

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**9832** *Sala Segunda. Sentencia 49/2024, de 8 de abril de 2024. Recurso de amparo 2605-2021. Promovido por don Mohamed El Bachiri en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y un juzgado del mismo orden jurisdiccional de Valencia, 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:2024:49

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. 2605-2021, promovido por don Mohamed El Bachiri contra la resolución de 15 de enero de 2019, de la Subdelegación del Gobierno en Castellón, dictada en el expediente núm. 120020180003575; y contra las resoluciones judiciales siguientes: sentencia núm. 523/2019, de 14 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Castellón de la Plana, dictada en el procedimiento abreviado núm. 143-2019; sentencia núm. 113/2020, de 20 de febrero, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictada en el recurso de apelación núm. 22-2020; providencias de 14 de enero y de 18 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictadas en el recurso de casación núm. 2863-2020. Ha sido parte la administración general del Estado, representada por abogado del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel.

#### I. Antecedentes

1. Don Mohamed El Bachiri, representado por el procurador de los tribunales don Antonio Nicolás Vallellano y asistido del abogado don José Manuel Beltrán Cristóbal, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento, mediante escrito presentado en el registro electrónico de este tribunal el 29 de abril de 2021.

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

a) Por la Subdelegación del Gobierno de Castellón se dictó resolución de 15 de enero de 2019, decretando la expulsión del territorio nacional del recurrente y

prohibiéndole la entrada en el territorio y en el espacio Schengen por un período de tres años, tras la tramitación del expediente de expulsión por procedimiento preferente núm. 120020180003575.

En los antecedentes del decreto de expulsión se hacía referencia al hecho determinante de la incoación del expediente en la comisaría de Policía de Castellón el 28 de agosto de 2018: «Se ha comprobado que el interesado carece de documento alguno que acredite que se encuentra en situación regular en España, careciendo de pasaporte que permita comprobar su identidad verdadera, así como cuándo y de qué forma entró en España. Consultado el Registro Central de Extranjeros no consta que haya realizado ningún trámite para regularizar su situación en España. Asimismo, consultados los archivos policiales no le figuran detenciones».

Según el fundamento primero del decreto, «los hechos indicados deben encuadrarse» en la conducta tipificada como infracción grave 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): «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», toda vez que, como aparece constatado en el expediente, el interesado «se encontraba en situación irregular en España atendiendo a la falta de documentación necesaria para residir en el mencionado territorio y, sin que tales hechos hayan sido desvirtuados por el interesado».

Tal conducta, según el fundamento segundo, podía conllevar la expulsión del territorio español con prohibición de entrada (arts. 57.1 y 58.1 LOEx). A tal efecto, había que tener en cuenta que la jurisprudencia consideraba que la permanencia ilegal en España no era motivo suficiente para imponer la sanción de expulsión, salvo que se motivase con otros hechos o circunstancias negativas unidas a la situación irregular, como las indicadas en «la STS de 30 de junio de 2006, recurso núm. 5101/2003 [...] que el interesado esté indocumentado, se desconozca por dónde y en qué fecha entró en España, o no se acredite su identificación y filiación, así como la falta de vínculos familiares, laborales o sociales en España, son motivo suficiente para sancionar con acuerdo de expulsión. Estas circunstancias han quedado acreditadas en el presente procedimiento. Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en sentencia núm. 2826 del 12/12/2011 [...] ha apreciado que cabe dictar sanción de expulsión en caso de extranjeros con estancia ilegal donde no se acredite arraigo y medios económicos, no entendiéndose por arraigo, el mero hecho de estar empadronado, tener un contrato de arrendamiento, tarjeta sanitaria o una cuenta corriente».

Finalmente, el fundamento tercero concluía que las alegaciones del recurrente no desvirtuaban la sanción que se imponía, dado que el interesado no había solicitado regularizar su situación, no se encontraba en ningún supuesto de concesión de residencia temporal por circunstancias excepcionales y tampoco aportaba documentación que justificase algún tipo de vínculo familiar, laboral o social en España o disponer de medios de subsistencia.

b) Contra el decreto de expulsión se interpuso recurso contencioso-administrativo – al que se opuso la Abogacía del Estado en representación de la administración demandada– ante los juzgados de lo contencioso-administrativo de Castellón y se solicitó su anulación. Se alegó que el interesado tenía veinte años, que vino a España con su familia con la que vivía en el domicilio en el que estaba empadronado a la espera de regularizar su situación administrativa, lo que no había podido hacer por motivos ajenos a su voluntad. Estaba aprendiendo el idioma y acudía a cursos a diario para integrarse en la sociedad; tenía asistencia sanitaria, carecía de antecedentes penales y policiales y había decidido vivir y trabajar en nuestro país. El recurso se acompañaba de un certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de Vilafranca del Penedès, de un

calendario de estudios y de una tarjeta de asistencia sanitaria del Departament de Salut de la Generalitat de Catalunya.

Según el recurso, la sanción de expulsión por estancia irregular infringía el principio de proporcionalidad (art. 55.3 y 4 LOEx), de alcance constitucional derivado del principio de legalidad sancionadora: la sanción con la que como regla se castigan las infracciones graves es la sanción de multa de 501 hasta 10 000 euros, conforme al art. 55.1 b) LOEx, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. La multa es, por tanto, la sanción principal y solo si se aplican criterios fundados «en una racionalidad estrictamente sancionadora y asentada en una suficiente motivación» cabría sancionar la estancia irregular con la expulsión (art. 57.1 LOEx), lo que no se efectuaba por la resolución impugnada.

c) El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Castellón de la Plana desestimó el recurso, en su sentencia núm. 523/2019, de 14 de noviembre (procedimiento abreviado núm. 143-2019) con la siguiente argumentación:

(i) La motivación fue suficiente y no causó indefensión, pues refería las «circunstancias concurrentes» base de la sanción, motivación que fue conocida y comprendida, como se ponía de manifiesto en las alegaciones realizadas por el recurrente, aunque discrepase de ella.

