

-STC 47/2023, de 10 de mayo de 2023

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 1060-2020, promovido por doña Denize Lanes da Silva contra la resolución de 16 de abril de 2018 de la Delegación del Gobierno en Madrid, dictada en el expediente núm. 2800201800006300; y contra las resoluciones judiciales siguientes: sentencia núm. 401/2019, de 29 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 31 de Madrid, dictada en el procedimiento abreviado núm. 316-2018; sentencia núm. 381/2019, de 17 de mayo, de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de apelación núm. 154-2019; providencias de 17 de octubre de 2019 y de 13 de enero de 2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictadas en el recurso de casación núm. 4327-2019. Ha sido parte la Abogacía del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro electrónico de este tribunal el 20 de febrero de 2020 doña Denize Lanes da Silva, representada por la procuradora de los tribunales doña María Claudia Munteanu y asistida por el abogado don César Manuel Pinto Cañón, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento de esta sentencia.

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

a) El 19 de enero de 2018, la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de Madrid incoó el expediente núm. 2972-2018, relativo al procedimiento sancionador de carácter preferente contra la recurrente, tras comprobar que no disponía de documento alguno que acreditara su situación de estancia o residencia legal en España. El expediente gubernativo, que siguió con el núm. 2800201800006300, finalizó con la resolución de 16 de abril de 2018 de la Delegación del Gobierno en Madrid, que decretó la expulsión de doña Denize Lanes da Silva “del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de tres años, a contar desde la fecha en que se lleve a efecto”.

La resolución de expulsión establecía como base fáctica de la sanción que no constaba que doña Denize Lanes da Silva “haya solicitado y se halle pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo, no acreditándose por otra parte que tenga un especial arraigo familiar o social en nuestro país” y, como fundamento de Derecho, la comisión de una infracción 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), consistente en “encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”.

b) La demandante interpuso recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución, mediante demanda de procedimiento abreviado presentada el 7 de julio de 2018 en los juzgados de lo contencioso-administrativo de Madrid. Se alegó que la expulsión resultaba improcedente por distintas causas: (i) Razones humanitarias, dado que doña Denize Lanes da Silva se encontraba en España por motivos médicos de forma temporal. (ii) Subsidiariamente, se afirmaba que imponer la sanción de expulsión del art. 57.1 LOEx, por mera estancia irregular, en lugar de la multa de 501 hasta 10 000 € del art. 55.1 b) LOEx, resultaba contraria a los principios de legalidad y proporcionalidad de las sanciones (arts. 25.1 CE y 49 y 52 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: CDFUE); se oponía a la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que optaba por la multa cuando no concurría ninguna circunstancia negativa, como era el caso; y además partía de una interpretación errónea del alcance de la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14,

Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa-Extranjería c. Samir Zaizoune, sentencia que establecía que la normativa de España que, “en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, 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 también como la “Directiva de retorno”). La interpretación resultaba errónea porque otorgaba un efecto directo inverso a la directiva, cuando su efecto directo solo opera frente a los Estados y no al revés: los Estados no pueden aplicar la directiva directamente en perjuicio de los particulares. Entretanto no se produjese la expulsión de la sanción de multa del ordenamiento jurídico español procedía seguir aplicando la multa y no la expulsión con prohibición de entrada.

La demanda terminaba con la solicitud al juzgado de que anulase la sanción de expulsión o, subsidiariamente, que impusiera una multa mínima de 501 €. Y también, si lo consideraba necesario y con anterioridad a dictar sentencia, que plantease la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “A la luz del principio de legalidad de las penas que proclama el artículo 49 de la Carta Europea de Derechos en virtud del cual no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida, y en tanto que el legislador español no ha derogado el artículo 55, apartado 1, letra b), de la Ley Orgánica de extranjería, que establece que la sanción aplicable en caso de infracción grave es una multa de 501 hasta 10 000 € y el apartado 3 del mismo artículo y el apartado 1 del artículo 57 de la misma Ley Orgánica de extranjería y que en su apartado 3 dispone que en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa; ¿deberá continuar aplicándose en los casos concretos esta normativa nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión hasta que no la modifique el legislador español sacando del ordenamiento jurídico español la sanción de multa?”.

c) La demanda fue turnada al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 31 de Madrid que, tras seguir los trámites del procedimiento abreviado núm. 316-2018, dictó la sentencia 401/2019, de 29 de noviembre, que rechazó plantear la cuestión prejudicial debido a

que consideraba que existía “abundante jurisprudencia en nuestro Derecho nacional en cuanto a la normativa de aplicación” (FJ 2) y desestimó el recurso contencioso-administrativo. Según el juzgado, por un lado, la sanción de expulsión resultaba proporcionada y conforme a la doctrina de la STJUE de 23 de abril de 2015; y, por otro lado, no se alegaba ni se acreditaba el arraigo y tampoco los perjuicios de muy difícil reparación que se causarían.

