

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

17157 *Sala Segunda. Sentencia 71/2023, de 19 de junio de 2023. Recurso de amparo 5744-2020. Promovido por doña Erundina Adjaba Honsuy Nsa en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un juzgado de la capital, que desestimaron su impugnación de la resolución administrativa sancionadora que acordó su expulsión del territorio nacional. Vulneración del derecho a la legalidad sancionadora: STC 47/2023 (aplicación irrazonable de la norma sancionadora que, anteponiendo la expulsión a la multa, infringió la garantía material del derecho).*

ECLI:ES:TC:2023:71

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5744-2020, promovido por doña Erundina Adjaba Honsuy Nsa contra la resolución de 20 de noviembre de 2017 de la Delegación del Gobierno en Madrid, dictada en el expediente núm. 280020170015732; y contra las resoluciones judiciales siguientes: sentencia núm. 128/2019, de 24 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid, dictada en el procedimiento abreviado núm. 18-2018; sentencia núm. 985/2019, de 13 de diciembre, y auto de 5 de febrero de 2020 de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictados en el recurso de apelación núm. 820-2019; auto de 9 de octubre de 2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictado en el recurso de queja núm. 120-2020. Ha sido parte la Abogacía del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas.

I. Antecedentes

1. Doña Erundina Adjaba Honsuy Nsa, representada por la procuradora de los tribunales doña María Teresa Guijarro de Abia y asistida del abogado don Gonzalo Moure Ortega, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento, mediante escrito presentado en el registro electrónico de este tribunal el 24 de noviembre de 2020.

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

a) El día 1 de septiembre de 2017, en la comisaría de Salamanca de Madrid, se incoó expediente de expulsión del territorio nacional con tramitación ordinaria núm. 17294-2017 contra Erundina Adjaba Honsuy Nsa, natural de Guinea Conakri.

En el acuerdo de incoación del expediente se hacía constar que la recurrente fue identificada el día 31 de agosto de 2017, en la calle Príncipe de Asturias de Madrid, por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que estaba indocumentada y que, consultado el registro general de extranjeros y el servicio informático de la Dirección General de la Policía, no resultaba que tuviese documentación o figurase en algún registro que la autorizase para residir en España. El acuerdo expresaba que los hechos pudieran ser constitutivo de una infracción grave del art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx): «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».

El expediente sancionador, tramitado con el núm. 280020170015732, concluyó con la resolución de 20 de noviembre de 2017 de la delegada del Gobierno en Madrid que, en aplicación del art. 53.1.a) LOEx, decretó la expulsión de la demandante «del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años, a contar desde la fecha en que se lleve a efecto». El decreto establecía como base fáctica de la sanción impuesta que «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) La recurrente, asistida por el abogado que firma el recurso de amparo, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el decreto de expulsión, mediante demanda de procedimiento abreviado presentada, el 3 de enero de 2018, en los juzgados de lo contencioso-administrativo de Madrid. Alegó que la expulsión resultaba improcedente a la vista de sus circunstancias personales y familiares o, al menos, desproporcionada, por los siguientes motivos que sintetizaba en: (i) residir en España desde 2014, estando totalmente integrada y arraigada a las costumbres de nuestro país; (ii) estar empadronada y poseer domicilio fijo y conocido; (iii) tener dos familiares directos (una tía y una prima) con residencia legal en España; (iv) carecer de antecedentes penales y cumplir con todos los requisitos para obtener un permiso de residencia por arraigo social; y (v) haber entrado por puesto fronterizo habilitado. Se afirmaba que la expulsión resultaba desproporcionada porque la sanción prevista en el art. 55 LOEx, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, para las infracciones graves era la de multa de 501 hasta 10 000 euros. La posibilidad de sancionar la estancia irregular con la expulsión (art. 57.1 LOEx) era excepcional y exigía una motivación a partir de datos relativos a la situación particular de la persona sancionada que evidenciasen que merecía la máxima sanción. Recordaba que, según la STC 260/2007, de 20 de diciembre, el art. 57.1 LOEx, no contenía una norma en blanco para que la administración impusiera la sanción de expulsión a su absoluta discrecionalidad, tal y como hizo en su caso la Delegación del Gobierno en Madrid, puesto que en el decreto no se mencionaban las causas que llevaron a sustituir la sanción de multa por la de expulsión, no se valoraron las circunstancias favorables relativas a su arraigo en España que consideraba acreditadas en el expediente y que debieron haber conducido a su archivo o bien a ponderar la imposición de una multa proporcionada. La demanda terminaba con la solicitud de que anulase el decreto de expulsión o, subsidiariamente, que impusiera una multa mínima de 501 euros. En el otrosí cuarto de la demanda, se solicitaba la medida cautelar de suspensión de la ejecución de la resolución recurrida.

