrencia, existiendo además jurisprudencia en relación con la cuestión litigiosa [SSTS de 17 de marzo y 27 de mayo de 2021 (recurso de casación 2870–20 y 1739–20)], que ha sido expresamente recogida por la sentencia recurrida y aplicada al caso examinado; y, 2) carencia, en los términos en los que ha sido preparado el recurso, de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, pues, existiendo ya —como se ha dicho— jurisprudencia en relación con la cuestión litigiosa, que ha sido expresamente recogida por la sentencia recurrida y aplicada al caso examinado, lo que realmente se pretende es obtener un pronunciamiento ‘*ad casum*’, teniendo en cuenta que lo que verdaderamente subyace en el recurso preparado es la discrepancia de la parte recurrente con la apreciación por la sala de apelación de la concurrencia de una circunstancia agravante (que no fue la existencia de antecedentes policiales, como se insiste en la preparación, sino la referida a la indocumentación de la recurrente, desconociéndose cómo y cuándo entró en territorio nacional) añadida a la estancia irregular justificadora de la proporcionalidad de la expulsión acordada, así como respecto de su apreciación de no haberse acreditado ‘vida familiar’, siendo así que el artículo 87 *bis*.1 de la LJCA excluye de este recurso extraordinario las cuestiones de hecho”.

h) Notificada esta última resolución, se promueve el presente recurso de amparo.

3. La demanda de amparo plantea los siguientes motivos:



a) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso al recurso, por haberse inadmitido el recurso de casación interpuesto:

Se alega en cuanto a los requisitos establecidos en los arts. 88.2, 88.3 y 89.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), que es evidente “que en el recurso de casación se han cumplido de forma precisa y adecuada dichas exigencias existiendo un interés casacional objetivo y es conveniente el pronunciamiento del Tribunal Constitucional ya que se han incumplido los arts. 90.4 b) de la LJCA en relación con el artículo 89.2 f) del mismo cuerpo legal y del derecho a un proceso público con todas las garantías al no ser satisfecho el derecho cuya vulneración se ha invocado, incurriendo por ello en indefensión, protegidos dichos derechos fundamentales por el artículo 24, apartado primero y segundo, de la Constitución Española, dicho sea con los debidos respetos y en términos de defensa”, por haberse inadmitido un recurso de casación, así como los anteriores recursos con evidente infracción de dichos derechos fundamentales.

Ya en las páginas finales del escrito de demanda se retoma la alegación de esta queja, defendiendo por qué entiende que sí concurría el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, lo cual sin embargo no ha apreciado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo al dictar la providencia que inadmitió el recurso de casación “que es ahora objeto de recurso de amparo”.

b) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación de las resoluciones impugnadas:

En línea con lo ya alegado en los escritos procesales presentados en la vía judicial previa, se recuerda el tenor literal de los arts. 53.1 a) y 57.1 LOEx, de los que se desprende que en caso de estancia irregular en España de un ciudadano extranjero la sanción principal es la de multa, de modo que para optar por la medida más grave de la expulsión la autoridad administrativa debe motivar de forma específica e individualizada el porqué de esta última, atendidas las circunstancias del caso concreto. Respecto de la recurrente “ninguna mención se ha hecho a ninguna otra circunstancia que no sea la mera permanencia irregular de la interesada, sin que conste en el expediente administrativo ningún otro hecho o circunstancia agravante (no es motivo suficiente encontrarse indocumentada y sin autorización para residir en España y desconocer como entró en territorio español)”. Entiende que se ha acreditado su situación de arraigo “social, laboral y familiar en España”, por lo que procedía la sanción de multa. Al imponer en cambio la expulsión sin motivación, ha incurrido en causa de nulidad de la resolución.

Se refiere luego a la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, de la que cree no contradice lo que ya había establecido el mismo Tribunal Europeo en el año 2012, en el sentido de permitir el castigo por una multa por la estancia irregular de nacionales de terceros países de la Unión Europea, con cita de la STJUE de 6 de diciembre de 2012, asunto C-430/11, en relación con el régimen sancionador en Italia. La normativa española es más favorable que la Directiva

2008/115/CE por lo que ha de imponerse una multa y no la expulsión y no cabe la aplicación directa de esa Directiva. En todo caso el art. 5 de la Directiva prevé como circunstancias a ponderar por la autoridad competente, entre otras la vida familiar. Siendo ello así, resulta que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia “no tiene en consideración la vida familiar y el arraigo social y laboral de mi representada vulnerando así la sentencia de forma sorprendente la misma Directiva”.

Continúa diciendo que la reforma por Ley Orgánica 2/2009 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, al introducir el art. 57.1 ha venido a contemplar con carácter general y primario la multa, mientras que la expulsión “se hace depender de la aplicación del principio de proporcionalidad”. Reconoce que esto no es lo que establece la Directiva de retorno y por ello habría cierta incompatibilidad con la mencionada Ley Orgánica, pero insiste en que no cabe la eficacia directa de aquella Directiva pues “no puede generar obligaciones para el particular frente al Estado que no la ejecutó en plazo o de forma adecuada, ni frente a otros particulares”. Añade que otra ventaja del sistema de multa es que “el inmigrante irregular, concluido el procedimiento sancionador, pueda regularizar su situación”, lo que no es posible si se le impone la expulsión. Volviendo a la Directiva de retorno, dice que las resoluciones judiciales aquí impugnadas, al hacer prevalecer la medida de expulsión, han interpretado la normativa española de un modo “que excede del margen de discrecionalidad que conceden las herramientas hermenéuticas”; supone una “lectura *contra legem* del Derecho nacional, que de llevarse a cabo supone un agravamiento de la responsabilidad administrativa del nacional de Estados terceros por su situación irregular”; así como también trae consigo “una violación de los principios de seguridad jurídica y legalidad sancionadora”.

c) Vulneración del “criterio o principio de proporcionalidad”:

Cita la demanda el art. 55.3 LOEx respecto a la graduación de las sanciones conforme a “los 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”.

