

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**14921** *Sala Primera. Sentencia 53/2023, de 22 de mayo de 2023. Recurso de amparo 4263-2021. Promovido por doña Zhirong Wang respecto de las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y de un juzgado de este orden jurisdiccional de la capital, que desestimaron su impugnación de la resolución administrativa sancionadora que acordó su expulsión del territorio nacional. Vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la legalidad sancionadora: aplicación irrazonable de la norma sancionadora que parten de una interpretación errónea de la Directiva de la Unión Europea relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular (STC 47/2023).*

ECLI:ES:TC:2023:53

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y los magistrados y magistradas don Ricardo Enríquez Sancho, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga y don Juan Carlos Campo Moreno, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4263-2021, promovido por doña Zhirong Wang contra la resolución de 24 de septiembre de 2019 dictada por la delegada del Gobierno en Madrid, el expediente de expulsión núm. 280020190014400, contra la sentencia núm. 65/2020, de 26 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid en el procedimiento abreviado núm. 469-2019, contra la sentencia núm. 636/2020, de 21 de septiembre, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación núm. 406-2020, y contra la providencia de 11 de mayo de 2021 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 6600-2020. Ha sido parte la Abogacía del Estado. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el presidente, don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro electrónico de este tribunal el día 22 de junio de 2021, doña Zhirong Wang, representada por la procuradora de los tribunales doña Isabel Torres Coello, y asistida por la letrada doña Ana Rodríguez Peña, 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 día 22 de mayo de 2019, en la comisaría de Tetuán de Madrid, se incoó el procedimiento administrativo sancionador de carácter preferente contra la demandante de amparo, de nacionalidad china, nacida el año 1977, tras haberse comprobado por agentes policiales que solicitaron su identificación que no disponía de documento alguno que acreditase su situación de estancia o residencia legal en España.

En el acuerdo de incoación del expediente se hacía constar que la actora fue identificada el día 22 de mayo de 2019 en la calle Tablada de Madrid, que estaba indocumentada, pues no presentaba documento acreditativo de su residencia regular en España, encontrándose fuera del periodo de estancia sin estar ni haber solicitado ningún trámite a fin de regularizar su situación. Se decía que consultado el registro general de extranjeros, la actora carecía de trámites y que tampoco se habían encontrado antecedentes suyos en las bases de datos de la Dirección General de la Policía. Se encuadraban los hechos en el supuesto de infracción grave del art. 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx): «Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducado más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

El acuerdo de incoación del expediente sancionador le fue notificado personalmente a la actora, así como a la letrada que le fue designada de oficio para su asistencia, el mismo día de su adopción.

Sustanciado el procedimiento sancionador 280020190014400, el 24 de septiembre de 2019 la delegada del Gobierno en Madrid dictó resolución por la que decretó la expulsión de la recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada a España por un periodo de tres años, en aplicación del art. 53.1 a) LOEx. En los antecedentes de hecho se afirma que la expedientada carecía de documento que acreditase su situación de estancia o residencia legal en España, que no constaba en las bases de datos de extranjeros de la Dirección General de la Policía que hubiera solicitado o tuviera pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo, y que tampoco acreditó que tuviera un especial arraigo familiar o social en nuestro país.

b) La demandante interpuso recurso contencioso-administrativo mediante demanda de procedimiento abreviado presentada el 22 de octubre de 2019, en la que alegó (i) que la sanción de expulsión era desproporcionada en relación con las circunstancias de la recurrente, que tenía trabajo y domicilio conocido en España, que la administración no motivó la razón por la que optaba por la sanción más grave, cuando podía haber impuesto la de multa, menos gravosa, y que en el expediente administrativo tampoco constaban datos negativos de conducta u otras circunstancias, más allá de la mera permanencia ilegal en España, que justificasen la expulsión, y (ii) que la propuesta de resolución no le fue notificada a la interesada, por lo que no pudo formular alegaciones y sufrió indefensión. En el suplico solicitó que se declarase la nulidad de pleno derecho de la resolución administrativa o, en su caso, que se revocase y se impusiera en lugar de la sanción de expulsión la de multa en su grado mínimo.