c) La demanda fue turnada al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid que acordó su admisión, seguir los trámites del procedimiento abreviado con el núm. 18-2018 y abrir pieza separada de medidas cautelares. La medida cautelar y el recurso contencioso-administrativo se desestimaron, respectivamente, en el auto núm. 39/2018, de 19 de febrero, al no acreditarse perjuicios irreparables, y en la sentencia núm. 128/2019, de 24 de abril. Según la sentencia, la sanción de expulsión no era

desproporcionada y además era la única posible con arreglo al derecho de la Unión Europea: la STJUE de 23 de abril de 2015 (C-38/14, asunto *Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa-Extranjería c. Samir Zaizoune*) que había establecido que la normativa española, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, imponía, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí, resultaba contraria 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 (conocida como Directiva de retorno). Para el juzgado, la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se veía directamente afectada por aquella sentencia del tribunal de justicia y ya no cabía plantearse la necesidad de valorar esos elementos agravatorios de la conducta como fundamento de la decisión de «expulsión-retorno». La mera constatación de la situación de irregularidad determina el dictado de una orden de «expulsión-retorno». La «no devolución» solo se exceptuaba si se acreditase alguna de las circunstancias previstas en la directiva (interés superior del niño, vida familiar y estado de salud), que no concurrían en la demandante, que no alegaba «la existencia de una familia propia en España, ni de hijos menores que pudieran verse afectados por la decisión, ni ninguna enfermedad que pudiera ser valorada».

d) La demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia, mediante escrito presentado en el juzgado el 8 de mayo de 2019, en el que alegó, por un lado, que la STJUE de 23 de abril de 2015 (C-38/14) no agotaba todas las posibilidades de interpretación de la directiva con relación a la normativa española: el tribunal de justicia obviaba que la multa no suponía la regularización del extranjero, sino que entrañaba la obligación de que este saliera del territorio con arreglo a lo dispuesto en el art. 28.3.c) LOEx. Debía recordarse que toda directiva era una norma generadora de obligaciones para los Estados cuyo efecto directo –agotado el plazo de trasposición y si la disposición era precisa e incondicional– radicaba en que podía ser invocada por los particulares, pero no cabía que estableciese obligaciones directas para estos si no habían sido traspuestas. Por ello, entendía que no procedía aplicar directamente la Directiva de retorno en perjuicio de la interesada. Esta conclusión se veía reforzada, según la recurrente, en atención a la naturaleza sancionadora del decreto de expulsión y a la vigencia en este ámbito de los principios inspiradores del derecho penal que exigen que la resolución sancionadora contenga una motivación suficiente sobre la concurrencia de los elementos del tipo infractor y sobre la proporcionalidad de la sanción aplicada. La STJUE de 23 de abril de 2015 no alteraba el marco de enjuiciamiento de la resolución sancionadora en los términos que resultaban de los arts. 53, 55 y 57 LOEx y de su interpretación jurisprudencial. De ahí que la sanción de expulsión quebrantase el principio de proporcionalidad al imponerse por la mera estancia irregular sin que existieran otros datos negativos que la justificaran. Finalmente, la recurrente reproducía los cinco puntos de la demanda relativos a sus circunstancias personales y familiares.