(ii) De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el principio de proporcionalidad exigía que la sanción de expulsión por estancia irregular en lugar de la sanción de multa se reservara «únicamente para los supuestos en los que a la estancia irregular se unía algún otro factor que pudiera ser susceptible de valoración negativa. Sin embargo, la cuestión de la proporcionalidad de la sanción de expulsión ha devenido a ser irrelevante», tras el dictado de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, asunto *Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa-Extranjería c. Samir Zaizoune*, C-38/14. Según esta sentencia, la normativa española aplicable a los casos de estancia irregular de nacionales de terceros países en su territorio 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), al imponer, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la de expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí. Por tanto, según el juzgado, para cumplir con los fines de la Directiva, «lo procedente es decretar la expulsión del extranjero, cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción [...], lo que en el caso que nos ocupa “nos conduce a confirmar la imposición al demandante de la sanción de expulsión con preferencia a la de multa, aunque esta también se encuentre prevista en el texto legal, y ello por cuanto no solo consta acreditada la situación irregular del demandante en nuestro país [...], sino que, además, no se aprecia la concurrencia de ninguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva ni en su artículo 5”».

(iii) El recurrente no acreditó estar en ningún supuesto excepcional y, por tanto, la sanción no resultó desproporcionada, «resultando insuficiente a tales efectos [de acreditación del arraigo familiar y laboral] el empadronamiento del actor en nuestro país [...], ya que lo único que demuestra es la presencia en el país, pero no la integración del empadronado», y lo mismo sucedía con la asistencia a cursos y con la tarjeta sanitaria, «mera liberalidad de la administración ante una situación de carencia y para evitar la exclusión social».

d) El recurrente interpuso recurso de apelación –al que también se opuso la Abogacía del Estado– contra la sentencia y solicitó su anulación. En su escrito reproducía la argumentación del recurso contencioso-administrativo e insistía en la desproporción de la sanción y en que la STJUE de 23 de abril de 2015 no se aplicaba al caso y, de aplicarse, se llegaría a un resultado contrario. «Habiendo sido acreditado que

Mohamed el Bachiri hace lo posible por integrarse a través de cursos con evidente destino a regularizar su situación, sin generar ningún peligro para la sociedad española».

e) El recurso de apelación núm. 22-2020 fue desestimado por la sentencia núm. 113/2020, de 20 de febrero, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. La sala recordaba que, aunque era sobradamente conocido que el Tribunal Supremo «ponía de relieve que, tratándose de supuestos en que la causa de expulsión era, pura y simplemente, la permanencia ilegal sin otros hechos negativos, la administración había de motivar de forma expresa por qué acudía a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, se sancionaba con multa», sin embargo, tras la STJUE de 23 de abril de 2015, la primacía de la Directiva de retorno sobre el derecho interno imponía que se decretase la expulsión, a no ser que concurriese alguna de las circunstancias previstas para excepcionar el retorno, tal y como ya se había pronunciado el Tribunal Supremo. Finalizaba su argumentación constatando que el recurrente se hallaba en situación irregular en España al incoarse el expediente sancionador y que, como «destaca la sentencia de instancia, la documentación aportada al proceso por el recurrente –certificado de empadronamiento, justificación de la asistencia a cursos y tarjeta sanitaria– en absoluto acredita la concurrencia de ninguna de tales excepciones».

f) El recurrente preparó recurso de casación en el que reiteraba que la sanción de expulsión resultaba desproporcionada e infringía, entre otros, el art. 53.1 a) LOEx, la Directiva de retorno, el reglamento de extranjería y la STJUE de 23 de abril de 2015. Se afirmaba que la sanción de expulsión resultaba desproporcionada, que era la más grave y que no se había justificado ni ponderado a la vista de sus circunstancias. Se decía que en los recursos previos «hizo mención expresa a los principios de proporcionalidad, legalidad, responsabilidad y *non bis in idem*, de modo que la expulsión no atiende al caso concreto», y discrepaba de la jurisprudencia iniciada con la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 980/2018, de 12 de junio, que, interpretando la STJUE de 23 de abril de 2015, consideraba que la Directiva de retorno establecía que lo procedente era decretar la expulsión en situaciones de estancia irregular. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia tuvo por preparado el recurso de casación, mediante auto de 8 de junio de 2020, emplazando a las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

g) El recurso fue inadmitido mediante providencia de 14 de enero de 2021, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo «–en aplicación del art. 90.4 b) en relación con el 89.2 f) de la LJCA– [...] por incumplimiento de las exigencias que el artículo 89.2 impone al escrito de preparación [...] por falta de fundamentación suficiente y singularizada al caso, de la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 88.2 c) –invocado tácitamente– de la LJCA, que permite apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo».

h) Contra la providencia anterior el recurrente planteó un incidente excepcional de nulidad de actuaciones como medio de acceso al recurso de amparo, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al recurso, y el principio *pro actione*. Sostenía que sí que había justificado el interés casacional del recurso en el gran número de situaciones a las que podría afectar su resolución e invocaba, para demostrar su trascendencia, la reciente STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*, C-568/19, que concluía que las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, de modo que el Estado no puede basarse directamente en la Directiva 2008/115/CE para adoptar una decisión de retorno, lo que «implicaría que es perfectamente posible aplicar el sistema establecido por la propia Ley de extranjería, que establece como norma general que las infracciones graves serán castigadas con sanciones de multa», de tal manera que «solo cabría la expulsión si concurriese algún dato negativo».

i) El incidente fue inadmitido a trámite por medio de providencia de 18 de marzo de 2021, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo: la providencia indicaba la causa de inadmisión (art. 90.4 LJCA), y el escrito de preparación carecía de la necesaria fundamentación justificativa de la concurrencia del supuesto previsto en el art. 88.2 c) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), tácitamente invocado, sin que la deficiente actuación procesal de la parte fuese subsanable.