d) La recurrente interpuso recurso de apelación contra la sentencia en el que denunció la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), como consecuencia de la interpretación errónea efectuada, tanto por el órgano judicial como por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de la citada STJUE de 23 de abril de 2015, dado que tal interpretación conllevaba reconocer a una directiva que no se había traspuesto adecuadamente por el Estado destinatario la capacidad de crear obligaciones directas en perjuicio de los particulares en contra del Derecho de la Unión Europea. Se reiteró que con la expulsión y prohibición de entrada por tres años se vulneraban los principios de legalidad y proporcionalidad de las sanciones (arts. 25.1 CE, 49 y 52 CDFUE). Se propuso de nuevo el planteamiento de cuestión prejudicial y se terminó solicitando de la sala la anulación de la sanción de expulsión y de la sentencia de instancia o, subsidiariamente, la imposición de una multa de 501 €.

e) El recurso de apelación fue desestimado por la sentencia núm. 381/2019, de 17 de mayo, de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La sala declaró que la Directiva 2008/115/CE fue traspuesta por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; y que, a raíz de la STJUE de 23 de abril de 2015 y de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 2958-2017, si bien era cierto que la normativa nacional seguía contemplando la posibilidad de sancionar con multa la estancia irregular de extranjeros en nuestro país, “dicha previsión ha quedado desplazada por su contradicción con la normativa comunitaria y ha devenido, por ende, inaplicable”. Restaba, por tanto, según la sala, valorar si concurría alguno de los criterios apreciados por el Tribunal de justicia de la Unión Europea al interpretar el art. 5 de la Directiva de retorno que permitiera excluir la procedencia de la expulsión, esto es, el interés superior del menor, la vida familiar o el estado de salud del interesado. Y en tal sentido, se argumentaba, nada se había acreditado ni aducido, más allá del hecho de que la recurrente se

hallara inscrita en el padrón municipal de Madrid, con su hermana, durante el tiempo necesario para el tratamiento de su enfermedad corneal que motivó su viaje y estancia en España. De ahí que la sanción de expulsión con prohibición de entrada que puso fin al procedimiento preferente de expulsión no resultase desproporcionada, procedimiento que, por otro lado, no contempla la concesión de un plazo de cumplimiento voluntario para que el interesado abandone el territorio nacional (FFJJ 4 y 5). Finalmente, la sala hizo suyos los argumentos de la sentencia de instancia para rechazar el planteamiento de la cuestión prejudicial (FJ 6) y desestimó el recurso con imposición de las costas al apelante, con el límite de 300 € por todos los conceptos (FJ 7).

f) La recurrente presentó escrito de preparación de recurso de casación contra la sentencia desestimatoria de su recurso de apelación, en el que se reiteraba la denuncia de la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), del art. 49 CDFUE, por no haber aplicado la sanción de multa, y de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que prohíbe que los poderes públicos se amparen en una norma de una directiva traspuesta incorrectamente en perjuicio de los particulares, como sucedía en el caso examinado. Se solicitó expresamente que por la Sala Tercera del Tribunal Supremo se planteara la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: “De acuerdo con la sentencia de 5 de abril de 1979, asunto C-148/78, Tullio Ratti; sentencia de 11 de junio de 1987, asunto C-14/86, Pretore di Salò; y sentencia de 8 de octubre de 1987, asunto C-80/19, Kolpinghuis Nijmegen BV de este Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la luz del principio de legalidad de las penas que proclama el artículo 49 de la Carta Europea de Derechos en virtud del cual no podrá imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida, y en tanto que el legislador español no derogue el artículo 55, apartado 1, letra b), de la Ley Orgánica de extranjería, que establece que la sanción aplicable en caso de infracción grave es una multa de 501 hasta 10 000 euros y el apartado 3 del mismo artículo y el apartado 1 del artículo 57 de la misma Ley Orgánica de extranjería y que en su apartado 3 dispone que en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa; ¿deberá continuar aplicándose, [como en el caso de enjuiciamiento], esta normativa nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpretaba, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión [cuando en su conducta solo concurre la circunstancia de permanencia irregular]? ¿La respuesta dada en la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 al órgano

judicial es directamente aplicable frente a los ciudadanos de terceros Estados que se encuentran irregularmente en España o es preciso la modificación de la ley nacional a fin de que se adapte correctamente a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008?”.