e) El recurso de apelación núm. 820-2019, al que se opuso la Abogacía del Estado en escrito presentado en el juzgado el 14 de junio de 2019, fue desestimado por la sentencia núm. 985/2019, de 13 de diciembre, de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid cuyo objeto se circunscribió a comprobar si la sanción de expulsión infringió el principio de proporcionalidad y si conllevó un efecto directo descendente de la Directiva de retorno. Según la sala, no se produjo ninguna infracción ni tal efecto tuvo lugar, puesto que las exigencias de la directiva, en la interpretación efectuada por la STJUE de 23 de abril de 2015, asumida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 12 de junio de 2018 (Sección Quinta, recurso de casación núm. 2958-2017), implicaban que la estancia irregular del extranjero bastase para acordar su expulsión, a no ser que concurriese alguna de las circunstancias previstas para exceptuar el retorno, lo que no era el caso, pues la recurrente, tal y como ya se

apreciaba en la resolución apelada, no había acreditado «un vínculo suficientemente intenso que pueda erigirse en un obstáculo frente a la expulsión».

f) La recurrente presentó, con fecha de entrada en autos el 4 de febrero de 2020, escrito de preparación de recurso de casación. Reiteraba que la sanción de expulsión en lugar de la de multa y no tener en cuenta sus circunstancias personales y familiares suponía una aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE en perjuicio de un particular, que vulneraba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los arts. 14 y 24 CE y los arts. 53, 55 y 57 LOEx; postulaba por ello la aplicación de la normativa española, tal y como venía siendo interpretada por el Tribunal Supremo con anterioridad a la STJUE de 23 de abril de 2015.

Por auto de 5 de febrero de 2020, la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, denegó la preparación del recurso al carecer de fundamentación, con singular referencia al caso, sobre la concurrencia de algún supuesto que permitiese apreciar interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [arts. 88.2 y 3, y 89.2.f) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)].

g) La recurrente presentó, el 19 de febrero de 2020, recurso de queja ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el que reprodujo las alegaciones del recurso de casación. Mediante diligencia de ordenación de 10 de julio de 2020 se tuvo por interpuesto el recurso de queja núm. 120-2020 y, por auto de 9 de octubre de 2020, la Sección Primera de dicha sala lo desestimó y declaró bien denegada la preparación del recurso porque la recurrente no había cumplido con los requisitos de fundamentación exigidos en el art. 89.2 LJCA cuya consecuencia, según el art. 89.4 LJCA, era la de tenerlo por no preparado, denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo.

3. La demanda de amparo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar en relación con la protección social y económica de la familia (se citan los arts. 18, 39 y 49 CE) y el principio de proporcionalidad, como consecuencia de la confirmación en las distintas instancias judiciales de la sanción de expulsión por la mera estancia irregular en España de la demandante sin valorar las circunstancias personales y familiares acreditativas de su arraigo. Alega, como hizo ante la jurisdicción ordinaria, que la normativa española de extranjería impone como regla general la sanción de multa en los casos de mera estancia irregular y reserva la expulsión para aquellos otros en que concurren datos negativos (antecedentes penales o policiales cualificados, sanciones administrativas previas, conductas contra el orden público, etc.), de modo que no cabe acordar la expulsión cuando tales hechos no existen, y menos aún fundarla en la aplicación directa de una directiva que no puede ser utilizada por los Estados para perjudicar a las personas. En apoyo de su postura, invoca la STJUE de 8 de octubre de 2020 (C-568/19, asunto *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*), que, a propósito de la interpretación de la normativa española de extranjería en relación con la Directiva 2008/115/CE, recordaba que la autoridad nacional no puede basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno.

4. La Sección Primera de este tribunal, mediante providencia de 21 de abril de 2021, admitió a trámite la demanda al apreciar que concurre en el recurso una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)] porque puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio de doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b)]; acordó dirigirse a los distintos órganos judiciales para que remitiesen certificación o copia adverada de sus respectivas actuaciones y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid para que además emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento,

excepto a la recurrente en amparo, con el fin de que pudiesen comparecer en el recurso en el plazo de diez días; y emplazó a la Abogacía del Estado en representación de la administración.