La demanda fue turnada al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid, que, tras seguir los trámites del procedimiento abreviado núm. 469-2019, dictó la sentencia núm. 65/2020, de 26 de febrero, en la que desestimó el recurso. En la sentencia se argumenta que la imposición de la sanción de expulsión no vulneró el principio de proporcionalidad de las sanciones sino que, por el contrario, cumplió las exigencias de la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular, conforme a la interpretación que le dio la STJUE de 23 de abril de 2015 en el asunto C-38/14, al resolver una cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Esta sentencia en su parte declarativa estableció que los arts. 6,

apartado primero, y 8, apartado primero, en relación con su art. 4, apartados segundo y tercero, de la citada directiva deben interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho estado, imponga dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

Partiendo de este pronunciamiento, argumentaba el juzgado, la única decisión respetuosa del derecho comunitario en supuestos como el presente, de situación irregular de ciudadanos nacionales de terceros países, era, exclusivamente, ordenar su retorno, esto es, su expulsión, lo que afectaba a la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo español, que venía considerado que la sanción a imponer debía ser prioritariamente la multa, salvo que concurrieran circunstancias agravantes o negativas, añadidas a la mera situación de irregularidad, que justificaran la opción por la expulsión. La regla del retorno solo conoce en la directiva determinadas excepciones, en ninguna de las cuales encajaba el supuesto de la recurrente. El criterio de la sentencia STJUE de 23 de abril de 2015, por lo demás, ya había sido asumido por la Sala Tercera del Tribunal Supremo español en sentencia 1716/2018, de 4 de diciembre, y en otras posteriores que cita.

c) La demandante interpuso recurso de apelación en el que denunció que la sentencia había incurrido en incongruencia omisiva por no haber dado respuesta a su alegación de falta de traslado de la propuesta de resolución, así como que había hecho un uso indebido de la directiva de retorno, al aplicarla directamente para eludir la normativa española de extranjería, y la jurisprudencia que la interpreta, más favorable a la recurrente en tanto prevé la aplicación preferente de la sanción de multa, en ausencia de circunstancias especiales. Considera que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad por defectuosa motivación de la resolución judicial, por falta de ponderación de las circunstancias concurrentes, al justificar la imposición de la sanción de expulsión a una persona en la que solo concurre la circunstancia de hallarse en situación administrativa irregular, sin otros elementos adicionales negativos, sean subjetivos, relacionados con la conducta del interesado, o significativos de un daño o riesgo adicional, como exige la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en los pronunciamientos que cita. Aduce que esta motivación incongruente vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE, porque le está ocasionando indefensión. En el suplico solicita la revocación de la sentencia del juzgado y que en su lugar se dicte otra que declare la improcedencia de la expulsión.

El recurso de apelación fue desestimado por la sentencia núm. 636/2020, de 21 de septiembre, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Sobre la alegación de incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento sobre la omisión en el expediente administrativo sancionador del trámite de alegaciones, tras la formulación de propuesta de resolución por el instructor, la sala afirma que esta cuestión recibió una respuesta al menos implícita en la sentencia impugnada, y que, en cualquier caso, cabe descartar la situación de indefensión a la que se alude, pues ni en la demanda inicial ni en el recurso de apelación se determina la disminución de las posibilidades de defensa que comportó el hecho de que no se le notificara dicha propuesta, disminución que, afirma, es relevante en la doctrina constitucional para apreciar la indefensión material. Destaca que el acuerdo de incoación del procedimiento, la propuesta de resolución y la resolución misma presentan el mismo contenido, sin que se observe ninguna innovación sustancial que la interesada no haya podido contradecir mediante alegación y prueba.

Sobre la vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción, la sala afirma que no se ha producido dado que la resolución sancionadora es conforme con las exigencias de la directiva de retorno y su interpretación por la STJUE de 23 de abril de 2015, asumida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a

partir de su sentencia de 12 de junio de 2018, en virtud de la cual la estancia irregular del extranjero basta para acordar su expulsión, si no está incurso en alguno de los supuestos en que la propia directiva faculta a los Estados miembros para no ordenar el retorno.

