

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

24493 *Sala Segunda. Sentencia 130/2023, de 23 de octubre de 2023. Recurso de amparo 6324-2020. Promovido por don Jeifry Manuel de la Cruz en relación con las resoluciones dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y un juzgado de la capital, que desestimaron su impugnación de la resolución administrativa sancionadora que acordó su expulsión del territorio nacional. Vulneración del derecho a la legalidad sancionadora: aplicación irrazonable de la norma sancionadora que, anteponiendo la expulsión a la multa, infringió la garantía material del derecho (STC 47/2023).*

ECLI:ES:TC:2023:130

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. 6324-2020, promovido por don Jeifry Manuel de la Cruz contra la resolución de fecha 28 de abril de 2017 de la delegada del Gobierno en Madrid, que acordó decretar la expulsión del territorio español del recurrente; contra la sentencia núm. 157/2018, de 12 de junio de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 21 de Madrid dictada en el procedimiento abreviado 291-2017, que desestimó el recurso contencioso; contra la sentencia 545/2019 de 26 de julio de 2019 de la Sección Novena de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación núm. 812-2018; y contra las providencias de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 2020 que acordó la inadmisión a trámite del recurso de casación núm. 7732-2019 y la de 10 de diciembre de 2020 que inadmitió el incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Ha comparecido y formulado alegaciones el abogado del Estado y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente la magistrada doña Laura Díez Bueso.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en este tribunal el 21 de diciembre de 2020, la procuradora de los tribunales doña Bárbara Sánchez Lorente, en nombre y representación de don Jeifry Manuel de la Cruz, bajo la dirección del letrado don David Redondo Artilles solicitó la designación de abogado de oficio con el fin de interponer recurso de amparo contra las resoluciones que se mencionan en el encabezamiento de esta sentencia, habida cuenta de que el letrado firmante no pertenece al turno de oficio; efectuada la correspondiente designación, la procuradora de los tribunales doña Bárbara Sánchez Lorente, actuando en nombre y representación de don Jeifry Manuel de la Cruz, bajo la dirección letrada de don Jorge Izquierdo Freire, presentó el 28 de abril de 2021 escrito en el que formalizaba la demanda de amparo.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso, y relevantes para su resolución, son en síntesis, los siguientes:

a) El día 28 de abril de 2017, la Delegación del Gobierno en Madrid dictó resolución decretando la expulsión de territorio nacional y la prohibición de entrada por un período de tres años de don Jeifry Manuel de la Cruz, nacional de República Dominicana, tras la tramitación del oportuno expediente. La resolución de expulsión se basa en la carencia de documentación habilitante de la estancia o residencia en España y, por tanto, en la comisión de la infracción tipificada en los arts. 53.1 a) y 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx).

En la resolución administrativa se expone como antecedente que «en el plazo concedido al efecto se ha presentado escrito de alegaciones, sin que de las manifestaciones contenidas en el mismo, desvirtúen los hechos imputados, ya que en lo referente al arraigo familiar invocado, resultaría paradójico acoger la línea argumental basada en un ensalzamiento de los valores familiares y paternofiliales, cuando precisamente alguna de las conductas observadas son susceptibles de calificarse como delito de malos tratos en el ámbito familiar».

b) Contra la citada resolución administrativa se interpuso recurso contencioso administrativo (procedimiento abreviado núm. 291-2017), con solicitud de suspensión del acto administrativo, del que conoció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 21 de Madrid. El recurrente en amparo basó su impugnación, en síntesis, en la caducidad del procedimiento, la incorrecta notificación por edictos de la resolución administrativa, la inadecuación de procedimiento y falta de motivación, la existencia de arraigo y la infracción del principio de proporcionalidad al haberse impuesto sanción de expulsión en detrimento de multa.

c) Por auto de 22 de diciembre de 2017, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 21 de Madrid acordó como medida cautelar la suspensión de la expulsión, por considerar esencialmente que «el actor ha acreditado que ha tenido un hijo nacido en España el 13 de agosto de 2015».