3. La demanda de amparo denuncia, en primer lugar, que las providencias de inadmisión del recurso de casación y del incidente de nulidad de actuaciones vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al recurso, y el principio *pro actione*, por falta de motivación. Se reiteran los argumentos del incidente de nulidad y se afirma que el recurso de casación presentaba interés casacional, que debió admitirse y que ninguna de las providencias impugnadas motivó su respuesta.

En segundo término, se denuncia que desde la resolución administrativa hasta la última resolución judicial objeto de impugnación se ha ido arrastrando una falta de motivación que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de proporcionalidad, al haberse ejercido la potestad sancionadora de forma arbitraria imponiendo sin justificar una sanción de expulsión y no una de multa, a pesar de carecer de datos negativos.

El recurrente afirma: (i) Que «carece de antecedentes penales y hasta policiales, está trabajando». (ii) La no regularización de su situación solo es imputable a la administración, pues, como ya dijo en el escrito de preparación del recurso de casación, «tenía solicitada cita previa en el área de trabajo de la Delegación del Gobierno de Castellón para regularizar su situación, y tal solicitud no fue resuelta al tiempo de los hechos». (iii) La sentencia de primera instancia «responde a un modelo estereotipado» que se limita a decir que conforme a la STJUE de 23 de abril de 2015 procede la desestimación del recurso; «carece de una motivación razonable que responda a las cuestiones planteadas [...] sin haber tenido en cuenta el arraigo de mi representado». (iv) La sentencia de segunda instancia adolece de los mismos defectos y limitaciones. (v) Los órganos judiciales aplican la STJUE de 23 de abril de 2015 «con cierto automatismo para denegar las pretensiones de anulación de la sanción de expulsión y su sustitución por una sanción de multa contemplada en el artículo 55.1 b) de la Ley Orgánica 4/2000 en virtud del principio de proporcionalidad del artículo 55.3 de la mencionada ley. De tal suerte que se han convertido en unos preceptos muertos. Entendemos que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no comprende el sistema de sanciones establecido legalmente en España en materia de extranjería», porque las «sanciones de multa siempre advierten al interesado que debe abandonar territorio español por carecer de título habilitante para permanecer en España en un plazo de quince días [...]. También advierten de que en caso de no cumplir con esta obligación se iniciará el correspondiente procedimiento sancionador que podría terminar con resolución de expulsión [...]. Por lo que la imposición de una multa con la obligación de salir de España dejando un plazo determinado para su cumplimiento no es contrario a la Directiva 2008/115/CE, y debe tenerse en cuenta que la multa es la sanción principal que es la que ha de imponerse de no concurrir datos negativos que aconsejen la sanción de expulsión». (vi) La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo incurre en el mismo error. «[S]e nos achaca [...] que el escrito tiene una falta de fundamentación suficiente con una singular referencia al caso, sobre la concurrencia de los supuestos previstos, en el art. 88.2 c) LJCA, invocados como justificativos del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala». Había un interés casacional, dado que la STJUE de 23 de abril de 2015, «ha supuesto una congelación de los artículos 55.1 b) y 55.3 de la Ley Orgánica 4/2000, que sería como un cambio legislativo de gran calado». (vii) La vulneración del principio de proporcionalidad y la falta de motivación la confirma la reciente STJUE de 8 de octubre

de 2020, al establecer que las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares.

Finalmente, en relación con esta última alegación, se denuncia la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) y del principio de seguridad jurídica por la aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE.

La demanda termina con la solicitud de que se anulen las resoluciones impugnadas. Asimismo, se formulan dos peticiones alternativas: (i) que se anulen las sentencias impugnadas y se retrotraiga el procedimiento al momento anterior al que se dictó la sentencia de primera instancia para que el juzgado dicte una sentencia debidamente motivada; y (ii) que se anulen las providencias impugnadas y se ordene la admisión del recurso de casación.

4. La Sección Tercera de la Sala Segunda de este tribunal, mediante providencia de 21 de marzo de 2022, 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. 2 de Castellón de la Plana para que además emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto al recurrente en amparo, con el fin de que pudiesen comparecer en el recurso en el plazo de diez días, lo que efectuó el abogado del Estado, en representación de la administración, mediante escrito presentado el 22 de abril de 2022.

5. El secretario de justicia de la Sección Tercera de este tribunal, por diligencia de ordenación de 25 de abril de 2022, tuvo por personado y parte al abogado del Estado y, conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTIC, acordó dar vista de las actuaciones recibidas al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por un plazo común de veinte días para presentar alegaciones.

6. El recurrente presentó escrito, el 25 de mayo de 2022, en el que ratifica su demanda y, además, recoge los nuevos criterios fijados en esta materia por la sentencia núm. 366/2021, de 17 de marzo, de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (asumidos también en su sentencia núm. 337/2022, de 16 de marzo) que vendrían a darle la razón: «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».

Asimismo, alega en apoyo de su pretensión que con posterioridad a la presentación de su recurso de amparo, se dictó la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto *UN c. Subdelegación del Gobierno en Pontevedra*, C-409/20, cuya parte dispositiva establecía 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».

Por tanto, concluye que «teniendo en cuenta nuestro recurso de amparo y las alegaciones aquí presentadas, no puede aplicarse directamente la Directiva 2008/115/CE frente a los particulares, sino que debe aplicarse el sistema establecido por la Ley Orgánica 4/2000 en sus artículos 53, 55, 57 y 58», y que «las resoluciones que se recurren vulneran el principio de legalidad sancionadora y seguridad jurídica al aplicar directamente la Directiva 2008/115/CE».

7. El abogado del Estado presentó escrito, el 26 de mayo de 2022, en el que solicita que se inadmita el recurso de amparo por extemporáneo y, subsidiariamente, que se inadmita por falta de trascendencia constitucional, justificando sus peticiones con arreglo a los argumentos que se expondrán en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia para evitar repeticiones.