Por auto de 12 de junio de 2019 de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se tuvo por preparado el recurso de casación y se emplazó a las partes para comparecer dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

g) La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mediante providencia de 17 de octubre de 2019, inadmitió el recurso de casación núm. 4327-2019. La sala consideraba que las infracciones imputadas a la sentencia recurrida no eran relevantes del fallo, puesto que el tribunal de apelación había analizado la concurrencia de las circunstancias positivas previstas en la Directiva 2008/115/CE que excepcionaban la decisión de retorno, había aplicado el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y la doctrina de la STJUE de 23 de abril de 2015, y el recurso carecía de interés casacional para la formación de la jurisprudencia al haber sido ya dictadas distintas sentencias sobre la cuestión controvertida y en sentido desfavorable a su pretensión.

h) La recurrente formuló incidente de nulidad de actuaciones contra la providencia de inadmisión en el que se solicitó que se declarase su nulidad y que se admitiese el recurso de casación interpuesto. Se alegó que la providencia omitió pronunciarse sobre la necesidad de plantear la cuestión prejudicial y que con ella se vulneró el derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), porque, de conformidad con la STC 37/2019, de 26 de marzo, resultaba exigible plantear la cuestión prejudicial propuesta al no concurrir los requisitos necesarios para apreciar la existencia de un acto aclarado respecto del problema interpretativo suscitado. Por otro lado, afirmaba que la cuestión tenía interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, y con mayor motivo desde el momento en que en el “Diario Oficial de la Unión Europea” de 28 de octubre de 2019, se había publicado la petición de decisión prejudicial presentada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 25 de julio de 2019 (C-568/19), que guardaba gran similitud con la propuesta en el escrito de preparación del recurso de casación.

i) La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mediante providencia de 13 de enero de 2019, inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones. Según la sala, la obligatoriedad de plantear esta cuestión prejudicial no está prevista en el trámite de admisión del recurso de casación y ningún tribunal de justicia viene obligado a ello por el hecho de que una parte lo solicite si considera que no se dan los requisitos. Tampoco se incurría en incongruencia omisiva, dado que la providencia se había ajustado a las exigencias del art. 90.4 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), y se fundamentaba en una causa legalmente prevista. Se reiteraron los motivos por los que se había inadmitido el recurso de casación, y se añadió que la recurrente hacía una interpretación sesgada de la Directiva de Retorno sobre la que ya se había resuelto una cuestión prejudicial en la STJUE de 23 de abril de 2015, que dio lugar a las sentencias de la sala citadas en la providencia de inadmisión y, en consecuencia, a la pérdida de interés casacional de la cuestión planteada. Finalmente, la sala consideró el planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha como un hecho nuevo posterior a la providencia cuya nulidad se instaba, lo que determinaba asimismo su inadmisión.

3. La demanda de amparo denuncia que a la recurrente se le ha vulnerado, tanto por la administración como por los órganos judiciales, el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE). La recurrente no cuestiona su estancia irregular en España, pero dado que no concurre en ella ninguna circunstancia agravante o elemento negativo, la sanción correspondiente a esta infracción grave [art. 53.1 a) LOEx] es la de multa de 501 hasta 10 000 € [art. 55.1 b) LOEx], y no la de expulsión con prohibición de entrada durante tres años (art. 57.1 LOEx). La administración y los órganos judiciales interpretaron erróneamente el principio de primacía del Derecho de la Unión y la STJUE de 23 de abril de 2015, que declaró la contradicción entre el art. 6 de la Directiva 2008/115/CE, que obliga a la expulsión en caso de estancia irregular en un Estado miembro, y la normativa española, que establece sanciones de multa y expulsión siendo ambas incompatibles entre sí. Porque aplicaron directamente la directiva en perjuicio de la recurrente, sin reparar en que la normativa española contenida en la Ley Orgánica 4/2000 resultaba más beneficiosa y no había sido modificada. Se efectuó una interpretación que produce un “efecto directo vertical inverso”, prohibido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que determina que las directivas no pueden ser invocadas por los Estados frente a los particulares cuando estas no han sido

traspuestas o lo han sido de modo incorrecto. Se desplazó así la normativa española más beneficiosa que resultaba aplicable y se vulneró el derecho a la legalidad sancionadora.

Asimismo, la recurrente considera que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo vulneró su derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE), cuando inadmitió su recurso de casación y el incidente de nulidad de actuaciones. A su juicio, de acuerdo con la STC 37/2019, de 26 de marzo, y el art. 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, resultaba exigible que la sala hubiera planteado dicha cuestión al haberse dejado de aplicar una norma interna sin que existiera un “acto aclarado” sobre si procedía continuar aplicando la norma interna por ser más beneficiosa al ciudadano extranjero en situación irregular hasta que la legislación nacional se acomodase a la Directiva 2008/115/CE.