d) El recurso contencioso administrativo fue desestimado por sentencia 157/2018, de 12 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 21 de Madrid, en la que tras descartar la concurrencia de caducidad del expediente administrativo, rechaza el resto de los motivos invocados conforme a los siguientes argumentos: (i) la condición alegada de familiar de residente comunitario (como hijo de nacional española) debe ser reconocida expresamente y, en el presente caso, consta archivada una autorización de residencia temporal por reagrupación familiar (desde el año 2010) y consta caducada una autorización de residencia de familiar comunitario (desde el año 2015), mientras que la incoación de expediente sancionador se produjo el 23 de enero de 2017; (ii) sobre la falta de proporcionalidad de la sanción de expulsión, el juzgado señala que no ha quedado acreditada la convivencia con su hijo nacido el 13 de agosto de 2015, ni que contribuya a su sostenimiento, puesto que el recurrente afirma vivir con su madre y a su cargo; (iii) a ello ha de añadirse que consta un registro por ilícito penal de malos tratos físicos en el ámbito familiar con fecha 15 de marzo de 2016, por lo que, conforme a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, no procede sustituir la sanción de expulsión por una multa.

e) Frente a la anterior resolución, el demandante de amparo planteó recurso de apelación alegando la inadecuación del procedimiento administrativo, la normativa aplicable a la expulsión, la necesidad de dar prioridad al interés del menor y la vida familiar, la defectuosa notificación del acto administrativo y otros relativos a la aplicación de la doctrina de la STJUE de 23 de abril de 2015, asunto C-38/14, sobre la Directiva 2008/115/CE.

f) El recurso fue desestimado por sentencia 545/2019, de 26 de julio, de la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Para alcanzar este fallo, la sala razona, en primer lugar, sobre la inadecuación del procedimiento, admitiendo que el juzgado pudiera haber incurrido en una imprecisión a la hora de interpretar el motivo alegado que, sin embargo, puede ser corregida en apelación. Así, entiende que la incoación y tramitación del procedimiento administrativo preferente, en vez del ordinario, no implica una ausencia de procedimiento, al margen de que, en todo caso, el recurrente no ha especificado la concreta indefensión material que se le ha podido causar. Por lo demás, su situación de indocumentación podría justificar una apreciación de dificultad de localización que permite la tramitación del procedimiento especial previsto en el art. 63.1 a) LOEx.

Por lo que concierne al alegado interés superior del menor y protección de la vida familiar, la sala descarta la infracción denunciada, por no constar la nacionalidad del hijo, ni su residencia actual, ni dato alguno sobre el niño o su madre, como tampoco que sea padre de otra niña. A ello añade que la vida familiar protegida por la Directiva de retorno es la familia nuclear, que no se corresponde con una supuesta convivencia con un ascendiente, extremo que tampoco se acredita. Respecto a la infracción del derecho de defensa y a la presunción de inocencia el órgano judicial constata que, efectivamente, la referencia al registro por malos tratos figura en la resolución administrativa, pero no integra la conducta infractora, sino que se utiliza para contrarrestar las alegaciones sobre arraigo familiar que, en cualquier caso, no están acreditadas, por lo que resultan inocuas para los derechos invocados, al margen de que, a su juicio, la medida de expulsión era igualmente procedente aunque no concurriera otro dato negativo sobre la conducta del recurrente. Así, para la sala, en cumplimiento de la Directiva 2008/115/CE y de conformidad con la STJUE de 23 de abril de 2015, tal y como fueron interpretadas por las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018, 4 de diciembre y 19 de diciembre de 2018, procede la imposición de la sanción de expulsión en los supuestos de estancia irregular, al igual que, por lo que respecta a la aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no consta que el recurrente sea ciudadano, ni familiar de ciudadano, de Estado miembro.