Complementa esta queja señalando que las resoluciones impugnadas incurren en incongruencia porque no se pronuncian sobre la falta de justificación de una necesidad objetiva de la medida de expulsión; con cita de la STC 207/1996, de 16 de diciembre, el art. 5 b) de la Directiva 2008/115/CE, sobre la ponderación de la vida familiar en orden a imponer la sanción, reiterando que en la recurrente concurren circunstancias de arraigo familiar, además de laboral y social.

El suplico de la demanda solicita que se dicte sentencia otorgando el amparo, revocando y declarando la nulidad de las resoluciones impugnadas, no imponiendo a la recurrente sanción alguna “o, subsidiariamente, únicamente una sanción de multa”.

4. Con fecha 23 de enero de 2023, la Secretaría de Justicia de la Sección Segunda, Sala Primera, de este tribunal, dictó diligencia de ordenación del siguiente tenor: “En virtud del acuerdo adoptado por el Pleno del Tribunal Constitucional el día 17 de enero de 2023, publicado en el

‘Boletín Oficial del Estado’ de 19 de enero, el presente recurso de amparo ha sido turnado a la Sección Segunda de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, lo que se pone en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal a los efectos oportunos”.

5. La Sección Segunda de este tribunal dictó providencia el 6 de marzo de 2023 disponiendo: “La Sección ha examinado el recurso de amparo y ha acordado admitirlo a trámite, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE [STC 155/2009, FJ 2 b)].

Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, diríjase atenta comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso–Administrativo del Tribunal Supremo, a la Sección Décima de la Sala de igual orden del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y al Juzgado de lo Contencioso–Administrativo núm. 4 de Madrid fin de que, en el plazo que no exceda de diez días, remitan certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 5464–2021, a la apelación núm. 875–2020 y al procedimiento abreviado 496–2019, respectivamente.

Y al ser parte el abogado del Estado, en representación de la administración, notifíquesele la presente resolución, que le servirá de emplazamiento, para que el plazo de diez días pueda comparecer, si lo estima pertinente en el presente proceso constitucional, con traslado asimismo y a dichos efectos de copia de la demanda presentada”.

6. Con fecha 22 de marzo de 2023 el abogado del Estado, en la representación que ostenta de la administración autora de la resolución impugnada, presentó en el registro de este tribunal escrito de personación por el que solicitó se le tuviera por personado y parte en este recurso de amparo, entendiéndose con él todos los posteriores trámites del procedimiento.

7. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este tribunal dictó diligencia de ordenación el 20 de abril de 2023, por la que 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 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

8. Con fecha 23 de mayo de 2023 se registró en este tribunal el escrito de alegaciones del representante procesal de la recurrente en amparo, por el que se ratificó en los fundamentos y el *petitum* planteado en la demanda. Añadió la cita de la STJUE de 8 de octubre de 2020, en la que se declara que la Directiva de retorno no resulta directamente aplicable y que la expulsión solo procede si existen circunstancias agravantes en la persona, adicionales a la de su situación irregular.

9. El abogado del Estado registró su escrito de alegaciones el 24 de mayo de 2023, por el que interesó la inadmisión del recurso presentado, y subsidiariamente su desestimación.

a) Tras un resumen de los antecedentes del proceso *a quo* que considera relevantes y la identificación de las quejas de la demanda de amparo, antes de entrar al fondo del recurso el abogado del Estado alega dos causas de inadmisión. La primera de ellas es que la demanda se habría presentado fuera de plazo, al tratarse de un amparo administrativo del art. 43 LOTC en el que se impugna una resolución administrativa que es confirmada en sede judicial, “sin que las resoluciones judiciales habidas resulten asimismo vulneradoras adicionalmente de otros derechos fundamentales añadidos, aunque para instrumentar artificiosamente un hipotético recurso de amparo judicial la recurrente invoque el art. 24.1 y 2 de la CE”. Por tanto el plazo para presentar la demanda sería el de veinte días conforme con el art. 43.2 LOTC; en este caso la notificación de la providencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2022 —que cierra la vía judicial previa— se produjo el 1 de marzo de 2022, mientras que la demanda de amparo se presentó “según consta en la fecha de la firma electrónica, el 3 de abril de 2022”. Por tanto, fuera de plazo.

b) Como segundo óbice a la admisibilidad del recurso, opone el abogado del Estado el de “[f]alta de [especial] trascendencia constitucional del amparo formulado”. Se sostiene que la demanda no justifica este requisito con base en alguno de los criterios de la STC 155/2009, de 25 de junio, sino que lo hace sin disociar su argumentación de las vulneraciones de los arts. 14 CE y 24 CE, lo que contradice la doctrina de este tribunal (con cita de la STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2). Se trata —prosigue diciendo— de una “carga procesal del demandante (art. 49 de la LOTC) que no puede ser suplida por el propio Tribunal”. Con todo, en la eventualidad —especula el escrito de alegaciones— de que se haya querido invocar el supuesto “d” del listado de causas de especial trascendencia constitucional de la STC 155/2009, FJ 2 “si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución”, niega que tal motivo concorra pues “no estamos ante una ‘jurisprudencia reiterada’ lesiva de los derechos fundamentales que la interesada invoca como vulnerados”; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia “adopta su decisión sobre la base de criterios hermenéuticos razonados respecto de la normativa aplicable [...] y efectivamente, cómo cabrá interpretar la norma [LOEx] sobre la base de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo”.