5. La Abogacía del Estado se personó en el procedimiento, mediante escrito presentado el 11 de mayo de 2021. El secretario de justicia de la Sección Primera de este tribunal, por diligencia de ordenación de 28 de junio de 2021, tuvo por recibidos todos los testimonios de las actuaciones judiciales, por personada y parte a la Abogacía del Estado y, conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por un plazo común de veinte días para presentar alegaciones.

6. La Abogacía del Estado presentó escrito, el 27 de julio de 2021, en el que sostiene que no se han vulnerado los derechos fundamentales de los arts. 18 y 24 CE alegados por la parte demandante en el suplico de su demanda. Según el abogado del Estado, la sanción de expulsión se impuso y se confirmó no por aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE, sino aplicando la regulación que resultó de su trasposición mediante la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. La STJUE de 8 de octubre de 2020, en interpretación de la mencionada directiva, establece que «la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes». Pero –insiste el abogado del Estado– la decisión de la autoridad española no se basó en la aplicación directa de la Directiva, sino en la aplicación de la ley interna. Y, dado que el Tribunal Constitucional no es el «juez del pleito» y que la tarea de apreciación de hechos y de subsunción jurídica corresponde a los órganos administrativos y jurisdiccionales, la función de aquel en garantía del art. 24 CE debe ceñirse a comprobar si las decisiones adoptadas adolecieron de algún defecto de arbitrariedad, error patente o irracionalidad evidente. Al respecto, sostiene que las resoluciones no incurrieron en tales defectos y que bastaba su mera lectura para apreciar que se ofreció una respuesta motivada y con arreglo al criterio «imperante» de la STJUE de 23 de abril de 2015. La administración y la jurisdicción tampoco vulneraron los derechos a la intimidad personal y familiar con relación a los principios de protección social, económica y jurídica de la familia puesto que, como ya se resolvió en ambas sedes, no cabía aplicar la excepción basada en la «vida familiar» del art. 6 de la Directiva 2008/115/CE, «por razón de un parentesco con una tía de nacionalidad española y una prima residente legal en España». Aparte de que resultaba contradictorio denunciar la supuesta aplicación directa de una directiva y luego pretender ampararse en sus excepciones, y de que tales principios protectores no eran susceptibles de tutela independiente por vía de amparo.

No obstante, el abogado del Estado admite que la STJUE de 8 de octubre de 2020 supuso un cambio de criterio hasta el punto de que, si «hubiera estado "vigente" entonces, en el momento de tratarse el caso de la persona ahora demandante de amparo, no se habría decidido por las autoridades internas: administrativa y jurisdiccional, de la misma manera». De ahí que, a la vista del giro interpretativo acerca de la Directiva 2008/115/CE y la legislación interna desarrollada en ejecución de aquella, esta representación procesal terminase sus alegaciones solicitando que se dictase sentencia conforme a derecho.

7. La recurrente, mediante escrito de 27 de julio de 2021, se remitió a lo ya expuesto en su demanda.

8. El fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó escrito, el 29 de septiembre de 2021, en el que solicita, por un lado, la inadmisión del recurso respecto de las vulneraciones que se atribuyen a los autos que deniegan la preparación del recurso de casación, puesto que la recurrente no argumenta sobre el derecho concernido de acceso a los recursos y porque la efectividad de la protección social y económica de la familia no puede exigirse a través del recurso de amparo. Por otro lado, solicita la estimación del

recurso de amparo contra el decreto de expulsión y las sentencias recurridas por vulneración del derecho a la tutela administrativa y judicial del art. 24.1 CE, con retroacción de las actuaciones para que por la administración se tramite nuevo procedimiento y se adopte una nueva resolución acorde con el derecho de la recurrente.