Finalmente, la sentencia desestima la alegación sobre invalidez de la notificación edictal de la resolución de expulsión, al no apreciar anomalía alguna en los intentos de notificación personal que resultaron infructuosos.

g) Preparado por el recurrente recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación, fue inadmitido mediante providencia de 21 de septiembre de 2020, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por: «1) incumplimiento de las exigencias que el artículo 89.2 de la LJCA [Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa] impone al escrito de preparación: falta de fundamentación suficiente, con singular referencia al caso, de la concurrencia de los supuestos del art. 88.2 a), c) y f) LJCA —invocados— que permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; y, en todo caso, 2) carencia, en los términos en los que ha sido preparado el recurso, de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, dado el casuismo que preside las cuestiones suscitadas, vinculadas a los aspectos circunstanciados del pleito, teniendo en cuenta además que las cuestiones de hecho y su valoración probatoria están excluidas de la casación y que ya existe jurisprudencia consolidada de esta sala, tanto sobre la procedencia de la medida de expulsión en los casos de estancia irregular del artículo 53.1 a) LOEx —sentencias de la Sección Quinta de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2018, recurso núm. 2958-2017; de 4 de diciembre de 2018, recurso núm. 5819-2017; de 19 de diciembre de 2018, recursos núm. 5248-2017 y 6533-2017 (expresamente citadas por la sentencia recurrida) y

muchas otras posteriores— como sobre el alcance de la falta de justificación del inicio del procedimiento previsto en el artículo 63 de la LOEx —sentencias de la Sección Quinta de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2018, recurso núm. 333-2017; de 28 de enero de 2019, recurso núm. 3964-2017; de 5 de febrero de 2019, recurso núm. 6379-2017; de 24 de septiembre de 2019, recurso núm. 3160-2018, y de 3 de diciembre de 2019, recurso núm. 8030/2018—».

h) Planteado incidente excepcional de nulidad de actuaciones contra la anterior providencia, alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al recurso y a la motivación de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE), fue inadmitido a trámite por medio de providencia de 10 de diciembre de 2020. En ella, la Sala tras recordar la doctrina constitucional sobre la naturaleza del derecho de acceso al recurso como un derecho de configuración legal, que no se vulnera si se obtiene una resolución judicial motivada que justifique las razones por las que se inadmite un recurso, declara que, en el presente caso, la providencia cumple escrupulosamente con ese canon, al indicar las causas de inadmisión, «sin que la deficiente actuación procesal de la parte al incumplir los requisitos legalmente establecidos para la preparación del recurso de casación sea subsanable, como aquí parece pretenderse, al anunciarse, con ocasión de la formulación del incidente, la intención de aprovechar para hacer un cambio en la redacción de alguno de los motivos invocados en el escrito de preparación».

3. La demanda de amparo alega, en primer lugar, que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al recurso, por cuanto la interpretación y aplicación de las causas de inadmisión del recurso de casación han sido rigoristas o excesivamente formalistas, además de arbitrarias o manifiestamente irrazonables. A su juicio, el recurso de casación se ajustaba a lo dispuesto en la legislación procesal, con indicación de los motivos de interés casacional y la reseña de las resoluciones judiciales contradictorias que justificaban un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ha determinado que el resto de las infracciones constitucionales alegadas en el recurso de casación no hayan sido reparadas. En concreto, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por error patente en la aplicación de la norma legal, al no haber valorado la existencia de un hijo menor de edad de nacionalidad española, ni haber tratado las circunstancias relativas a la vida privada y familiar del recurrente.

En segundo término, indica la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), por haberse aplicado el procedimiento preferente sin haber justificado la concurrencia de alguna de las causas previstas para ello en el art. 63.1 LOEx, y porque la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid procedió a sustituir a la autoridad gubernativa en su deber de motivación sobre la tramitación de ese tipo de procedimiento. A ello añade la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por infracción del marco normativo español [arts. 53.1 a), 55.1 b) y 57 LOEx], ya que la sanción de expulsión solo procede conforme a parámetros de proporcionalidad y de forma motivada.

La demanda alude a la STJUE de 8 de octubre de 2020 que, por la fecha en que fue dictada, no pudo ser invocada en el recurso de casación, pero sí en el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, planteado por escrito de 26 de octubre de 2020. Según la demanda, el Tribunal Supremo interpretó que se hacía un cambio en la redacción de uno de los motivos de casación invocados, y desestimó esta pretensión. Considera que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debería haber motivado un pronunciamiento del Tribunal Supremo para dejar sin efecto la jurisprudencia existente hasta el momento sobre la aplicación preferente de la sanción de expulsión, expresamente citada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y en la providencia del Tribunal Supremo por la que se inadmitió el recurso de casación.