La demandante solicita que se declare que se han vulnerado sus derechos fundamentales a la legalidad sancionadora y a un proceso con todas las garantías, que se la restablezca en ellos y, a tal fin, que se anulen las distintas resoluciones impugnadas. Subsidiariamente, solicita retrotraer las actuaciones al momento anterior a que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictara la providencia de 17 de octubre de 2019 para que dicte una nueva resolución respetuosa con los derechos fundamentales vulnerados. Por otro lado de la demanda, la recurrente solicita la suspensión cautelar del decreto de expulsión confirmado por los distintos órganos judiciales.

Con posterioridad a la presentación de la demanda, la recurrente presentó escrito el 9 de octubre de 2020 para aportar copia de la STJUE de 8 de octubre de 2020 (C-568/19), que resuelve la mencionada cuestión prejudicial planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, y completar así las alegaciones de la demanda de amparo sobre la concurrencia de su especial trascendencia constitucional, debido a que las vulneraciones de los derechos fundamentales alegados trae causa de una errónea y reiterada interpretación por parte de los órganos judiciales nacionales de los principios de efecto útil y primacía del Derecho de la Unión Europea.

4. La Sección Tercera de este tribunal, mediante providencia de 25 de enero 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: LOTC) 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, FJ 2 b)]; acordó dirigirse a los distintos órganos judiciales para que remitiesen certificación o copia adverada de las actuaciones y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 31 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 decidió formar pieza separada de suspensión de la ejecución del acto impugnado.

5. Mediante providencia de 25 de enero de 2021, dictada en la pieza separada de suspensión, la Sección Tercera de este tribunal concedió un plazo común de tres días a la recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimasen pertinente sobre la suspensión solicitada. La parte recurrente y el Ministerio Fiscal mediante sendos escritos presentados, respectivamente, el 19 de febrero y el 2 de marzo de 2021, interesaron la suspensión del acto impugnado. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, mediante ATC 40/2021, de 19 de abril, acordó la suspensión de la resolución administrativa que ordena la expulsión de la recurrente, dado que su materialización “podría convertir en ilusoria una eventual concesión del amparo, porque, por un lado, lo que se trataría de impedir con el recurso ya habría tenido lugar y, por otro, pese a que una eventual concesión del amparo pudiera tener como consecuencia la posibilidad de que el recurrente regresase a nuestro país, los perjuicios de carácter personal, económico y familiar serían de imposible resarcimiento [...] tampoco cabe apreciar que dicha suspensión pueda originar una perturbación grave de los intereses generales ni de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero” (FJ 2).

6. La Abogacía del Estado se personó en el procedimiento mediante escrito presentado el 25 de febrero de 2021.

7. Los días 1 y 2 de marzo de 2021 tuvieron entrada en el registro de este tribunal las actuaciones remitidas por los órganos judiciales.

8. El secretario de justicia de la Sección Tercera de la Sala Segunda del tribunal, por diligencia de ordenación de 28 de abril de 2021, tuvo 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.

9. La recurrente, mediante escrito de 18 de mayo de 2021, se remitió a lo ya expuesto en su demanda y en su escrito posterior de 9 de octubre de 2020, y puso de manifiesto que la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo había dictado la sentencia núm. 366/2021, de 17 de marzo, lo que, a su juicio, respaldaba los argumentos de la demanda de amparo, “dado que expresamente establece que, de acuerdo con la norma interna, interpretada de acuerdo con la directiva, solo procede la sanción de expulsión cuando a la mera estancia irregular se añade alguna circunstancia agravante, circunstancia que no concurre en este caso. Por tanto, la decisión de expulsión adoptada frente a la recurrente por la administración y confirmada por el juzgado y tribunales cuando solo ha quedado acreditada su estancia irregular carece de cobertura jurídica y, por consiguiente, ha supuesto una vulneración del derecho a la legalidad sancionadora, artículo 25.1 de la Constitución”.

10. La Abogacía del Estado presentó escrito, el 1 de junio de 2021, en el que solicitó que se desestimase la demanda de amparo. Por una parte, considera que la Sala Tercera del Tribunal Supremo no vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías por preterición del sistema de fuentes establecido, dado que no resultaba necesario plantear la cuestión prejudicial propuesta al estar ante una situación de “acto aclarado” por la STJUE de 23 de octubre de 2015, y también de un “caso claro”, debido a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. La parte de la ley interna que, tras su trasposición, resulta contraria a la normativa europea debe entenderse desplazada por esta, tal y como entendieron las distintas resoluciones judiciales. Por otra parte, ni el decreto de expulsión ni las distintas resoluciones judiciales vulneraron el derecho a la legalidad sancionadora por desproporción de la sanción impuesta, puesto que la recurrente no acreditó ninguna de las circunstancias previstas en la Directiva de retorno para no aplicar o suspender la única sanción posible de expulsión.