El fiscal sostiene que la resolución administrativa de expulsión no respetó el principio de proporcionalidad ni la necesidad de ponderar motivadamente esta sanción en lugar de la de multa, que se limitó a constatar la situación de estancia irregular y que rechazó las circunstancias alegadas por la recurrente de manera genérica y estereotipada. Las sentencias recurridas, según el fiscal, no incurrieron en tal déficit de motivación, pero resolvieron la controversia dejando de aplicar la normativa nacional; aplicaron directamente la Directiva 2008/115/CE en atención a la doctrina fijada por la sentencia núm. 980/2018, de 12 de junio, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que, tras la STJUE de 23 de abril de 2015, estableció que el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea obligaba a entender que «lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva de retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución».

Sin embargo, esta doctrina –prosigue el fiscal– fue completada por la STJUE de 8 de octubre de 2020 (C-568/19, asunto *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*), que declaró que: «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, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes».

La Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección Quinta), en su sentencia núm. 366/2021, de 17 de marzo, determinó el alcance de este segundo pronunciamiento del Tribunal de Justicia y declaró: «Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa. Segundo, que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria. Tercero, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación».

Los órganos judiciales confirmaron el decreto de expulsión basándose en la aplicación exclusiva de la directiva de retorno, otorgando a esta un efecto directo vertical inverso prohibido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y en perjuicio de la recurrente, a quien se sancionó prescindiendo de la normativa española que obligaba a valorar, conforme al principio de proporcionalidad, la existencia de circunstancias agravantes para acordar la sanción de expulsión. Esta interpretación y aplicación judicial de la normativa en materia de extranjería que sirvió para confirmar la sanción de expulsión vulneró, según el fiscal, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la demandante, lo que determinó igualmente que la resolución de expulsión incurriese en idéntica quiebra además del déficit de falta de motivación que se le imputaba.

9. Por diligencia de ordenación de 1 de febrero de 2023, el secretario de justicia de la Sección Tercera de la Sala Segunda de este tribunal puso en conocimiento de las partes que, en virtud del acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2023, publicado en el «BOE» de 19 de enero de 2023, el presente recurso de amparo fue turnado a la citada sección.

10. El 11 de mayo de 2023, el magistrado don César Tolosa Tribiño presentó escrito en el que, conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, comunicó a la Sala Segunda de este tribunal, por conducto de su presidenta, su decisión de abstenerse del conocimiento del presente recurso de amparo.

La Sala Segunda, mediante auto de 22 de mayo de 2023, estimó justificada la causa de abstención y el citado magistrado quedó apartado definitivamente del recurso de amparo núm. 5744-2020 y de todas sus incidencias.

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

II. Fundamentos jurídicos

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

a) El presente recurso de amparo se dirige contra la resolución de 20 de noviembre de 2017 de la Delegación del Gobierno en Madrid, que decretó la expulsión de la recurrente del territorio nacional con prohibición de entrada en España por un período de tres años, y contra las resoluciones judiciales siguientes: sentencia núm. 128/2019, de 24 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dicho decreto; sentencia núm. 985/2019, de 13 de diciembre, de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación y auto de 5 de febrero de 2020, de la misma sección que denegó la preparación del recurso de casación; y auto de 9 de octubre de 2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que desestimó el recurso de queja y tuvo por bien denegada la preparación del recurso de casación.

La recurrente alega que tales resoluciones han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, el derecho a la intimidad personal y familiar en relación con la protección social y económica de la familia y el principio de proporcionalidad. El desarrollo argumental de estas quejas se realiza en gran medida, al igual que hizo ante la jurisdicción ordinaria, insistiendo en que la sanción de expulsión fue improcedente porque se le impuso aplicando directamente la normativa de la Directiva 2008/115/CE, que establece la consecuencia general de retorno para los casos de estancia irregular de los nacionales de terceros Estados ajenos a la Unión Europea, en lugar de aplicar la normativa española de extranjería, que establece la sanción de multa como regla general para los casos como el suyo de mera estancia irregular y que reserva la sanción de expulsión para aquellos supuestos en que concurren datos negativos que deben ponderarse. Se afirma que el efecto directo de las directivas que debía operar como mecanismo de protección de los ciudadanos se invirtió y se utilizó en su perjuicio.