La sala expone las circunstancias de la recurrente, de nacionalidad china, mayor de edad en cuanto nacida en el año 1977 y empadronada en la localidad de Arganda del Rey, y concluye que no está incurso en ninguna de las circunstancias previstas en los arts. 5 y 6 de la directiva de retorno que permitirían excepcionar su expulsión.

d) La demandante preparó recurso de casación que fue inadmitido en providencia de 11 de mayo de 2021 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación núm. 6600-2020), por falta de fundamentación suficiente de la concurrencia de interés casacional objetivo [art. 88.2 a) de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa] y por carencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, por la existencia de jurisprudencia consolidada sobre la procedencia de la medida de expulsión en los casos de estancia irregular del art. 53.1 a) LOEx.

3. La demanda de amparo alega infracción del art. 24.1 y 2 CE y vulneración del derecho de defensa. Aduce incongruencia omisiva porque no se le dio respuesta a su alegación de que en el procedimiento administrativo sancionador se habían producido graves irregularidades, pues no se le había dado traslado de la propuesta de resolución del instructor, lo que le impidió formular alegaciones y proponer prueba, y, asimismo, porque los órganos judiciales justifican que se le haya impuesto la sanción de expulsión, en lugar de la de multa, en la aplicación de la Directiva 2008/115/CE, cuando lo que se tenía que haber aplicado es la normativa de extranjería española.

4. La Sección Tercera de este tribunal, mediante providencia de 12 de septiembre de 2022, admitió a trámite el recurso de amparo apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE [STC 155/2009, FJ 2 b)]. Ordenó por ello dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y a la Sección Décima del mismo orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitieran testimonio de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 6600-2020 y al recurso de apelación 406-2020, respectivamente. También ordenaba dirigir atenta comunicación al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera testimonio del procedimiento abreviado 469-2019, debiendo previamente emplazarse por diez días para que pudieran personarse en el presente recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. La Abogacía del Estado presentó escrito el 28 de septiembre de 2022 solicitando se la tuviese por personada en el procedimiento de amparo. Por diligencia de ordenación de 21 de diciembre de 2022 de la Secretaría de Justicia de la Sección Tercera de este tribunal se le tuvo por personada y parte.

6. Por diligencia de ordenación de 31 de enero de 2023 de la Secretaría de Justicia de la Sección Primera de este tribunal se puso en conocimiento de las partes que en virtud del acuerdo del Pleno del tribunal de 17 de enero de 2023, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 19 de enero de 2023, el presente recurso de amparo fue turnado a la Sección Primera.

7. La Abogacía del Estado presentó escrito de alegaciones el día 3 de febrero de 2023, en el que solicitó la desestimación del recurso de amparo. El abogado del Estado

glosa la decisiva incidencia que tuvo en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español la interpretación que hizo la STJUE de 23 de abril de 2015, dictada en el asunto *Zaizoune*, C-38/14, de la Directiva 2008/115/CE (directiva de retorno), en virtud de la cual la sanción de expulsión pasó a ser considerada como la única respetuosa de los criterios y objetivos perseguidos por la norma comunitaria, lo que implicó el desplazamiento de los contenidos de la normativa española que permitían imponer la sanción de multa. Este criterio ha sido matizado en la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19, que aunque no se cita en la demanda de amparo guarda relación implícita con la cuestión suscitada en la misma; cita nuevas sentencias del Tribunal Supremo español que la han integrado en nuestra jurisprudencia y concluye que de las mismas se desprende que no se ha retornado a la jurisprudencia anterior a la STJUE de 23 de abril de 2015, pues se mantiene que la alternativa multa-expulsión que se da en nuestra legislación es incompatible con la directiva de retorno, si bien es necesario motivar e individualizar conforme al principio de proporcionalidad toda decisión de expulsión, lo que exige una valoración y apreciación de circunstancias agravantes que puedan darse en el caso. A partir de esta jurisprudencia el abogado del Estado concluye que no se ha vulnerado el principio de proporcionalidad dadas las circunstancias que se daban en la recurrente: extranjera en situación irregular que llevaba residiendo ilegalmente en España un largo periodo de tiempo, al menos desde el año 2019, sin arraigo en nuestro país, al no constar la existencia de hijos o de matrimonio con persona nacional o residente en España, ni permiso de trabajo, documentación que no tuvo nunca, lo que constituye una circunstancia agravante que no se daría si el caso hubiera sido de caducidad de las autorizaciones por no renovación a tiempo de las mismas.