En caso de no prosperar los óbices procesales planteados, el abogado del Estado solicita que el recurso se desestime en cuanto al fondo. Alega que la sanción de expulsión se impuso no por aplicación directa de la Directiva de retorno, sino por aplicación de la regulación resultante de su trasposición en la Ley Orgánica 2/2009. Sostiene que nos hallamos ante una cuestión de legalidad ordinaria y que la autoridad administrativa al imponer la sanción de expulsión a la situación de estancia irregular –sanción confirmada por los tribunales– se limitó a realizar una operación de subsunción de los hechos en la normativa interna prevista en los arts. 53.1 a) y 57.1 LOEx. La sanción y su confirmación fueron motivadas a partir de hechos constatados sobre los que el recurrente tuvo posibilidad de alegar y discutir en vía judicial. Ninguna vulneración hubo del derecho a la legalidad sancionadora en su faceta aplicativa (art. 25.1 CE) y tampoco del derecho a la tutela judicial efectiva y del deber de motivación (art. 24.1 CE), puesto que ninguna de las resoluciones incurrió en «argumentaciones ilógicas, absurdas, manifiestamente erróneas, arbitrarias o irracionales», de ahí que no quepa su revisión por el Tribunal Constitucional.

8. El fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó escrito, el 17 de junio de 2022, en el que solicita, por un lado, que se inadmita el recurso respecto de la queja relativa a la vulneración del principio de legalidad del art. 25.1 CE, por los motivos que se expondrán en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia para evitar repeticiones.

Por otro lado, interesa que se estime el recurso con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la imposición de la sanción, anulando el decreto de expulsión por vulneración del derecho a la tutela administrativa y el principio de proporcionalidad, y también las sentencias impugnadas por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

El decreto de expulsión, según el fiscal, no pondera las circunstancias concurrentes al limitarse a reflejar la estancia irregular del recurrente en nuestro país, a calificar este hecho como una infracción grave, a aplicar la sanción de expulsión con prohibición de entrada por un periodo de tres años y a «considerar como insuficientes las alegaciones del recurrente destinadas a acreditar su integración y arraigo sin entrar a valorar si concurría alguna circunstancia que avalase la medida de expulsión en atención a la legislación sobre extranjería en la que se apoya. Es más, la jurisprudencia que cita la resolución administrativa ni tan siquiera tiene en cuenta la doctrina emanada del Tribunal Supremo dictada con ocasión de la STJUE de 23 de abril de 2015». La resolución desconoce, pues, el principio de proporcionalidad y vulnera el derecho a la tutela que le asiste al recurrente.

El fiscal, tras exponer el contenido de las mencionadas SSTJUE de 23 de abril de 2015 y de 8 de octubre de 2020 y de la citada sentencia núm. 366/2021, de 17 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sostiene que las sentencias de instancia y de apelación confirmaron la sanción de expulsión por estancia irregular sin constatar o ponderar la concurrencia de datos negativos o circunstancias agravantes. Aplicaron la Directiva de retorno directamente, otorgándole un efecto directo vertical inverso prohibido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incurriendo así en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del demandante.

Finalmente, respecto de las providencias del Tribunal Supremo impugnadas, solicita que se desestime el motivo de falta de tutela judicial efectiva sin indefensión, en sus vertientes de derecho al recurso y a una resolución motivada: En cada una de estas resoluciones existe una motivación en términos jurídicos y ninguna está incurrida en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta o error patente, que es el canon externo de control constitucional tanto de la providencia de inadmisión del recurso de casación (STC 252/2004, de 20 de diciembre, FJ 2) como de la providencia de inadmisión del incidente de nulidad (STC 204/2014, de 15 de diciembre, FJ 4).

9. En virtud de los arts. 2.2 y 3.2 del acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2023, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 19 de enero de 2023, al haber dejado el anterior ponente de formar parte del Tribunal, se reasignó la ponencia y correspondió al magistrado don César Tolosa Tribiño, quien, conforme a lo dispuesto en el art. 217 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), comunicó a la Sala Segunda de este tribunal, por conducto de su presidenta, la decisión de abstenerse del conocimiento del presente recurso de amparo por concurrir en él la causa establecida en el art. 219.11 LOPJ, al haber intervenido en la instancia judicial previa en su condición de magistrado de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que dictó las providencias impugnadas.

La Sala Segunda, mediante ATC 11/2024, de 12 de febrero, estimó justificada la causa de abstención y el citado magistrado quedó apartado definitivamente del presente recurso de amparo y de todas sus incidencias, designándose por la presidente en la misma fecha al actual ponente.

10. Por providencia de 4 de abril de 2024 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 8 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso y pretensiones de las partes.

a) El presente recurso de amparo tiene por objeto determinar si la resolución de 15 de enero de 2019 de la Subdelegación del Gobierno en Castellón que decretó la expulsión del recurrente, de nacionalidad marroquí, del territorio nacional con prohibición de entrada en España y en el espacio Schengen por un período de tres años, al considerarlo incurrido en una infracción grave del art. 53.1 a) LOEx, por encontrarse irregularmente en territorio español, y las sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Castellón y de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que confirmaron el decreto de expulsión con la desestimación respectiva de los recursos contencioso-administrativo y de apelación que aquel interpuso, vulneraron sus derechos a la tutela judicial efectiva por falta de motivación e infracción del principio de proporcionalidad de las sanciones y del derecho a la legalidad sancionadora de los arts. 24.1 y 25.1 CE. Asimismo, el recurso tiene como objeto dilucidar si las providencias de inadmisión del recurso de casación y del incidente de nulidad de actuaciones, dictadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal

Supremo, vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva, (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al recurso.

b) El recurrente solicita la anulación del decreto de expulsión y de las sentencias de instancia y de apelación. A su juicio, las citadas resoluciones vulneraron su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por falta de motivación e infringir el principio de proporcionalidad en relación con el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), al haber antepuesto la sanción de expulsión a la de multa prevista legalmente con carácter general para los supuestos de estancia irregular de extranjeros en el territorio nacional sin acreditarse otras circunstancias negativas o agravantes. Solicita también la anulación de las providencias de inadmisión del recurso de casación y del incidente de nulidad por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al recurso, al estimar que concurría y acreditó el requisito relativo al interés casacional del recurso.