Otro tanto cabe decir, sigue argumentando el abogado del Estado, si lo planteado fuera el motivo “e)” del mismo listado de la STC 155/2009, FJ 2 “cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros”, pues la demanda no acredita que la hermenéutica empleada por las resoluciones judiciales impugnadas sea contraria a alguna doctrina de este tribunal. Como tampoco concurre, remacha el escrito de alegaciones, el supuesto “f” del referido listado “en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ)” pues no se acredita la existencia de una voluntad

manifiesta de no aplicar doctrina de este Tribunal y “no hay tampoco una doctrina del Tribunal Constitucional sobre la supuesta inviabilidad de la tesis sustentada en este caso por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en relación con los arts. 14 y 24 de la CE aplicados a la materia específica) en su sentencia referida, de 13 de mayo de 2021”. Defecto de falta de especial trascendencia constitucional del recurso que, añade, es insubsanable.

c) Ya en cuanto al fondo de las quejas de la demanda de amparo, hace una declaración de principio el escrito del abogado del Estado en el sentido de que la recurrente no acredita ningún supuesto de discriminación cometido en su perjuicio, sino que simplemente la norma prevé la medida de expulsión y esta debe aplicarse al caso, con independencia de que a otra persona en un momento anterior no se le hubiera aplicado. “Tampoco expone adecuadamente, ni siquiera lo intenta así razonar, cuál ha sido la violación del art. 24 de la CE que le habría causado la resolución administrativa y las resoluciones judiciales ulteriores. Solo argumenta la a su juicio improcedente fundamentación de la sanción de expulsión, la supuesta mala elección de la norma por la administración y por los órganos jurisdiccionales que conocieron del asunto [...]. Pero ello solo no constituye vulneración del art. 24 de la CE, en materia de tutela judicial efectiva sin indefensión” (cita la STC 26/2009, de 26 de enero, sobre el derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho). Añade que las resoluciones impugnadas no han cometido error patente ni incurrido en “irrazonabilidad evidente o arbitrariedad”, que el control de este Tribunal Constitucional es externo; y que el derecho a la estancia o la permanencia en España no es un derecho fundamental de los extranjeros en atención al art. 19 CE, únicamente si cumplen con las exigencias previstas en los tratados y las leyes para poder residir en España (cita la STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3). Por todo ello —y sin perjuicio de las concreciones que a continuación añade el escrito— se entiende que la demanda de amparo no se ha fundado “en la violación de un derecho fundamental, sino solo en la interpretación de preceptos de ley ordinaria”.

d) En un plano más específico, el abogado del Estado se refiere a algunas de las afirmaciones de fondo de la demanda:

(i) “No se produce aplicación vertical de la Directiva europea frente a una supuesta legislación interna más ‘benévola’”: frente a los argumentos de la demanda de que no cabe dicha aplicación directa, trae a colación el abogado del Estado la STJUE de 23 de abril de 2015 y lo que esta falló en su parte dispositiva, recordando que esa sentencia resolvía una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español; pero que además no existe incompatibilidad entre la Directiva de retorno y la LOEx, como alega la recurrente, pues fue la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, la que entre otras Directivas que se indican, traspuso aquella 2008/115/CE.

(ii) En el presente caso no se da ninguna de las excepciones previstas en el art. 6 de la Directiva de retorno; y además el art. 4 de la misma señala que los Estados miembros podrán regular normativas más favorables siempre que no resulten incompatibles con la Directiva, que sería lo que sucedería, reflexiona el abogado del Estado, si a los nacionales extranjeros en situación irregular en España se les aplica una sanción de multa en lugar de la expulsión, tal y como ha

dejado dicho la citada STJUE de 23 de abril de 2015. “En definitiva, en modo alguno acontece ‘aplicación vertical’ de una Directiva en sentido menos favorable en comparación con la normativa interna en tanto que la Directiva no remite a una disposición estatal más favorable en cualquier caso”.

(iii) La expulsión acordada por la autoridad administrativa, y confirmada en vía judicial, aplica los preceptos de la LOEx [arts. 53.1 a), 57.1 y 57.3], la Directiva de retorno y la STJUE de 23 de abril de 2015 “que la interpreta de modo auténtico; no aplicándose, por tanto, esa Directiva sola, de una manera directa o vertical, como argumenta erróneamente en este aspecto la demanda de recurso”.

(iv) De nuevo acudiendo a la STJUE de 23 de abril de 2015 y su recepción por la sentencia del Tribunal Supremo núm. 980/2018, de 12 de junio, sostiene que se “zanjó definitivamente la cuestión sobre la interpretación de la sanción aplicable” a quienes se encuentren en la situación de la aquí recurrente. Cita la posterior STJUE de 8 de octubre de 2020, también en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español, de la que recoge su parte dispositiva, la cual a su vez —prosigue diciendo— fue doctrina asumida por la sentencia del Tribunal Supremo del 17 de marzo de 2021, de la que igualmente recoge algunos de sus pasajes respecto a que la existencia de circunstancias agravantes sí permite aplicar la medida de expulsión. Y estas circunstancias concurren en este caso, según algunos hechos que recoge el fundamento de Derecho séptimo de la sentencia de apelación, dice el abogado del Estado; en concreto consta en los registros policiales dos detenciones de la recurrente, una por atentado y/o resistencia y desobediencia el 9 de junio de 2018, y otra por agresiones entre ella y su pareja sentimental, el 30 de abril de 2019.