11. El Ministerio Fiscal presentó escrito el 1 de febrero de 2022 en el que solicitó la estimación parcial del recurso. Con respecto a la primera de las quejas alegadas, considera que las resoluciones impugnadas vulneraron el derecho fundamental a la legalidad

sancionadora (art. 25.1 CE) y que debe declararse su nulidad. A su juicio, el decreto de expulsión no expresa el fundamento legal para imponer la sanción de expulsión (art. 57.1 LOEx), en lugar de imponer la sanción principal y básica de multa del art. 55.1 b) LOEx, y no puede considerarse que su justificación se halle implícita en la falta de arraigo de la recurrente, como se entendió por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 31 de Madrid. La ausencia de arraigo “no es un elemento negativo que permita apreciar la infracción de estancia irregular como muy cualificada y proporcionada la sanción de expulsión en vez de multa”. En su escrito plasma la doctrina de las SSTJUE de 23 de abril de 2015 y de 8 de octubre de 2020, y concluye que el decreto de expulsión y las sentencias que lo confirmaron infringieron la garantía material del principio de legalidad sancionadora, contraviniendo además la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que establece la interdicción del principio de efecto directo vertical en contra de los particulares que se ven favorecidos por la norma nacional no traspuesta adecuadamente.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal sostiene que el recurso debe desestimarse con relación a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que la recurrente atribuye a las providencias de inadmisión de su recurso de casación y del incidente de nulidad de actuaciones. Según la fiscal, las mencionadas resoluciones, aunque pusieron fin al proceso judicial, no decidieron sobre el fondo de la cuestión planteada en el recurso de casación, sino que lo inadmitieron porque consideraron, primero, que no concurrían sus presupuestos al apreciar que las infracciones legales denunciadas no habían sido relevantes para el fallo [art. 90.4 c) LJCA] y, segundo, que no concurría interés casacional objetivo por existir ya jurisprudencia que resolvía desfavorablemente la cuestión planteada [art. 90.4 d) LJCA]. Con el dictado de tales providencias, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo no dejó inaplicada la norma nacional por considerarla contraria al derecho europeo sin plantear cuestión prejudicial interpretativa, sino que se limitó a verificar los requisitos de admisión del recurso; por tanto, no infringió el derecho a un proceso con todas las garantías, ni la normativa ni la jurisprudencia nacional y comunitaria sobre la obligación de plantear cuestión prejudicial [arts. 24.2 CE y 267 b) del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, STC 37/2019, de 26 de marzo, y STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, C-283/81]. La demandante solo alega en su recurso de amparo que las citadas providencias vulneraron su derecho a un proceso con todas las garantías, pero no que con ellas le hubiese sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en la vertiente del

derecho al recurso del art. 24.1 CE, por lo que no procedía pronunciarse sobre ninguna otra vulneración.

12. El 7 de marzo de 2023, el magistrado don César Tolosa Tribiño presentó escrito, conforme al art. 217 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que pone en conocimiento del Pleno de este tribunal, por conducto de su presidente, su decisión de comunicar su abstención del conocimiento del recurso de amparo núm. 1060-2020.

13. Por providencia del Pleno de 21 de marzo de 2023 se acordó la avocación al Pleno del presente recurso de amparo.

14. Mediante auto 139/2023, de 21 de marzo, el Pleno estimó justificada la abstención formulada por el magistrado don Cesar Tolosa Tribiño en el recurso de amparo 1060-2020 apartándole definitivamente del referido recurso y de todas sus incidencias.

15. Por acuerdo de 21 de marzo de 2023 del presidente de este tribunal, se designó como nuevo ponente al magistrado don Enrique Arnaldo Alcubilla, en sustitución del magistrado don Cesar Tolosa Tribiño, a quien correspondía la ponencia.

16. Por providencia de 9 de mayo de 2023, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 10 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso, posiciones de las partes y orden de examen de las quejas

a) El presente recurso de amparo tiene por objeto determinar si la resolución de 16 de abril de 2018 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 las resoluciones judiciales impugnadas: sentencia núm. 401/2019, de 29 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 31 de Madrid, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra dicho decreto; sentencia núm. 381/2019, de 17 de mayo, 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

providencias de 17 de octubre de 2019 y de 13 de enero de 2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de inadmisión del recurso de casación y del incidente de nulidad de actuaciones, han vulnerado el derecho fundamental de la demandante a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE); y si las dos providencias mencionadas han vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (arts. 24.2 CE).

b) La recurrente considera vulnerado su derecho a la legalidad sancionadora y el principio de proporcionalidad con fundamento en que se acordó su expulsión del territorio nacional por el hecho de encontrarse ilegalmente en España, cuando la sanción procedente en tal caso debió ser la de multa, al no concurrir ninguna circunstancia negativa. La sanción de expulsión prevista en la Directiva 2008/115/CE no puede aplicarse directamente cuando la ley nacional contempla un régimen más beneficioso para el ciudadano. El efecto vertical de las directivas solo opera frente a los Estados que deben trasponerlas y no para establecer obligaciones o consecuencias perjudiciales para los ciudadanos si no han sido traspuestas, o lo han sido de modo incorrecto, como es el caso, en que el régimen español prevé sanciones de multa y expulsión, incompatibles entre sí, para los supuestos de estancia irregular.