c) El abogado del Estado interesa la inadmisión del recurso de amparo por extemporáneo y, subsidiariamente, por falta de trascendencia constitucional. En cuanto al fondo, solicita la desestimación porque considera que las resoluciones impugnadas no vulneraron el derecho a la legalidad sancionadora en su faceta aplicativa (art. 25.1 CE) ni el derecho a la tutela judicial efectiva y el deber de motivación (art. 24.1 CE): La Directiva de retorno no se aplicó directamente para sancionar la infracción administrativa de estancia irregular, sino que este hecho se subsumió en la normativa española que traspuso la citada Directiva mediante Ley Orgánica 2/2009. Las resoluciones impugnadas estaban motivadas y ninguna incurría en argumentaciones ilógicas, absurdas, manifiestamente erróneas, arbitrarias o irracionales, por lo que no procedía su revisión por el Tribunal Constitucional.

d) El fiscal solicita la inadmisión de la queja relativa a la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE. Pide que se estime el recurso contra el decreto de expulsión y contra las sentencias de instancia y de apelación, al considerar que vulneraron el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por falta de motivación y prescindir del juicio de proporcionalidad. Finalmente, interesa la desestimación del recurso contra las providencias de inadmisión del recurso de casación y del incidente de nulidad de actuaciones, al considerar que no vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al recurso y a una resolución motivada, pues contienen una motivación en términos jurídicos y ninguna está incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta o error patente.

e) Antes de proceder al estudio de las vulneraciones alegadas, la sentencia analizará los dos óbices procesales planteados por la Abogacía del Estado, cuya estimación podría dar lugar a la inadmisión del recurso, así como el óbice procesal opuesto por el Ministerio Fiscal, cuya estimación solo traería consigo la inadmisión parcial de una de las quejas. Se adelanta que se desestimarán.

2. Desestimación de los óbices procesales de extemporaneidad, falta de trascendencia constitucional y de falta de agotamiento y de denuncia en la vía judicial previa de la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora.

a) El abogado del Estado entiende que el recurso de amparo es extemporáneo. Según su criterio, el incidente de nulidad planteado contra la providencia de inadmisión del recurso de casación fue artificioso al haberse interpuesto solo para evitar la extemporaneidad del recurso de amparo, puesto que: (i) la providencia de inadmisión del recurso de casación contra la que se dirigía el incidente de nulidad fue motivada y expresó la causa de inadmisión, cumpliendo con lo dispuesto en el art. 90.4 LJCA; y (ii) no existía ninguna vulneración causada por la providencia del Tribunal Supremo que no se hubiese podido denunciar antes de recaer la resolución que puso fin al proceso (art. 241.1 LOPJ), pues las vulneraciones de los arts. 24 y 25 CE ya se denunciaron en las instancias anteriores. Notificada al recurrente la providencia de inadmisión del recurso de casación el 24 de febrero de 2021, la presentación de la demanda el 29 de abril de 2021 fue extemporánea, al haber transcurrido el plazo de caducidad de veinte

días hábiles que establece el art. 43.2 LOTC para los recursos como este contra una resolución administrativa confirmada en sede judicial. También habría transcurrido el plazo de treinta días hábiles del art. 44.2 LOTC, si el recurso se calificase como judicial o mixto.

La cuestión de la naturaleza del recurso resultaría así irrelevante a la hora de apreciar su extemporaneidad. No obstante, debe aclararse que estamos ante un recurso de naturaleza mixta (arts. 43 y 44 LOTC), al igual que los recursos con el mismo objeto que el presente de las SSTC 80/2023, de 3 de julio, FFJJ 2 y 3; 86/2023, de 17 de julio, FJ 2, y 130/2023, de 23 de octubre, FJ único b), que fueron estimados tras desestimar alegaciones parecidas de extemporaneidad realizadas por la Abogacía del Estado. Y es de naturaleza mixta porque el recurrente, junto a las vulneraciones de derechos atribuidas al decreto de expulsión –falta de motivación e infracción del principio de proporcionalidad– no reparadas en vía judicial, imputa lesiones autónomas a las resoluciones judiciales impugnadas (SSTC 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 2; 145/2015, de 25 de junio, FJ 2, y 117/2016, de 20 de junio, FJ 2, entre otras muchas). En concreto, atribuye a las sentencias de primera instancia y de apelación vulnerar su derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) por una razón añadida a la de infracción del principio de proporcionalidad, pues les atribuye confirmar la sanción aplicando erróneamente la Directiva de retorno en perjuicio del interesado. Y, además, imputa a las providencias de inadmisión del recurso de casación y del incidente de nulidad de actuaciones la vulneración de su derecho de acceso al recurso (art. 24.1 CE).

Tras clarificar esta cuestión y respondiendo a la objeción planteada debe afirmarse que el incidente de nulidad no fue artificioso ni se interpuso para evitar la extemporaneidad del recurso de amparo, sino que se planteó como medio para agotar debidamente la vía judicial previa antes de acudir a la vía de amparo [art. 44.1 a) LOTC], tal y como el propio recurrente consignó en su escrito de interposición del incidente. En este escrito denunció que la providencia de inadmisión del recurso de casación vulneró su derecho de acceso al recurso. Argumentó que la providencia no motivó la decisión de inadmisión de un recurso que, para el recurrente, tenía interés casacional objetivo por afectar a una pluralidad de personas, interés que había justificado y que, además, se desprendía de la reciente STJUE de 8 de octubre de 2020, según la cual las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, de modo que el Estado no puede basarse directamente en la Directiva 2008/115/CE para adoptar una decisión de retorno.