Añade que la recurrente tampoco ha acreditado el arraigo que esgrime, ni la percepción de unos ingresos económicos con periodicidad, ni tampoco si es cierto que vive con familiares. El contrato de trabajo y un recibo de presentación de solicitud de informe de arraigo social —sin aportar el informe como tal— no son suficientes porque son de fecha posterior a la propia resolución recurrida. Todas estas circunstancias, continúa el escrito de alegaciones, fueron ponderadas por el magistrado de instancia, siendo la prueba y su valoración de estos extremos, algo “ajeno a las funciones de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional en su propio ámbito, por lo que no se deduce que se haya producido por las resoluciones judiciales la vulneración de un derecho fundamental.

Respecto a una posible discriminación de trato, por último, alega el abogado del Estado que la demanda no ha aducido un término de comparación válido. Las resoluciones judiciales “no han carecido de fundamento ni de la necesaria argumentación para exponer el criterio desestimatorio sostenido, conforme a un proceso justo tramitado con todas las garantías”. No se aprecia vulneración de derechos fundamentales que permita por tanto la eventual estimación de este recurso.

10. El teniente fiscal ante este Tribunal Constitucional registró su escrito de alegaciones el 5 de junio de 2023, por el que interesó que dictásemos sentencia estimatoria del amparo solicitado,

declarando vulnerados los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), con nulidad de la resolución administrativa y de las resoluciones judiciales de primera instancia y apelación que confirmaron aquella. Así como también, que acordásemos la inadmisión por falta de agotamiento de la vía judicial previa, de la queja de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva respecto de la providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que inadmitió el recurso de casación de la recurrente.

a) Luego de hacer un amplio resumen de las incidencias del proceso *a quo* que consideró relevantes, así como del escrito de demanda de la recurrente, el Ministerio Fiscal formula unas consideraciones previas al examen de fondo del recurso:

(i) Señala ante todo que estamos ante un amparo de naturaleza mixta, pues se imputa un déficit de motivación y de falta de proporcionalidad de la medida de expulsión impuesta por la resolución administrativa, mientras que a las sentencias se les achaca, por un lado, haber incurrido en incongruencia omisiva al no responder al argumento de impugnación invocado en la demanda contencioso-administrativa y en el recurso de apelación, de que no se había acreditado la necesidad objetiva de la medida de expulsión para asegurar un bien o interés constitucional. Y por otro lado, no haber reparado las sentencias aquellas dos vulneraciones que se imputan en origen al acto administrativo (falta de motivación y falta de proporcionalidad de la expulsión). Además, la demanda ataca la providencia de inadmisión del recurso de casación por vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva.

(ii) La queja que trae la demanda relativa a una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE, no se acompaña de una argumentación que la respalde, por lo que no procede entrar en su examen. Tampoco cabe hacerlo en cuanto a la queja de conculcación del principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, porque este no es protegible en el proceso constitucional de amparo.

(iii) La queja de la demanda de que ambas sentencias han omitido dar una respuesta sobre la necesidad objetiva de la medida para asegurar un interés o bien constitucional, incurriendo así en incongruencia omisiva, ha de rechazarse porque dicha cuestión ha de considerarse respondida implícitamente mediante el análisis que realizan las dos resoluciones de la Directiva 2008/115/CE. Y en todo caso, “la exigencia a la que se refiere la recurrente, no se recoge expresamente en la normativa europea aplicada por los órganos judiciales lo que se traduce en que la denuncia de la incongruencia omisiva carezca de cualquier soporte normativo que imponga a los órganos judiciales un pronunciamiento expreso sobre ella”.

(iv) Expone además en el fundamento de Derecho sexto del escrito de alegaciones, que la queja de la demanda relativa a la falta de motivación de la providencia de 23 de febrero de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por no haber explicado por qué el recurso de casación presentado incumplía el requisito de acreditar el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, debe inadmitirse conforme con el art. 50.1 a) LOTC, al no

haberse agotado la vía judicial previa a la interposición de la demanda de amparo [art. 44.1 a) LOTC], “dado que le era preceptivo a la recurrente, a tal efecto, la interposición del incidente de nulidad previsto en el art. 241.1 LOPJ”. Se hace cita con este fin de la STC 21/2007, de 16 de abril, FJ 2, que contiene doctrina sobre el mencionado requisito procesal y se indica que en el presente caso la demanda imputa una vulneración autónoma del derecho a la tutela judicial efectiva a la providencia de inadmisión, sin haber dado la oportunidad al órgano judicial para que reparara la posible vulneración del derecho.

b) Sentado lo que antecede, y a partir del fundamento de Derecho séptimo de su escrito, accede el Ministerio Fiscal al examen de las quejas de fondo del recurso. Para situar estas en su contexto, se recuerda cuáles son las normas de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España que resultaban aplicables [arts. 53.1 a), 55 y 57.1], así como los supuestos de excepción a la medida de devolución (expulsión) previstos en el art. 6, en relación con los arts. 1, 3, 4 y 5, de la Directiva de retorno. A continuación reproduce pasajes de las SSTC 203/1994, y 108/2022, de 26 de septiembre, sobre la necesidad de que los jueces al tutelar los derechos de los justiciables no incurran en la alteración del sistema de fuentes, y dicten resoluciones fundadas en Derecho, y pasa a referirse a las resoluciones impugnadas:

(i) Considera el teniente fiscal que mientras la resolución administrativa se ha limitado a aplicar la legislación española sobre extranjería, “los órganos judiciales han procedido a seleccionar la normativa aplicable a la controversia planteada en el litigio, el derecho europeo en los términos que había sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respetando los hechos, la calificación jurídica de los mismos y no acordando una medida diferente de la impuesta por la administración a la vez que son respetuosos con la causa de pedir y el *petitum* de la demanda contencioso-administrativa y el recurso de apelación”. Colige de ello que ambas sentencias han aplicado el sistema de fuentes a la controversia, esto es, “han resuelto el litigio en aplicación de la normativa europea en relación con la normativa estatal, cuestión distinta es si dicha aplicación e interpretación es errónea”. Prosigue diciendo que la sentencia del juzgado ha tenido en cuenta el pronunciamiento de la STJUE de 23 de abril de 2015 sobre la compatibilidad de la normativa española con la Directiva de retorno, mientras que la de apelación ha aplicado dicha sentencia y también la del mismo Tribunal Europeo de 8 de octubre de 2020. Se refiere a partir de este punto el escrito de alegaciones a los dos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que acaban de identificarse, y a su asunción por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en cada momento; haciéndose “eco” también de la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto C-409/20, que reproduce en su parte dispositiva, tenida a su vez en cuenta por la sentencia de la Sección Quinta, Sala Tercera, del Tribunal Supremo, de 14 de septiembre de 2022, con el criterio de que la medida de expulsión exige la aplicación del principio de proporcionalidad y por tanto la concurrencia de circunstancias agravantes o negativas que la justifiquen.

(ii) El siguiente aspecto a considerar por el teniente fiscal ante este tribunal, es determinar si las sentencias impugnadas desconocieron la prohibición del efecto vertical inverso de las directivas de la Unión Europea, teniendo en cuenta, de partida, que “el legislador español, no ha adecuado



correctamente la legislación interna a la Directiva de retorno”, al prever la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de marzo (de transposición de dicha Directiva al ordenamiento español), al reformar la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la posibilidad de imponer una multa por estancia ilegal, lo que no contempla aquella Directiva. Señala que la citada STJUE de 8 de octubre de 2020 prohibió el llamado efecto vertical inverso o descendente de las directivas, por lo que al haber efectuado una aplicación directa de la Directiva de retorno las sentencias impugnadas, y fundar en esa aplicación directa la confirmación de la resolución administrativa, las sentencias de primera instancia y apelación infringieron la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y en ese entendimiento, cita el teniente fiscal la STC 47/2023, de 10 de mayo, que reprochó a las resoluciones judiciales ahí enjuiciadas haber incurrido en el mismo defecto. Sigue haciendo cita de esta sentencia del Pleno diciendo que en el caso la Administración, al sancionar la estancia ilegal de la recurrente con la expulsión, evidenció un déficit de motivación desde la perspectiva del principio de legalidad del art. 25.1 CE en su aspecto material y en el plano aplicativo; déficit de motivación conectado con el principio de proporcionalidad.

(iii) Con atención a las circunstancias alegadas por la recurrente y de la lectura de la resolución dictada por la Delegación del Gobierno en Madrid, se desprende que “la medida de expulsión se ha adoptado teniendo en cuenta la situación de estancia irregular de la recurrente, aunque en la resolución administrativa se añade que carece de arraigo social y familiar, lo que no puede entenderse como una circunstancia agravante, mientras que las sentencias para justificar la medida de expulsión proceden a valorar hechos que se recogen en la propuesta de resolución administrativa de expulsión y que no contempla o han sido tenidos en cuenta por la resolución definitiva de expulsión” ni “consta si las mismas determinaron un proceso penal y su desenlace, de manera que, en principio, debe dárseles un valor de meras denuncias y, por tanto, necesitadas de una prueba que acredite los hechos para poder valorarlos como circunstancias negativas”; en concreto el haber sido detenida por delito de atentado a los agentes de la autoridad, resistencia/desobediencia, y otra detención por agresión mutua con su pareja; el resto son solo hechos que “no es sino la constatación de la situación de estancia irregular en España”.

Afirma a continuación el escrito de alegaciones que la STC 47/2023 declaró la compatibilidad del régimen sancionador de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España con la Directiva de retorno, de modo que las dos sentencias aquí impugnadas incurrieron en la misma vulneración apreciada por dicha sentencia del Pleno de este tribunal, la infracción de la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora, vulnerando el derecho fundamental del art. 25.1 CE. Al no recoger por otro lado ni la resolución administrativa ni las dos sentencias dictadas, alguna circunstancia agravante que pueda ser valorada, y no ajustarse tampoco a la interpretación auténtica de la Directiva de retorno efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “procede estimar el presente recurso de amparo y reconocer que se han vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE) de la demandante de amparo”; con la consiguiente nulidad de todas las resoluciones impugnadas, e inadmisión de la queja referente a la inadmisión del recurso de casación.

11. Por diligencia de la Secretaría de Justicia de 6 de junio de 2023 se hizo constar el haberse recibido los escritos de alegaciones del Ministerio Fiscal, el abogado del Estado y el representante procesal de la demandante, quedando el presente recurso de amparo pendiente de deliberación cuando por turno le correspondiera.