Por último, incide en la infracción de los derechos de defensa y presunción de inocencia, en relación con un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), porque no se notificó la propuesta de resolución y se introdujo un hecho nuevo, no incluido en la incoación del expediente (un registro por un supuesto ilícito penal consistente en malos tratos físicos en el ámbito familiar), que, además de no estar acreditado mediante sentencia, no pudo ser objeto de alegación en el expediente administrativo sancionador.

Hay que advertir que la exposición de las lesiones alegadas pone de manifiesto que, aunque el recurso se haya dirigido formalmente contra las resoluciones dictadas por los órganos judiciales intervinientes en las distintas fases procesales, algunas de las vulneraciones se atribuyen, en realidad, a una actuación administrativa que los tribunales no habrían reparado, lo que confiere al recurso la naturaleza de mixto [arts. 43 y 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)].

4. Por providencia de 8 de marzo de 2022, la Sección Cuarta de este tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que concurre 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, de 25 de junio, FJ 2 b)].

Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, ordenó dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación 7732-2019, al igual que a la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, para que el mismo plazo remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación 812-2018; a la Delegación del Gobierno en Madrid a fin de que, en igual plazo lo hiciera de las actuaciones correspondientes al expediente en el que se dictó la resolución de 28 de abril de 2017; y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 21 de Madrid en cuanto a las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 291-2017, debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

Con testimonio de los particulares necesarios, se ordenó formar pieza separada de suspensión para acordar lo procedente.

5. La Abogacía del Estado se personó en el proceso de amparo por escrito registrado el 23 de marzo de 2022.

6. Por providencia de 24 de marzo de 2022, la Sala Segunda de este tribunal no constando en autos la actual situación administrativa del demandante en nuestro país, acordó dirigir oficio a la Delegación del Gobierno de España en la Comunidad de Madrid, a fin de que, con carácter urgente, informara al Tribunal sobre si la expulsión de don Jeifry Manuel de la Cruz, acordada en fecha 28 de abril de 2017 había sido ejecutada y, en su caso, en qué fecha; o sobre los motivos por los que, hasta el momento, no ha sido llevada a efecto.

7. El 25 de marzo de 2022, la Delegación del Gobierno en Madrid dirigió escrito a este tribunal informando de que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 21 de Madrid había dictado auto 240/2017, de 22 de diciembre, suspendiendo la resolución administrativa de expulsión, no constando en las aplicaciones informáticas de extranjería de la Delegación del Gobierno en Madrid y en el registro central de extranjeros que se hubiese ejecutado la misma.

8. El 4 de abril de 2022, la Sala Segunda de este tribunal acordó suspender la ejecución de la resolución de la delegada del Gobierno en Madrid de 28 de abril de 2017,

en la que se acuerda la expulsión del recurrente del territorio nacional con la prohibición de entrada por un periodo de tres años, atendiendo al perjuicio irreparable que la no adopción de la suspensión cautelar supondría para el recurrente, toda vez que la ejecución del acuerdo de expulsión determinaría que una eventual concesión posterior del amparo, aparte de poder llegar a resultar ilusoria, le podría ocasionar unos perjuicios de carácter personal, económico y familiar de imposible resarcimiento, aunque el ahora demandante llegara a regresar a España. Se advierte igualmente que no cabe apreciar que dicha suspensión pueda originar una perturbación grave de los intereses generales, ni de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero, pues, de hecho, la expulsión ha estado suspendida desde el año 2017 por decisión del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 21 de Madrid y tal decisión se ha mantenido a lo largo del tiempo, pero que podría modificarse radicalmente si no se adoptara la medida cautelar solicitada.

9. Por diligencia de ordenación de 18 de abril de 2022, se acordó tener por personado y parte al abogado del Estado y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, se resolvió dar vista de las actuaciones recibidas al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

10. Por escrito registrado el 17 de mayo de 2022, el demandante don Jeifry Manuel de la Cruz presentó su escrito de alegaciones, remitiéndose a lo expuesto en su escrito de demanda y advirtiendo de la necesidad de aplicar en el presente recurso la doctrina de la sentencia de 8 de octubre de 2020 (por error señala el año 2010) de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-568/19, en la que declara que «la Directiva 2008/115/CE 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» (apartado 36). Por consiguiente, a juicio del demandante, procede dictar la nulidad del acto administrativo inicial recurrido que decreta su expulsión, al margen de no haberse tenido en cuenta lo establecido en cuanto a la vida familiar del recurrente a los efectos de la aplicación del art. 5 de la Directiva 2008/115/CE y el traslado de la normativa y jurisprudencia europea a la normativa nacional.