El incidente de nulidad se interpuso, por tanto, denunciando una vulneración específica del derecho de acceso al recurso por parte de la providencia de inadmisión del recurso de casación que no se pudo invocar con anterioridad en el proceso, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 241.1 LOPJ y a la función del incidente de nulidad de garantía del principio de subsidiariedad del recurso de amparo de permitir a los órganos judiciales reparar la lesión antes de acudir a Tribunal Constitucional. De ahí que el incidente no pueda calificarse como «artificioso» o «manifiestamente improcedente», en el preciso sentido restrictivo que la doctrina de este tribunal viene dando a este concepto con la consecuencia de determinar, en su caso, la extemporaneidad del recurso de amparo [por todas, STC 145/2015, FJ 2, citada en las SSTC 80/2023, FJ 2 b); 86/2023, FJ 2 b), y 130/2023, FJ único b)].

La interposición del incidente de nulidad contra la providencia de inadmisión del recurso de casación es lo que ha permitido al recurrente invocar en su demanda de amparo la vulneración de su derecho de acceso al recurso sin tacha de falta de agotamiento. Si no lo hubiera interpuesto, se podría haber encontrado con que esta queja habría estado incurso en el óbice procesal de falta de agotamiento del art. 44.1 a) LOTC, tal y como se apreció en la STC 87/2023, de 17 de julio, FJ 2 c), también relativa a un caso similar al presente, que estimó el recurso de amparo, pero que inadmitió la queja contra la providencia de inadmisión del recurso de casación porque, a falta de un recurso disponible por ley, debió interponer «un incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 LOPJ que sí cabía, por ser aquella providencia la resolución que ponía fin al

procedimiento y no haberse podido denunciarse antes la lesión, dando así a la Sala del Alto Tribunal la oportunidad de conocer y repararla en su caso, preservando de paso con ello la subsidiariedad de esta jurisdicción constitucional».

Una vez que ha sido declarada la procedencia de la interposición del incidente de nulidad de actuaciones para agotar la vía judicial previa, que la providencia de inadmisión del incidente se notificó al recurrente el 23 de marzo de 2021 y que el plazo de interposición del recurso de amparo computado desde el día siguiente a esta fecha vencía el 10 de mayo de 2021, a las 15:00 horas, debe concluirse que la presentación de la demanda el 29 de abril de 2021 se efectuó en plazo, por lo que el óbice procesal se desestima.

b) El segundo óbice procesal que el abogado del Estado defiende se refiere a que el recurso de amparo carece de la especial trascendencia constitucional exigida en los arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC en relación con la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, para justificar una decisión del Tribunal Constitucional sobre el fondo del asunto. Argumenta lo siguiente: (i) El recurso no plantea un problema o no afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no haya doctrina, pues se basa en una interpretación de los arts. 53.1 a) y 57.1 LOEx, sobre los que ya existe jurisprudencia ordinaria. (ii) No se advierten «nuevas realidades» ni «cambios normativos relevantes» para la configuración del derecho fundamental, como sería, la supuesta falta de certeza respecto del principio material de legalidad sancionatoria, o bien respecto de la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva derivada de la inadmisión por mera providencia — como prevé la norma— del recurso de casación por ausencia de interés casacional objetivo; aspectos que no responden a una nueva aplicación de preceptos modificados de manera reciente, y que ya han sido tratados por la jurisprudencia ordinaria, como refleja la providencia de 14 de enero de 2021, de inadmisión de la casación; tampoco se advierte un cambio de doctrina en los órganos encargados de la interpretación de tratados internacionales en materia de derechos fundamentales en los que España sea parte. (iii) No se trata de un caso en que la pretendida vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general (arts. 88.2, 89, 90 y 94 LJCA), puesto que no cabe imputar inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a la previsión legal de que la inadmisión del recurso de casación se efectúe por medio de providencia, previsión que el Tribunal Supremo viene aplicando desde la reforma de la casación de 2015 sin tacha de inconstitucionalidad. (iv) Las resoluciones judiciales recaídas no contienen una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que pudiera considerarse lesiva de los derechos fundamentales de los arts. 24 y 25 CE, ni incurrir en una negativa manifiesta o en la intención consciente de soslayar la doctrina del Tribunal Constitucional. (v) El caso no plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o no tiene unas consecuencias políticas generales, sin perjuicio de la facultad discrecional del Tribunal para apreciar esta causa de especial trascendencia que, a juicio de esa parte, no concurre.

Esa representación procesal formuló idéntica objeción frente a otros recursos con el mismo objeto que el presente a los que, previa desestimación de este óbice, se otorgó amparo en las SSTC 70/2023, de 19 de junio, FJ único b); 87/2023, FJ 2 b), y 130/2023, FJ único c). En la STC 72/2023, de 19 de junio, FJ 2 c), también estimatoria y con el mismo objeto, fue el Ministerio Fiscal quien alegó este óbice procesal con igual suerte.

De conformidad con la respuesta ofrecida en los precedentes mencionados, la objeción se desestima. La jurisprudencia constitucional ha reiterado que corresponde únicamente al Tribunal, en el momento de su admisión, apreciar en cada caso si el recurso tiene especial trascendencia constitucional, de acuerdo con lo exigido por el art. 50.1 b) LOTC.

La Sección Tercera de este tribunal, mediante providencia de 21 de marzo de 2022, admitió a trámite el recurso tras apreciar que podía dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio de la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los

que se refiere el art. 10.2 CE [STC 155/2009, FJ 2 b)]. La oportunidad se ofrecía entonces y así se desprendía de la demanda a fin de valorar la incidencia en nuestra jurisprudencia de la evolución de los distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 23 de abril de 2015 y de 8 de octubre de 2020), relativos a la compatibilidad del régimen sancionador previsto en la Ley española de extranjería con la Directiva de retorno.