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

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso

a) Se interpone el presente recurso de amparo, en primer lugar, contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid que decretó la expulsión de España de la recurrente, de nacionalidad dominicana, con la prohibición de retornar al país en un plazo de tres años, al haber incurrido en la infracción grave del art. 53.1 a) LOTC, la estancia en España careciendo de permiso o autorización de la autoridad competente. Se impugnan también las sentencias de primera instancia (juzgado de lo contencioso-administrativo) y apelación (Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) que confirmaron aquella resolución administrativa, bien que con una motivación en parte distinta a la contenida en esta última, e incluso divergente parcialmente entre sí las dos sentencias, como luego se dirá. Contra esas tres resoluciones la demanda denuncia la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no motivar suficientemente la procedencia de la medida impuesta, y la del principio de proporcionalidad conectado con el art. 25.1 CE. Por último, la demanda impugna también la providencia de la Sección Primera, Sala Tercera, del Tribunal Supremo, que inadmitió indebidamente a su parecer el recurso de casación que había promovido contra la sentencia de segunda instancia, incurriendo con ello la providencia en la lesión, a su vez, del derecho a la tutela judicial efectiva.

El abogado del Estado, personado en representación de la administración pública autora de la resolución sancionadora impugnada, ha formulado alegaciones que han sido resumidas en los antecedentes, interesando la inadmisión de la demanda por extemporaneidad simple y por no haber acreditado materialmente el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso; así como de modo subsidiario su desestimación.

Finalmente, el teniente fiscal ante este tribunal también ha presentado sus alegaciones en las que defiende, con los argumentos que igualmente han sido resumidos en los antecedentes de esta sentencia, que en primer lugar han de rechazarse de plano las quejas de lesión del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), por ser inatendibles; en segundo lugar que debe declararse la inadmisión de la queja de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva causada por la providencia de inadmisión del recurso de casación, al no cumplir con el requisito de agotamiento de la vía judicial previa a la demanda; y en tercer y último lugar y ya en cuanto al fondo, que debe

otorgarse el amparo por la doble vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), al no haber motivado debidamente las resoluciones impugnadas la justificación de la expulsión, ni hecha aplicación del principio de proporcionalidad, tal y como exigen los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la STC 47/2023, de 10 de mayo, que estimó la demanda de amparo en un supuesto similar.

b) Así formalizadas las correspondientes pretensiones, y antes de analizar los posibles óbices a la admisibilidad del recurso como paso previo al examen de las quejas de fondo, procede dar la razón al teniente fiscal respecto al rechazo de plano de varias de las quejas de la demanda: (i) La de lesión del art. 24.1 CE por supuesta incongruencia de las dos sentencias recurridas en cuanto a responder cuál es el bien o interés constitucional que se asegura con la expulsión, ya que tal motivo queda subsumido en los dos principales que enuncia la demanda (la falta de motivación, administrativa y judicial, de la medida de expulsión; y su falta de proporcionalidad); (ii) la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), que carece de autonomía argumental y aparece como mero refuerzo de la queja central de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por insuficiente motivación de la expulsión, y (iii) la supuesta infracción del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), principio que no resulta por sí mismo protegible a través del recurso de amparo, ex art. 53.2 CE y arts. 41 y ss. LOTC.

## 2. Óbices a la admisibilidad del recurso

a) El abogado del Estado ha opuesto dos excepciones procesales, afectantes ambas a la totalidad del recurso. La primera de ellas señala que la demanda se formalizó de manera extemporánea porque, al tratarse de un recurso de amparo del art. 43 LOTC, el plazo legal para interponerlo era de veinte días (art. 43.2) contados desde la notificación de la resolución que cerraba la vía judicial, a la sazón la providencia de inadmisión del recurso de casación dictada por el Tribunal Supremo; notificación efectuada el 1 de marzo de 2022, mientras que la demanda se interpuso el 3 de abril de 2022, según dice, por eso fuera de plazo (ya que este finalizaba el 30 de marzo de 2022, a las 15:00 horas).

Defendido en estos términos el óbice debe ser desestimado. De entrada no cabe compartir la apreciación del abogado del Estado de que estemos ante un recurso de amparo del art. 43 LOTC. Se trata antes bien de un recurso de amparo mixto. En primer lugar, porque a la doble queja de lesión del derecho a una motivación suficiente de la sanción (art. 24.1 CE) y a la quiebra del principio de proporcionalidad (art. 25.1 CE), que se achacan por la demanda a la resolución administrativa que acordó la expulsión de la recurrente únicamente aplicando la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Reglamento, añade la demanda otra queja de ambos derechos fundamentales contra la específica motivación que dan la sentencia de primera instancia y la de apelación para confirmar la legalidad de aquella primera resolución.

En efecto, las dos sentencias no se fundan en una aplicación estricta del régimen sancionador de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, sino en la aplicación

de esta ley a la luz de lo dispuesto en la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 (o Directiva de retorno), así como en una exégesis de los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, y de todo este acervo dichos tribunales deducen la validez de la medida de expulsión impuesta. Normativa y jurisprudencia europea que no aparecen en modo alguno citadas en el decreto de expulsión de 21 de agosto de 2019, y que incorporan al debate las resoluciones judiciales —y en su contestación, los escritos procesales de la recurrente—.

Pero es más: ni siquiera el juzgado de lo contencioso-administrativo y el Tribunal Superior de Justicia llegan al mismo entendimiento respecto de la significación de la Directiva retorno y la jurisprudencia del Tribunal Europeo, dado que solo el tribunal de apelación llega a manejar la STJUE de 8 de octubre de 2020, la cual formuló importantes matizaciones a los criterios fijados por el mismo Alto Tribunal el 23 de abril de 2015. Como se ha evidenciado en los antecedentes con la transcripción de los párrafos de ambas sentencias aquí impugnadas, mientras el juzgado concluye que solo cabía la medida de expulsión porque esa es la consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2015, el Tribunal Superior de Justicia admite que dicha sanción solo puede imponerse si se acreditan circunstancias agravantes, las cuales a renglón seguido afirma que concurren: las dos detenciones de la recurrente, que ya había mencionado el juzgado *a quo* a mayor abundamiento. De lo expuesto resulta, pues, que la motivación judicial dimanante de las dos sentencias recurridas aparece objetivamente cuestionada por la recurrente, como queja autónoma y separada de la que dedica a la resolución administrativa. Algo de lo que ofrece evidencia palpable las páginas de los escritos de apelación, casación y la propia demanda de amparo presentados por la representación procesal de la recurrente, donde se emplean argumentos en detalle para criticar toda esa interpretación judicial.