Asimismo, la recurrente sostiene que la decisión de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de no plantear, como última instancia, la cuestión prejudicial propuesta, vulnera su derecho a un proceso con todas las garantías. La interpretación de la sala conllevaba dejar de aplicar una norma interna y no existía un “acto aclarado” sobre la procedencia de continuar aplicando la norma interna por ser más beneficiosa al ciudadano extranjero en situación irregular mientras la legislación nacional no se acomodase a la citada directiva.

La Abogacía de Estado se opone a la estimación del recurso de amparo. Estima que no se vulnera el derecho a la legalidad sancionadora, dado que la recurrente se encontraba en situación irregular en España y no acreditó arraigo alguno; y tampoco se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías no planteando la cuestión prejudicial, puesto que la Directiva de retorno se halla traspuesta y es de aplicación la doctrina del “acto aclarado” por la STJUE de 23 de abril de 2015 y del “caso claro”, de modo que la parte de la ley interna que, tras la trasposición, resulta contraria a la normativa europea, debe entenderse desplazada por esta, tal y como entendieron las distintas resoluciones judiciales.

El Ministerio Fiscal solicita la estimación parcial del recurso porque considera que el decreto de expulsión y las resoluciones judiciales que lo confirmaron vulneran el derecho a la legalidad sancionadora, al haberse impuesto una sanción de expulsión del territorio nacional por estancia irregular sin apreciar ninguna otra circunstancia agravante o negativa. No considera que exista vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías que pueda atribuirse a las providencias de inadmisión del recurso de casación y del incidente de nulidad de actuaciones que decidieron no plantear la cuestión prejudicial que la recurrente proponía, puesto que tales resoluciones no resolvieron sobre el fondo del recurso de casación, ni dejaron de aplicar la norma nacional por considerarla contraria al derecho europeo sin plantear dicha cuestión, sino que se limitaron a verificar los requisitos de admisión del recurso.

c) La naturaleza mixta del recurso de amparo interpuesto determina que se examine, en primer término, la queja relativa a la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora que se atribuye al decreto de expulsión y a las distintas resoluciones judiciales que lo confirmaron. Su eventual estimación facilita una solución más temprana del recurso y haría innecesario el examen de la queja relativa a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (SSTC 140/2009, de 15 de junio, FJ 1, y 131/2016, de 18 de julio, FJ 4).

2. Especial trascendencia constitucional del recurso

La especial trascendencia constitucional de este recurso no ha sido cuestionada. No obstante, conforme a la STEDH de 20 de enero de 2015, asunto Arribas Antón c. España, § 46, exigencias de certeza y buena administración de justicia obligan a explicitar los criterios empleados por este tribunal (STC 96/2015, de 25 de mayo, FJ 1).

La demanda fue admitida porque el recurso 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, FJ 2 b)], que se concretaba, en este caso, en comprobar la incidencia en nuestra jurisprudencia de la STJUE de 23 de abril de 2015, que declaró incompatible el régimen sancionador previsto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para los supuestos de estancia irregular de extranjeros en nuestro país, con la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y

procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (conocida como la “Directiva de retorno”).

Sin embargo, durante la tramitación del presente recurso de amparo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como se verá, ha pronunciado dos sentencias que han aclarado la compatibilidad del régimen sancionador previsto en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España con la citada directiva en los casos de estancia irregular, lo que supone la plena aplicación de nuestra doctrina en materia de extranjería en función del derecho fundamental afectado.

3. Compatibilidad del régimen sancionador de la estancia irregular en España de nacionales de terceros países con la Directiva 2008/115/CE: interpretación jurisprudencial

a) El régimen sancionador vigente para los supuestos de estancia irregular en España de nacionales de terceros países, que no ha variado y que también resulta aplicable al caso, obedece a la regulación efectuada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, mediante la que se traspuso, como se indica en su preámbulo [apdo. II g)], entre otras, la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia irregular.