La citada Sección Tercera ya había admitido a trámite, mediante providencia de 25 de enero de 2021, el recurso de amparo núm. 1060-2020, que encabeza la serie de recursos con idéntico objeto al del presente y en el que se contempló idéntica causa de especial trascendencia constitucional. La providencia del Pleno del Tribunal de 21 de marzo de 2023 acordó la avocación del recurso de amparo núm. 1060-2020, que fue estimado en la STC 47/2023, de 10 de mayo, por lo que procede ratificar la causa de especial trascendencia apreciada.

c) El Ministerio Fiscal se opone a la admisión de la queja relativa a la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE sosteniendo que no se hizo valer en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Señala, además, que la vulneración del principio de proporcionalidad se efectuó desde la óptica del art. 24.1 CE, al atribuir al decreto de expulsión y a las resoluciones que lo confirmaron una motivación deficitaria y sin ponderación. Junto a esta argumentación introduce la cláusula sin perjuicio de que no hubo lesión del art. 25.1 CE por resultar razonables las sentencias de instancia y de apelación, que interpretaron la normativa conforme a las pautas valorativas de los tribunales europeo y español, anteriores a la STJUE de 8 de octubre de 2020 y a la sentencia núm. 366/2021, de 17 de marzo, de la Sección Quinta de la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Alude así al incumplimiento del requisito procesal de admisión del art. 44.1 a) LOTC, garante del principio de subsidiariedad del recurso de amparo, de agotar «todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial», requisito que, en lo que aquí interesa, conlleva que no baste «con denunciar [art. 44.1 c)] dicha violación, sino que esta debe, además, combatirse siguiendo el *iter* procedimental (la cadena de recursos idóneos) previsto en el ordenamiento» (SSTC 2/2020, de 15 de enero, FJ 4, y 21/2020, de 11 de febrero, FJ 3).

Para responder a la objeción planteada debe orillarse el argumento de que la aplicación de legalidad sancionadora fue razonable conforme a la jurisprudencia europea y española que existía en el momento de dictar sentencia, porque ello supone argumentar sobre el fondo del recurso –lo que se resolverá en el fundamento tercero– y no sobre el óbice procesal.

Despejado este argumento, habrá de comprobarse, a través del examen de las actuaciones, si el recurrente se quejó de la vulneración de la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en su cadena de recursos idóneos interpuestos contra el decreto de expulsión, para así verificar si cumplió con su carga procesal previa al recurso de amparo de permitir a los juzgados y tribunales desempeñar su función primigenia de tutela de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional (arts. 53.2 CE y 7 LOPJ). La fiscalización del cumplimiento de esta carga debe tener en cuenta que no resulta «precisa la cita específica de un concreto precepto del texto constitucional, es decir, no se requiere una especie de *editio actionis*, sino que basta para entenderlo cumplido con que se ofrezca base argumental suficiente a fin de que el órgano judicial pueda conocer la vulneración aducida y pronunciarse sobre ella» (STC 69/1997, de 8 de abril, FJ 3; también, entre otras muchas, SSTC 116/2002, de 20 de mayo, FJ 2; 41/2012, de 29 de marzo, FJ 4, y 111/2022, de 26 de septiembre, FJ 2).

Comenzando por el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el decreto de expulsión, resulta que el recurrente denunció expresamente que la sanción de expulsión por estancia irregular infringía el principio de proporcionalidad, «de alcance constitucional, [que] es derivado del otro de legalidad sancionadora». Alegaba que carecía de justificación y que infringía la previsión legal general de sancionar dicha estancia con multa. En su recurso de apelación repitió que los principios rectores de la

potestad administrativa sancionadora regían también cuando se aplicaba la legislación sobre extranjería y que la STJUE de 23 de abril de 2015 no era aplicable al presente supuesto. Asimismo, en su escrito de preparación del recurso de casación, tras exponer las normas y jurisprudencia estatales (Ley y Reglamento de extranjería) y de la Unión Europea (Directiva de retorno y STJUE de 23 de abril de 2015) infringidas, se afirmaba que la sanción de expulsión era desproporcionada por ser la más grave y que se imponía sin justificación ni ponderación. Se decía que en los recursos previos «hizo mención expresa a los principios de proporcionalidad, legalidad, responsabilidad y *non bis in idem*, de modo que la expulsión no atiende al caso concreto»; se discrepaba de la jurisprudencia iniciada con la sentencia núm. 980/2018, de 12 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que, interpretando la STJUE de 23 de abril de 2015, consideraba que según la Directiva de retorno lo procedente era decretar la expulsión en situaciones de estancia irregular. Por último, en su escrito planteando el incidente de nulidad de actuaciones puso de relieve el interés casacional de su malogrado recurso de casación, mediante la cita de la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*, C-568/19, que concluía que las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, de modo que el Estado no puede basarse directamente en la Directiva 2008/115/CE para adoptar una decisión de retorno, lo que «implicaría que es perfectamente posible aplicar el sistema establecido por la propia Ley de extranjería, que establece como norma general que las infracciones graves serán castigadas con sanciones de multa», de tal manera que «solo cabría la expulsión si concurriese algún dato negativo».

Efectuado el anterior examen debe concluirse que el recurrente denunció la vulneración de su derecho a la legalidad sancionadora de forma tempestiva y en cada uno de los recursos que interpuso para agotar debidamente la vía judicial previa contra el decreto de expulsión. Y, además, esta queja se efectuó tanto desde la perspectiva del art. 24.1 CE, por falta de motivación y de ponderación de la sanción, como desde la perspectiva de la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE en su faceta aplicativa al haberse alegado, además de la desproporción de la sanción de expulsión, que esta se había antepuesto a la sanción general de multa prevista legalmente para los casos de estancia irregular.

El recurrente ofreció así una base argumental suficiente para que todos los órganos judiciales, incluido el Tribunal Supremo, pudieran conocer y pronunciarse sobre la lesión del derecho a la legalidad sancionadora en su faceta aplicativa, por lo que, siguiendo el criterio finalista que preside la interpretación de los requisitos del art. 44.1 a) y c) LOTC, debe desestimarse el óbice procesal alegado.