Por si no fuera bastante, resulta que la demanda trae otra queja también autónoma de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ahora por la indebida inadmisión del recurso de casación acordada por la providencia de 23 de febrero de 2022 de la Sección Primera, Sala Tercera, del Tribunal Supremo. Que esa queja específica pueda a su vez adolecer de un vicio de procedibilidad, como más adelante se dilucidará, en nada impide a la consideración en su conjunto del presente recurso de amparo como mixto.

Así las cosas, a falta de previsión expresa en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para los amparos mixtos el plazo de presentación de la demanda es el más favorable de treinta días, conforme a doctrina reiterada del Tribunal [por todas, SSTC [21/2018](#), de 5 de marzo, FJ 2 a), y [73/2021](#), de 18 de marzo, FJ 2 C) b)]. En este caso, la notificación de la providencia de casación tuvo lugar el 1 de marzo de 2022 —según consta en el aviso de Lexnet obrante en las actuaciones—; el plazo de treinta días expiraba por tanto el 13 de abril de 2022 a las 15:00 horas, y la demanda de amparo quedó registrada en este tribunal el 4 de abril de 2022, a las 11:16 horas. La demanda se presentó dentro de plazo.

b) En segundo lugar, el abogado del Estado sostiene que la demanda no ha cumplido con acreditar materialmente el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso, exigido en los arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC. Considera que aquel escrito no ha disociado el referido requisito objetivo respecto de las propias quejas de fondo denunciadas, y aprovecha para descartar la concurrencia de las causas de especial trascendencia constitucional por la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, supuestos d), e) y f).

Pues bien, este óbice también ha de ser desestimado de acuerdo con la reiterada doctrina constitucional a tenor de la cual “[c]orresponde únicamente al Tribunal apreciar en cada caso en el momento de admitir a trámite el recurso de amparo si este tiene especial trascendencia constitucional” [últimamente, entre otras, SSTC 27/2018, de 5 de marzo, FJ 2; 190/2021, de 17 de diciembre, FJ 3; 43/2022, de 21 de marzo, FJ 2; 13/2023, de 6 de marzo, FJ 2 B), y 73/2023, de 19 de junio, FJ 2, así como las anteriores que en ellas se citan].

Además, no tiene en cuenta el abogado del Estado cuál ha sido la causa de especial trascendencia constitucional apreciada en la providencia de admisión del presente recurso, dictada el 6 de marzo de este año. No lo ha sido por cierto ninguna de las que reseña en su escrito de alegaciones a modo hipotético, sino la prevista como causa “b” del listado de la STC 155/2009, FJ 2 (la posibilidad para este tribunal “de 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”). Causa a la que con sus palabras se refiere la demanda de amparo al aludir al problema general “de reincidente frecuencia” de imposición a nacionales extranjeros de una sanción de expulsión por su situación de estancia irregular en España, en vez de una multa, siendo aquella desproporcionada, al margen de que al final de ese apartado aluda también a circunstancias personales de la recurrente. En todo caso, la demanda ha cumplido con objetivar el problema constitucional que aquí se abordará.

c) Finalmente, es el teniente fiscal ante este tribunal quien introduce el tercer óbice de la demanda, circunscrito a la queja de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por la inadmisión del recurso de casación en virtud de la providencia de 23 de febrero de 2022 del Tribunal Supremo; queja para la que no se habría agotado la vía judicial previa al amparo, como exige el art. 44.1 a) LOTC.

El óbice invocado debe ser estimado. En efecto, tiene razón el ministerio público cuando pone de relieve que contra la providencia de inadmisión del recurso de casación y a falta de un recurso disponible por ley, debió interponer la recurrente un incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ que sí cabía, por ser aquella providencia la resolución que ponía fin al procedimiento y no haberse podido denunciarse antes la lesión, dando así a la Sala del Alto Tribunal la oportunidad de conocer y repararla en su caso, preservando de paso con ello la subsidiariedad de esta jurisdicción constitucional. Al no haberlo hecho así, la queja no puede ser examinada, por ser inadmisibles [últimamente, SSTC 45/2020, de 9 de marzo, FJ único; 107/2021, de 13 de mayo, FJ 2 b), y 147/2022, de 29 de noviembre, FJ 2 b)].

La apreciación de este óbice, en todo caso, no alcanza a las demás quejas deducidas en la demanda, resultando al efecto de aplicación nuestra doctrina relativa al no “efecto de arrastre” cuando se formalizan dos o más vulneraciones constitucionales en una demanda y una o varias de ellas, pero no todas, están afectadas de algún óbice procesal (STC 101/2018, de 1 de octubre, FJ 2; en el mismo sentido SSTC 166/2019, de 16 de diciembre, FJ único; 160/2020, de 16 de noviembre, FJ 2, y 78/2021, de 19 de abril, FJ 3).

Procede pasar a continuación a resolver justamente las quejas de fondo que quedan en pie.