11. El 20 de mayo de 2022 tuvo entrada en este tribunal el escrito de alegaciones presentado por la Abogacía del Estado en el que solicitó, en primer lugar, la inadmisión del recurso de amparo, por entender improcedente el planteamiento de un incidente excepcional de nulidad de actuaciones contra la providencia de 21 de septiembre de 2020, que inadmitió el recurso de casación por falta de interés casacional objetivo. A su juicio, no existe vulneración de derecho fundamental alguno que hipotéticamente hubiera sido causado en origen por la resolución del Tribunal Supremo, por lo que ha de entenderse que el recurso de amparo fue interpuesto de manera extemporánea y debe dar lugar a la inadmisión del recurso de amparo, rechazando por artificiosa, la alegación de falta de motivación que el recurrente le imputa a esta última resolución.

En cuanto al fondo, sostiene que nos hallamos ante cuestiones de legalidad ordinaria y que tanto la autoridad administrativa al imponer la sanción de expulsión, como los tribunales al confirmarla, apreciaron que existían circunstancias suficientes que la justificaban. En este sentido, destaca que esa decisión parte simplemente de una operación de subsunción de los hechos en la normativa interna española sobre condición jurídica de los extranjeros [art. 53.1 a) LOEx], que califica de infracción grave, con sanción de expulsión, el 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.

Tampoco cabe entender vulnerado el art. 24 CE en tanto que el recurrente sancionado tuvo la posibilidad de llegar a hacer revisar por el órgano judicial competente la sanción que se le impuso y alegar ante los tribunales los argumentos que aduce. Es decir, su caso fue revisado por la jurisdicción, al igual que no se habría infringido el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), pues de conformidad con los arts. 53.1 a), 57.1 y 63 LOEx, se tuvieron en consideración las circunstancias concretas del asunto y el catálogo de infracciones y sanciones que la ley establece, siendo una función exclusivamente jurisdiccional de legalidad ordinaria.

A continuación, el abogado del Estado advierte que el recurso de amparo debería también inadmitirse en sentencia por falta de trascendencia constitucional (art. 50 LOTC en relación con la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2), ya que no se trata de un recurso que plantee un problema o que afecte a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no haya doctrina, pues está basado en una interpretación de los arts. 53.1 a), 57.1, y 63 de la LOEx, y que, como deduce la providencia de inadmisión del Tribunal Supremo, existe una amplia jurisprudencia ordinaria sobre el problema planteado.

Tampoco se advierten «nuevas realidades» ni «cambios normativos relevantes» para la configuración del derecho fundamental, como sería, supongamos, la supuesta falta de certeza alegada por el recurrente, en cuanto al principio material de legalidad sancionatoria, o bien en cuanto a la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente por causa de la inadmisión del recurso de casación por carencia de interés casacional objetivo por haberse resuelto, como establece la norma, por mera providencia; aspectos que no responden a una nueva aplicación de preceptos modificados de manera reciente y a la vez, en cambio, sí han sido ya tratados por la jurisprudencia, como refleja aquella providencia de 21 de septiembre de 2020, de inadmisión de la casación, dictada por el Tribunal Supremo en relación con aspectos repetitivos sobre la materia; ni se advierte tampoco un cambio de doctrina en los órganos encargados de la interpretación de tratados internacionales en materia de derechos fundamentales en los que España es parte.

Por otro lado, por lo que atañe a la inadmisión del recurso de casación interpuesto por el demandante, la Abogacía del Estado subraya que no se está en presencia de un asunto en el 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), dado que a la fórmula por la que el legislador ha introducido la inadmisión mediante sola providencia, no cabe imputarle inconstitucionalidad alguna por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) al margen de que el Tribunal Supremo la viene aplicando sin tacha de inconstitucionalidad desde la reforma de la casación en el año 2015.