El abogado del Estado considera asimismo que no se derivó indefensión material como consecuencia de la falta de notificación de la propuesta de resolución en el seno del procedimiento administrativo sancionador, dado que su contenido fáctico y jurídico era sustancialmente coincidente con el acuerdo de incoación del expediente administrativo sancionador.

8. El fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó escrito de alegaciones el día 10 de febrero de 2023 en el que solicitó la estimación parcial del recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, derivada de la falta de tutela administrativa y judicial de su legítimo interés al haberse hecho una aplicación errónea de la directiva de retorno.

El fiscal sintetiza los antecedentes del procedimiento administrativo y del procedimiento contencioso-administrativo que le siguió, y los motivos de amparo esgrimidos en el recurso, y entrando en el primer motivo de amparo, la vulneración del derecho de defensa por falta de notificación de la propuesta de resolución, desecha su fundamento porque si bien es cierto que no se le notificó, de ello no se siguió indefensión material, pues la propuesta no difería del acuerdo de incoación del expediente administrativo, que sí le fue notificado, y cuyos hechos y calificación jurídica provisional pudo contradecir mediante alegaciones y aportación de pruebas; por otra parte, argumenta que la demandante no llega a concretar qué alegaciones o pruebas distintas hubiera efectuado o propuesto en el caso de que hubiera recibido traslado de dicha propuesta. El fiscal considera asimismo que la falta de respuesta a esta cuestión que se dio en la sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo queda compensada por el examen de la misma que se verificó en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, por lo que desecha la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por razón de incongruencia omisiva.

El fiscal desecha igualmente la denuncia de incongruencia omisiva por falta de pronunciamiento del tribunal de apelación sobre la aplicación directa por el juzgado de la directiva de retorno como fundamento confirmatorio de la resolución administrativa sancionadora: considera, por el contrario, que la extensa cita que se hace en la sentencia de apelación de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018 constituye respuesta suficiente y motivada a su pretensión.

Seguidamente, y en relación con la alegación de vulneración del principio de proporcionalidad de la sanción, el fiscal señala que la STJUE de 23 de abril de 2015 ha sido recientemente matizada por la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-589/19, en la que se reconoce que por exigencias de la normativa nacional deben valorarse las circunstancias individuales del extranjero a la hora de acordar su expulsión, de manera que no basta la mera constatación de su estancia irregular, o que no se den las excepciones que contempla la directiva de retorno, pues tal y como establece ahora el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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. Las sentencias de primera y segunda instancia han verificado una interpretación incorrecta de la directiva de retorno al fundar en la misma la decisión de expulsión del territorio nacional, sin entrar a valorar la concurrencia de circunstancias agravantes que pudieran justificar tal medida, en lugar de la imposición de la multa prevista en la legislación española. Además estas resoluciones judiciales han actuado contra la prohibición que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido de que un Estado invoque en perjuicio de los intereses de sus ciudadanos preceptos de una directiva no traspuesta al ordenamiento interno, o que haya sido traspuesta de modo indebido (STJUE de 26 de febrero de 1986, asunto *Marshall*). Cita asimismo la más reciente STJUE de 3 de marzo de 2022, dictada en el asunto C-409/20, que declara que la directiva de retorno no se opone a la normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleve aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado en un plazo fijado salvo que, antes de su transcurso, se regularice su situación. Concluye el fiscal que por ello se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente.

También alega el fiscal que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad de la sanción, entendido como falta de tutela judicial y administrativa, pues se ha impuesto la expulsión por la situación administrativa irregular de la demandante y porque no concurría ninguna de las circunstancias excepcionales previstas en la directiva de retorno, excepciones que, sin embargo, no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad, es decir, como circunstancias agravantes de la estancia irregular que justifiquen la sanción de expulsión. Solicita por ello la nulidad de la resolución de la delegada de Gobierno en Madrid y de las sentencias dictadas en el procedimiento contencioso-administrativo precedente, con retroacción de las actuaciones al momento anterior al que se acordó la expulsión.