### **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*

a) En la reciente sentencia de este tribunal 80/2023, de 3 de julio (recurso de amparo núm. 4255–2020), al enjuiciar una demanda de amparo de contenido similar a la que aquí nos ocupa, tuvimos ocasión de declarar lo siguiente en el fundamento jurídico 3, apartados a) y b):

«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 de la misma 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».

b) El examen de las actuaciones del presente caso determina la realidad de la vulneración del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE), en concreto por no haberse ponderado la proporcionalidad de la medida de expulsión impuesta a la recurrente:

(i) No lo hizo, en primer lugar, la resolución de la Delegación del Gobierno que acordó la medida, que en virtud de su naturaleza de acto sancionador era la única que podía esgrimir los motivos para castigar. Dicha resolución se limita a achacar a la recurrente el no disponer de documento alguno que acredite su situación de estancia o residencial legal en España, y que en las bases de datos a las que ha tenido acceso la administración no consta pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo, negando que haya acreditado un especial arraigo familiar o social. No expresa el decreto en cuestión, sin embargo, que se hubieren probado en el expediente circunstancias personales negativas distintas de la que conforma la situación de estancia irregular, susceptibles así de justificar con arreglo al principio de proporcionalidad (art. 57.1 LOEx), la medida de expulsión del país y no la sanción prevista con carácter general para dicha infracción grave del art. 53.1 a) LOEx, de multa.



(ii) Por lo que respecta a las resoluciones judiciales tampoco el juicio de ponderación puede reputarse adecuado. En primer lugar en cuanto a los hechos, porque tanto el juzgado de lo contencioso-administrativo (en el fundamento de Derecho tercero), como la sección competente del Tribunal Superior de Justicia en apelación (en el fundamento de Derecho séptimo), confirman la resolución administrativa impugnada aduciendo, además de la prueba de la situación de estancia ilegal y la falta de arraigo, el hecho de que la recurrente había sido detenida en dos ocasiones, una en 2018 por un presunto delito de atentado y/o resistencia y desobediencia a la autoridad, y otra en 2019 por una agresión entre ella y su entonces pareja sentimental.

Sucede, sin embargo, que el dato de las dos detenciones no figura en el acto sancionador, y por tanto no pueden integrarse *ex novo* en vía judicial como fundamento de la decisión, sustituyendo así el juez a la administración que es la autoridad competente para la selección de los hechos que merecen ser castigados con una u otra sanción.

Además, y como bien argumenta el teniente fiscal en su escrito de alegaciones, se ignora cuál ha podido ser el recorrido judicial de los hechos por los que la recurrente habría sido detenida dos veces, ni desde luego consta que haya sido condenada penalmente por los mismos, por lo que mal puede la simple noticia de esas detenciones (con valor equivalente a una denuncia, dice el fiscal) erigirse en causa proporcional de su expulsión de España, por la única comisión del ilícito del art. 53.1 a) LOEx.

(iii) En el plano normativo, el juzgado de lo contencioso-administrativo colige que la posibilidad de imposición de una multa, claramente fijada en los arts. 55.1 y 57.1 LOEx, queda no obstante preterida en favor de una exégesis de la Directiva de retorno y de la STJUE de 23 de abril de 2015 —asumida por el Tribunal Supremo—, que en virtud de una aplicación directa de tal directiva alcanza el resultado inexorable de la expulsión; interpretación esta que posteriormente ha matizado el propio Tribunal Europeo a partir de su sentencia de 8 de octubre de 2020.

Ciertamente la argumentación normativa del juzgado no es compartida por el tribunal de apelación, que tras hacer cita y comentar el dictado de la referida STJUE de 8 de octubre de 2020 y lo que esta resuelve, “determina que esta Sección abandone el criterio interpretativo adoptado en sus sentencias [...]. Siendo la proporcionalidad de la expulsión el núcleo esencial de la cuestión a debatir, y puesto que, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021”; y reconoce que procede la expulsión pero condicionado a que se acrediten circunstancias agravantes distintas a la mera situación de estancia irregular. Sin embargo, esa decisión aplicativa de la proporcionalidad yerra, al anclarla en el dato de las dos detenciones sufridas por la recurrente, hecho que ya hemos dicho no puede ser valorado a efectos de la expulsión. Y obvia la necesidad de aplicación del principio de proporcionalidad en favor de la multa, en los términos expuestos por la [STC 47/2023](#).

c) Finalmente, procede traer de nuevo a colación nuestra [STC 80/2023](#), de 3 de julio, FJ 3 e) cuando, tras exponer lo conducente respecto a la concurrencia de la lesión del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), declaramos también:

“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”.

d) 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 —incluyendo la dictada por el Tribunal Supremo, al confirmar las anteriores—, sin necesidad de acordar la retroacción de las actuaciones a ninguna fase jurisdiccional o administrativa, como pedía el fiscal ante este tribunal.

## Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido en relación con el recurso de amparo interpuesto por doña Marelyn Frandlely Familia Lugo:

1º Inadmitir la queja de vulneración del derecho al recurso (art. 24.1 CE) por la inadmisión de su recurso de casación.

2º Estimar las quejas de falta de motivación y de proporcionalidad de la medida de expulsión, reconociendo que han sido vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

3º 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 21 de agosto de 2019, expediente de expulsión núm. 280020190012635; (ii) la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Madrid, de 13 de julio de 2020 (procedimiento abreviado núm. 496-2019—IX); (iii) la sentencia de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de mayo de 2021 (recurso de apelación núm. 875-2020); y (iv) la providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de febrero de 2022 (recurso de casación núm. 5464-2021).

Publíquese esta sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a diecisiete de julio de dos mil veintitrés.