Una base argumental semejante fue la que sirvió para impugnar el decreto de expulsión –y su confirmación judicial– por mera estancia irregular sin constar datos negativos o agravantes, y para fundamentar la demanda de amparo que dio lugar a la citada STC 47/2023 del Pleno, que estimó el recurso, declarando que se había vulnerado el derecho de la parte recurrente a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE). Todas las sentencias de las Salas de este tribunal que han aplicado la doctrina de la STC 47/2023 a recursos con el mismo objeto han apreciado dicha vulneración, bien por sí sola, como en la sentencia del Pleno (SSTC 70/2023 y 71/2023, de 19 de junio; 86/2023, de 17 de julio, y 130/2023, de 23 de octubre), o bien relacionándola con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (SSTC 53/2023 y 55/2023, de 22 de mayo; 72/2023, de 19 de junio; 80/2023, de 3 de julio, y 87/2023, de 17 de julio), con lo que el óbice procesal del fiscal pierde totalmente su fuerza debido a dicha interrelación.

3. Estimación de la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora. Aplicación de la doctrina de la STC 47/2023, de 10 de mayo.

a) La naturaleza mixta del recurso determina que se examine, en primer lugar, la queja relativa a la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora y del principio de proporcionalidad que se atribuye al decreto de expulsión y a las sentencias de instancia y de apelación que lo confirmaron, dado que así se facilita una solución más

temprana del recurso sin necesidad de abordar las restantes quejas [STC 47/2023, FJ 1 c)].

b) Como se recordará, el recurrente denuncia que la autoridad administrativa dictó contra él un decreto de expulsión de forma injustificada y carente de proporcionalidad por el mero hecho de encontrarse irregularmente en territorio español, en lugar de imponerle la sanción prevalente de multa, dado que no contaba con datos negativos, ni antecedentes penales o policiales, tenía veinte años, vivía con su familia y tenía voluntad de residir en nuestro país para lo que estaba realizando cursos de formación, aparte de estar empadronado y tener asistencia sanitaria. Señala que estas lesiones no fueron remediadas por los órganos judiciales, que prescindieron de ponderar sus circunstancias y fundamentaron la confirmación del decreto de expulsión en la aplicación directa de la Directiva de retorno, al considerar erróneamente que la STJUE de 23 de abril de 2015 y la jurisprudencia posterior de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que interpretó esta última sentencia imponían necesariamente la sanción de expulsión a los supuestos de estancia irregular.

La queja del recurrente, en los términos que se plantean, coincide con la resuelta en la citada STC 47/2023 del Pleno, cuya doctrina es aplicable al caso. En dicha sentencia se reconoció, como se ha dicho, la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora en un supuesto muy similar de expulsión por mera estancia irregular en el que se anteponía esta sanción a la sanción de multa. La sanción se confirmaba judicialmente aplicando directamente las consecuencias de la Directiva de retorno en lugar de aplicar la normativa española de extranjería que establece, con carácter general, la sanción de multa para estos supuestos en los que no constan circunstancias negativas o agravantes.

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

La STC 47/2023, FJ 4 c), declaró vulnerada la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) cuando la «administración impuso la sanción de expulsión del art. 57.1 LOEx, luego confirmada judicialmente con una interpretación errónea sobre la eficacia de la Directiva de retorno, a una situación de estancia irregular en la que no consta que 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».

Se afirma en la citada STC 47/2023, FJ 4 b), que «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)».

d) Como se ha recogido en los antecedentes, la resolución administrativa objeto del presente recurso impuso al recurrente la sanción de expulsión por el hecho de encontrarse irregularmente en el territorio nacional. El decreto de expulsión no apreció ninguna circunstancia agravante y valoró como circunstancias negativas aquellas que conforman la propia situación de estancia irregular, con lo que la sanción impuesta, en atención al principio de proporcionalidad y a la doctrina expuesta, desbordó el marco sancionador del hecho típico.

Las sentencias de instancia y de apelación tampoco apreciaron ninguna circunstancia agravante o negativa y, no obstante, confirmaron la sanción de expulsión. Dicha confirmación prescindió de la legislación española en materia de extranjería para sancionar los supuestos de estancia irregular sin circunstancias agravantes, y se basó en la aplicación de la Directiva 2008/115/CE, otorgándole un efecto directo en perjuicio de la ciudadanía prohibido por el Derecho de la Unión, tal y como recordó la STJUE de 8 de octubre de 2020. No evitan la lesión los razonamientos de las sentencias relativos a que el recurrente no acreditó que concurriera en él alguna de las excepciones previstas en la Directiva para evitar el retorno, porque estos se efectuaron con arreglo a una norma que no resultaba aplicable y porque, además, privaron al recurrente de la ponderación judicial de los hechos negativos apreciados por la Administración en relación con la sanción impuesta.

En virtud de lo expuesto y en aplicación de la doctrina de la STC 47/2023, seguida por las SSTC 53/2023 y 55/2023, FJ 3; 70/2023, FJ único e); 71/2023 FJ único c); 72/2023, FJ 4; 80/2023, FJ 3 c); 86/2023, FJ único c); FJ 87/2023, FJ 3 c); y 130/2023, FJ único e), debe estimarse el recurso [art. 53 a) LOTC] y reconocer que se ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), restableciéndolo en él mediante la anulación de las resoluciones impugnadas (art. 55.1 LOTC).

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por don Mohamed El Bachiri, en su virtud:

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

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la resolución de 15 de enero de 2019, de la Subdelegación del Gobierno en Castellón, dictada en el expediente núm. 120020180003575; y de las resoluciones judiciales siguientes: sentencia núm. 523/2019, de 14 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Castellón de la Plana, dictada en el procedimiento abreviado núm. 143-2019; sentencia núm. 113/2020, de 20 de febrero, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictada en el recurso de apelación núm. 22-2020; providencias de 14 de enero y de 18 de marzo de 2021 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictadas en el recurso de casación núm. 2863-2020.

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

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