Según la citada regulación, la estancia irregular de extranjeros en territorio español resulta constitutiva de una infracción grave [art. 53.1 a) LOEx], sancionada, como regla general, con multa de 501 hasta 10 000 € [art. 55.1 b) LOEx]. La graduación de las sanciones se efectuará por el órgano competente para su imposición “con 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” (art. 55.3 LOEx). “Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor” (art. 55.4 LOEx).

No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 57.1 LOEx, las situaciones de estancia irregular, en lugar de con multa, pueden sancionarse con la expulsión del territorio

español, siempre que se respete el principio de proporcionalidad, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción. “En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa” (art. 57.3 LOEx). **Esta referencia al principio de proporcionalidad se interpreta por la jurisprudencia en el sentido de que solo cabe la expulsión si existen “circunstancias agravantes” en los nacionales de terceros países en situación de estancia irregular, tal y como se comprobará seguidamente al analizar la evolución de la jurisprudencia nacional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

b) La normativa europea, según el preámbulo de la Directiva 2008/115/CE, “pretende fijar normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada” (considerando 4). Para ello, establece “un conjunto horizontal de normas aplicable a todos los nacionales de terceros países que no cumplen o que han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en un Estado miembro” (considerando 5). Y entiende procedente que “los Estados miembros se aseguren de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente. De conformidad con los principios generales del Derecho comunitario, las decisiones que se tomen en el marco de la presente directiva deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular” (considerando 6).

Con como regla general, el art. 6.1 de la directiva dispone que los “Estados miembros dictarán 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 contempladas en los apartados 2 a 5”; excepciones, no aplicables al caso examinado, relativas a supuestos en que la persona cuenta con un permiso de residencia u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro, o en que otro Estado miembro se hace cargo de ella en virtud de acuerdos o convenios bilaterales, o se le otorga un permiso o autorización de estancia por razones humanitarias o de otro tipo, o está pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que le otorgue el derecho de estancia.

Pero debe tenerse en cuenta que el art. 4.2 y 3 de la Directiva establece que la “presente directiva se entenderá sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario

en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país”, y que la “presente directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente directiva”. Finalmente, según su art. 5, al “aplicar la presente directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: a) el interés superior del niño, b) la vida familiar, c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución”.

c) En un primer momento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la vista de las distintas consecuencias jurídicas previstas en la normativa española y en la Directiva europea para los supuestos de estancia irregular de nacionales de terceros países, declaró su incompatibilidad en la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa c. Samir Zaizoune, C-38/14, cuya parte dispositiva establece 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, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí”.

d) La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 980/2018, de 12 de junio, que abordó por primera vez, tras la STJUE de 23 de abril de 2015, la interpretación que debía efectuarse en la aplicación de la normativa española a los supuestos de estancia irregular, sostuvo 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” (FJ 6).

La recurrente ha venido denunciando en todas las instancias que esa interpretación no es la que se deriva de la sentencia del Tribunal de Justicia. La Directiva de retorno no tiene un efecto directo que permita dejar inaplicada la normativa española —que es más favorable— en perjuicio del particular. Según la recurrente, optar por esa interpretación, aparte de vulnerar la legalidad sancionadora y el principio de proporcionalidad de las sanciones, supone ir en contra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que prohíbe el “efecto directo vertical inverso” de las directivas no traspuestas (o erróneamente traspuestas) en perjuicio de los ciudadanos. El devenir del proceso judicial le permitió incluso advertir que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha había planteado una cuestión prejudicial que guardaba gran similitud con la que ella proponía en su escrito de preparación del recurso de casación y en la que se rechazaba, en definitiva, esa interpretación prejudicial para la ciudadanía.

e) Durante la tramitación del presente recurso de amparo, la recurrente puso de manifiesto en un escrito para completar su demanda que la citada cuestión prejudicial del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, fue resuelta en la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo, C-568/19). Según el fallo de esta sentencia: “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”.

f) Como consecuencia del nuevo pronunciamiento del Tribunal de Justicia, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 366/2021, de 17 de marzo, ha establecido los criterios siguientes: “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”.

g) Finalmente, debe mencionarse que durante la tramitación del presente recurso de amparo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado la sentencia de 3 de marzo de 2022 asunto UN c. Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, C-409/20, que, en respuesta a la cuestión prejudicial que le planteó el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra, resuelve en su parte dispositiva 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, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, leídos en relación con los artículos 6, apartado 4, y 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión, siempre que dicho plazo se fije de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartados 1 y 2, de esta directiva”.