9. Por providencia de 18 de mayo de 2023 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 22 de dicho mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso, posiciones de las partes y delimitación del problema constitucional subyacente.

a) El presente recurso de amparo denuncia que la resolución de 24 de septiembre de 2019 dictada por la delegada del Gobierno en Madrid en el expediente de expulsión núm. 280020190014400, que decretó la expulsión de la recurrente del territorio nacional, con prohibición de entrada a España por un periodo de tres años, por haber incurrido en la infracción grave prevista en el art. 53.1 a) LOEx; la sentencia núm. 65/2020, de 26 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid en el procedimiento abreviado núm. 469-2019, que desestimó el recurso contencioso-administrativo que interpuso contra dicha resolución; la sentencia núm. 636/2020, de 21 de septiembre, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación que interpuso contra la anterior sentencia, y la providencia de 11 de mayo

de 2021 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que inadmitió su recurso de casación, han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa garantizado por el art. 24.1 y 2 CE al imponer y confirmar una sanción desproporcionada a la gravedad de los hechos cometidos. También funda la impugnación en que sufrió indefensión durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, al no haberle sido personalmente notificada la propuesta de resolución sancionadora.

El abogado del Estado en su escrito de alegaciones considera que la sanción de expulsión tiene cobertura legal y no resulta desproporcionada, porque en la demandante concurrían circunstancias que agravaban su situación de irregularidad administrativa, lo que permitiría entender satisfechas las exigencias de la STJUE de 8 de octubre de 2020, que ha matizado, pero no revocado, el criterio de la STJUE de 23 de abril de 2015.

El fiscal ante el Tribunal Constitucional en su escrito de alegaciones rechaza los motivos de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva que se hacen valer en el recurso de amparo, destacando que la sentencia de apelación analiza y resuelve las cuestiones de vicios procedimentales por falta de traslado de la propuesta de resolución y aplicación incorrecta de la directiva de retorno, pero considera que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente porque, en cualquier caso, dicha directiva de retorno ha sido incorrectamente aplicada al caso, pues conforme a la doctrina más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la misma no puede ser utilizada como argumento para desplazar la aplicación de la legislación española.

b) El recurso de amparo, que denuncia de forma expresa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa, bajo la cobertura del art. 24.1 y 2 CE, verifica un desarrollo argumental que, bajo el etiquetado de incongruencia omisiva o ausencia de motivación de las resoluciones judiciales, introduce argumentos de naturaleza material, atinentes a la falta de ponderación de sus circunstancias personales al acordarse la imposición de la sanción de expulsión, que vienen a ser reiteración de los que hizo valer en la vía judicial previa y que inciden en el ámbito de protección del derecho a la legalidad penal en su fase aplicativa, garantizado en el art. 25.1 CE. Prueba de esta voluntad impugnativa es que en el suplico del recurso de amparo se insta con carácter principal la nulidad de la resolución administrativa sancionadora, y consiguientemente de las resoluciones judiciales que la confirman, y solo de forma subsidiaria la retroacción de las actuaciones al momento anterior a su imposición para que se dicte una nueva resolución.

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

En la STC 47/2023, de 10 de mayo, el Pleno de este tribunal ha declarado la compatibilidad del régimen sancionador aplicable a los ciudadanos de terceros países ajenos a la Unión Europea que se encuentran en situación irregular en España, recogido en los arts. 53.1 a) y 57.1 LOEx, que contempla la posibilidad de imponer la sanción de multa en lugar de la sanción de expulsión del territorio nacional, con las exigencias de la Directiva 2008/115/CE, conocida como Directiva de retorno.

En nuestro pronunciamiento recapitulamos el contenido de la legislación española, en virtud de la cual 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], aunque, 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.

La directiva de retorno, como regla general, dispone en su art. 6.1 que los «[e]stados 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 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. También se establecen excepciones en su art. 5, que establece que en la aplicación de la 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 [que] respetarán el principio de no devolución».

Tras el pronunciamiento de la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto Zaizoune c. Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa, C-38/14, que declara que la directiva «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», la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a partir de su sentencia núm. 980/2018, de 12 de junio, revisó su jurisprudencia anterior en el entendimiento de 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).