Tanto el abogado del Estado como el fiscal coinciden, sobre todo después de que la STJUE de 8 de octubre de 2020 (C-568/19, asunto *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*), en que «la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes».

La queja de la recurrente, en los términos que se plantean, coincide con la que resuelve la sentencia del Pleno STC 47/2023, de 10 de mayo, cuya doctrina resulta aplicable al caso y en la que se reconoció la vulneración del derecho a la legalidad

sancionadora (art. 25.1 CE) de la recurrente en un supuesto idéntico de expulsión por mera estancia irregular que se justificaba en la aplicación directa de las consecuencias de la Directiva de retorno en lugar de aplicar la normativa española de extranjería. La recurrente no ha encuadrado lo que considera su lesión en una posible vulneración de este derecho, pero esta ausencia de invocación formal no obstaculiza enjuiciar la queja desde este marco constitucional que se estima el adecuado, dado que las razones aducidas en la demanda ponen de manifiesto y evidencian la lesión constitucional del art. 25.1 CE (doctrina constante, por todas, STC 118/2003, de 16 de junio, FJ 2, con cita abundante de la jurisprudencia anterior desde la STC 167/1987, de 28 de octubre, FJ 1). La sentencia de la Sala Primera STC 53/2023, de 22 de mayo, que aplica la doctrina de la citada STC 47/2023 a un supuesto igual, también consideró vulnerado el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), aunque en la demanda no se adujese de forma expresa, sino solo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa (arts. 24.1 y 2 CE).

b) En la STC 47/2023, de 10 de mayo, el Pleno del Tribunal Constitucional, expuso la regulación y la jurisprudencia nacional y de la Unión Europea aplicable a las situaciones de estancia irregular de ciudadanos de terceros países no miembros, reflejando la compatibilidad del régimen sancionador previsto en los arts. 53.1 a), 55.1 b) y 3, y 57.1 LOEx –que establecen como regla general una sanción de multa para estas situaciones y la posibilidad de imponer motivadamente una sanción de expulsión, incompatible con la de multa (art. 57.3 LOEx), previo expediente y respetando el principio de proporcionalidad si se acreditan circunstancias agravantes– con la exigencia general del art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CE, que obliga a los Estados miembros a dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones previstas en la propia directiva.

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

Como se afirma en la citada STC 47/2023, FJ 4 b), «las resoluciones judiciales declararon procedente la expulsión con fundamento en la aplicación directa de lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CE y en que la recurrente carecía de arraigo en España. Pero con tal argumentación, los órganos judiciales dejaron de aplicar las consecuencias previstas en la normativa española para las situaciones de estancia irregular, puesto que en nuestro derecho no está prevista la sanción de expulsión para los supuestos de mera estancia irregular de las personas extranjeras en quienes no se aprecie ninguna circunstancia agravante o negativa. Esta interpretación de los tribunales españoles que marginaba la normativa nacional más favorable y que otorgaba un efecto directo inverso a la Directiva de retomo es errónea y contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eficacia de esta clase de normas en los ordenamientos internos. Como señala la STJUE de 8 de octubre de 2020, "es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas" (apartado 35)».

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

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

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Erundina Adjaba Honsuy Nsa y, en su virtud:

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

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la resolución de 20 de noviembre de 2017 de la Delegación del Gobierno en Madrid, dictada en el expediente núm. 280020170015732; y de las resoluciones judiciales siguientes: sentencia núm. 128/2019, de 24 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid, dictada en el procedimiento abreviado núm. 18-2018; sentencia núm. 985/2019, de 13 de diciembre y auto de 5 de febrero de 2020 de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictados en el recurso de apelación núm. 820-2019; auto de 9 de octubre de 2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictado en el recurso de queja núm. 120-2020.

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

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