La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia núm. 1047/2022 de 20 de julio, partiendo de los apartados 37 y 38 de esta última sentencia del Tribunal de Justicia, dedicados a definir el alcance su respuesta y en los que se afirma que no le corresponde “verificar o cuestionar la exactitud de la interpretación del Derecho nacional por el órgano jurisdiccional nacional, ya que tal interpretación es competencia exclusiva de este último”, ha fijado —siguiendo la línea iniciada en la STS 337/2022, de 16 de marzo— como criterios interpretativos del art. 57.1 en relación con los

arts. 53.1 a) y 55.1 b) LOEx, los expuestos en la citada STS 366/2021, de 17 de marzo. La sala de casación concluye, en síntesis, que “la mera estancia irregular, sin la concurrencia de otros factores, no puede justificar una decisión de retorno. Será la motivación y el examen de las circunstancias que concurran en cada caso el que podrá justificar, conforme al principio de proporcionalidad, dicha decisión de retorno”.

Como la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo indica, “esos efectos estaban presentes en los pronunciamientos de este Tribunal Supremo cuando interpretó el mencionado precepto antes de la aprobación de la Directiva. En dicha jurisprudencia se partía del hecho que la mera estancia irregular, sin la concurrencia de circunstancias que agravaran dicha conducta, no podía servir para justificar la expulsión, criterio que se declaró de una forma inconcusa en los pronunciamientos de este Tribunal Supremo (por todas, sentencia de 28 de noviembre de 2008) que es precisamente la conclusión a que llega la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

4. Doctrina constitucional y examen de la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora

a) Planteamiento de la queja

La demandante denuncia que le ha sido vulnerado su derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), al haberle sido impuesta una sanción de expulsión del territorio español con prohibición de entrada durante tres años por el mero hecho de encontrarse en nuestro país en situación irregular. Según la recurrente, el motivo por el que se le impuso dicha sanción en lugar de la multa que era la que resultaba procedente se debió a una aplicación defectuosa del régimen sancionador en materia de extranjería derivada de una interpretación errónea de la eficacia de la Directiva de retorno y la jurisprudencia que la interpreta.

b) Doctrina constitucional aplicable sobre el derecho a la legalidad sancionadora en su vertiente de garantía material frente a los órganos sancionadores

El derecho fundamental a la legalidad sancionadora se reconoce en el art. 25.1 CE, en cuya virtud “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el

momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Este precepto, como afirma la doctrina constitucional desde la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2, incorpora la regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*, la extiende al ordenamiento administrativo sancionador y comprende una doble garantía material, de alcance absoluto, y formal, de carácter relativo y expresiva de la necesidad de reserva de ley en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, sin perjuicio del “carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en ciertas materias” (STC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2).

A su vez, la garantía material despliega su eficacia tanto en el plano o ámbito normativo como en el aplicativo. En el plano normativo, la STC 146/2015, de 25 de junio, FJ 2, recuerda que “comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*), en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones”. La garantía de certeza opera así, en primer término, en el momento de elaboración de la norma y tiene al órgano encargado de su producción como destinatario principal. En este plano o ámbito normativo, la vulneración del mandato de taxatividad se verifica por el Tribunal Constitucional atendiendo a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma.

Pero esta garantía de certeza despliega asimismo su eficacia en el momento de aplicación de la norma por parte de los órganos sancionadores. En este plano o ámbito aplicativo, que es donde la recurrente radica su queja, la vulneración se verifica por este tribunal determinando “si la aplicación de la norma sancionadora ha sido irrazonable, bien porque [...] se haya desbordado el límite del sentido literal posible del precepto, bien porque, con ocasión del juicio de subsunción, no se hayan respetado los criterios metodológicos comúnmente reconocidos o los parámetros axiológicos que derivan de nuestro ordenamiento constitucional” [STC 219/2016, de 19 de diciembre, FJ 7; con extenso resumen de doctrina, y STC 42/2022, de 21 de marzo, FJ 3 A), que se remite a la STC 14/2021, de 28 de enero, FJ 2].

c) Examen de la vulneración

El análisis de la vulneración denunciada debe partir del hecho de que no ha sido objeto de controversia el presupuesto que sirve de base para la sanción administrativa impuesta: la estancia irregular de doña Denize Lanes da Silva, respecto de la que no constaba, según la resolución que ordena su expulsión del territorio nacional, 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”. 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].

F A L L O

Ha decidido

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 Denize Lanes da Silva y, en su virtud:

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

2º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de resolución de 16 de abril de 2018 de la Delegación del Gobierno en Madrid, dictada en el expediente núm. 2800201800006300; y de las resoluciones judiciales siguientes: sentencia núm. 401/2019, de 29 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 31 de Madrid, dictada en el procedimiento abreviado núm. 316-2018; sentencia núm. 381/2019, de 17 de mayo, de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en el recurso de apelación núm. 154-2019; y providencias de 17 de octubre de 2019 y de 13 de enero de 2020 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictadas en el recurso de casación núm. 4327-2019.

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

Dada en Madrid, a diez de mayo de dos mil veintitrés.