No obstante, la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo, C-568/19, ha modulado la doctrina sentada en el asunto Zaizoune, al declarar que la directiva de retorno «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». Este precedente ha influido nuevamente en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que a partir de la STS 366/2021, de 17 de marzo, que reintroduce la necesidad de ponderación de las circunstancias del caso en la medida en 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».

Reseñamos asimismo la STJUE de 3 de marzo de 2022, asunto UN c. Subdelegación del Gobierno en Pontevedra, C-409/20, que ha declarado que la directiva de retorno «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».

En la STC 47/2023, de 10 de mayo abordamos el caso desde la perspectiva del derecho a la legalidad sancionadora, garantizada en el art. 25.1 CE, en su dimensión aplicativa del derecho, y alcanzamos la conclusión de que justificar la imposición de la sanción de expulsión al extranjero carente de residencia legal en España en la aplicación directa de lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CE y en la carencia de arraigo de la persona extranjera en España supone dejar 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 la 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)» [STC 47/2023, FJ 4 c)].

Añadíamos que, una vez aclarada la compatibilidad de este régimen con la normativa comunitaria en la citada STJUE de 8 de octubre de 2020, «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» (*ibidem*).

### 3. Aplicación de la doctrina al caso.

Las resoluciones administrativas y judiciales impugnadas en el presente recurso de amparo se caracterizan por haber justificado la imposición de la sanción de expulsión a la recurrente, en lugar de la sanción de multa, opción factible en nuestro ordenamiento jurídico por el juego de los arts. 53.1 a) y 57.1 LOEx, sin apreciar la concurrencia en la demandante de circunstancias agravantes o negativas, añadidas a su situación de irregularidad administrativa que pudieran justificar la aplicación de la más grave.

En efecto, constatamos que la resolución de la delegada del Gobierno en Madrid acuerda la expulsión de la recurrente, invocando el art. 53.1 a) LOEx, sobre la base fáctica de que no estaba en posesión de ningún documento que acreditase su situación de estancia o residencia legal en España, que no constaba en los registros oficiales que hubiera había solicitado o tuviera pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo, y que tampoco había acreditado que tuviera un especial arraigo familiar o social en nuestro país.

La sentencia de 26 de febrero de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid, desestimó el recurso interpuesto por la actora contra la anterior resolución administrativa sobre la base de que la Directiva 2008/115/CE, conforme a la interpretación que le dio la STJUE de 23 de abril de 2015, determinaba que la expulsión fuera la única sanción susceptible de realizar los fines de la normativa europea.

La sentencia de 21 de septiembre 2020 de la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por su parte, al desestimar el recurso de apelación de la actora reitera el argumento de que la resolución sancionadora es conforme con las exigencias de la directiva de retorno y su interpretación por la STJUE de 23 de abril de 2015, asumida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 12 de junio de 2018, en virtud de la cual la estancia irregular del extranjero basta para acordar su

expulsión, si no está incurso en alguno de los supuestos en que la propia directiva, arts. 5 y 6, faculta a los Estados miembros para no ordenar el retorno.

Estas decisiones parten de una interpretación de la directiva de retorno que este tribunal ha declarado ya errónea por no ajustarse a la interpretación auténtica que de la misma han verificado las SSTJUE de 8 de octubre de 2020 y 3 de marzo de 2022. Estamos por ello ante un caso de denegación de tutela judicial efectiva del legítimo interés de la recurrente a no sufrir una sanción desproporcionada e inmotivada, interés conectado con el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, cuya trascendencia material exige como remedio necesario la anulación definitiva de los actos lesivos.

#### FALLO

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

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

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la resolución de 24 de septiembre de 2019 dictada por la delegada del Gobierno en Madrid, en el expediente de expulsión núm. 280020190014400, así como de la sentencia núm. 65/2020, de 26 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 22 de Madrid en el procedimiento abreviado núm. 469-2019, de la sentencia núm. 636/2020, de 21 de septiembre, dictada por la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación núm. 406-2020, y de la providencia de 11 de mayo de 2021 dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 6600-2020.

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

Dada en Madrid, a veintidós de mayo de dos mil veintitrés.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Ricardo Enríquez Sancho.—Concepción Espejel Jorquera.—María Luisa Segoviano Astaburuaga.—Juan Carlos Campo Moreno.—Firmado y rubricado.