Igualmente descarta que, en este caso concreto, habida cuenta de las resoluciones judiciales recaídas, contenga una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que pudiera considerarse lesiva de los derechos fundamentales contenidos en los arts. 24 y 25 CE, ni que se haya advertido en el seno del proceso y en sus instancias una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, en clara infracción, por tanto, de lo dispuesto en el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), o lo que es lo mismo, la existencia de una decisión consciente de soslayar la doctrina del Tribunal Constitucional aplicable a un caso como el presente, susceptible de enjuiciamiento por juez o tribunal ordinario (STC 133/2011, de 18 de julio, FJ 3, y 155/2015, de 9 de julio, FJ 2).

Por último, en cuanto a que el eventual motivo basado en que el asunto pudiese trascender del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, sostiene la Abogacía del Estado que solo de modo discrecional este tribunal lo apreciaría, pero en este caso no concurre esa potencial y relevante repercusión social o

política, siempre en lo que a esas circunstancias hipotéticas explícitamente enumeradas de manera abstracta se refiere.

Por todo ello solicita que se inadmita en sentencia el recurso de amparo en primer lugar, por razón de su extemporaneidad y subsidiariamente por su falta de trascendencia constitucional. En último término, y también de modo subsidiario, solicita su íntegra desestimación.

12. Mediante escrito registrado el 9 de junio de 2022, el fiscal interesó dentro del plazo para formular alegaciones, que se acordara reiterar a la Delegación del Gobierno en Madrid la remisión del expediente administrativo en el que se dictó la resolución de expulsión impugnada y, una vez recibidas dichas actuaciones, se diera vista de estas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal con nuevo plazo para formular alegaciones.

13. El 10 de junio de 2022 se dictó diligencia de ordenación acordando dirigir comunicación a la Delegación del Gobierno en Madrid, a fin de que, a la mayor brevedad posible, remitiera copia del expediente administrativo citado, para su examen y formulación, en su caso de nuevas alegaciones.

14. El 1 de julio de 2022 se dicta diligencia de ordenación por la que se acuerda dar vista del expediente administrativo recibido en la Secretaría de Justicia de la Sala Segunda de este tribunal, al abogado del Estado y al Ministerio Fiscal, por plazo de veinte días, para presentar nuevas alegaciones si lo estimaran conveniente, o completar las ya formuladas (art. 52.1 LOTC).

15. El 27 de julio de 2022, don Jeifry Manuel de la Cruz presentó escrito ratificándose en sus alegaciones y subrayando que con el expediente administrativo remitido por la Delegación del Gobierno en Madrid, se corrobora lo que siempre se ha venido indicando, esto es, que es hijo de española y padre de dos menores españoles con los que convivía y estaban a su cargo, habiendo sido titular de permiso de residencia, primero por reagrupación familiar y luego por familiar de ciudadano comunitario, acreditando arraigo social, laboral y familiar.

Igualmente se comprueba que existía una propuesta de resolución de 27 de enero de 2021 en la que se introducen hechos nuevos como es el de una detención por presunto ilícito de malos tratos que databan del día 15 de marzo de 2016, de cuyo resultado nada se indica en el expediente administrativo y que ni siquiera fue mencionado en su incoación, vulnerando el derecho de defensa y a la presunción de inocencia (art. 24 CE), habiendo quedado sin resolver por el Tribunal Supremo. A todo ello añade que la propuesta de resolución no le fue notificada a los efectos de realizar las oportunas alegaciones frente a las nuevas imputaciones realizadas y que sirvieron de base a los efectos de dictar la resolución que luego fue impugnada.

16. El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones en escrito presentado el 17 de octubre de 2022, en el que postuló el otorgamiento del amparo solicitado con estimación parcial de las alegaciones.

Comienza advirtiendo que, aunque desde la perspectiva formal, la demanda de amparo se dirige exclusivamente frente a las dos providencias dictadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, identificadas en el encabezamiento de esta resolución, en realidad las impugnaciones tienen su origen en la resolución administrativa de expulsión y en las posteriores sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 21 de Madrid y de la Sección Novena del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por lo que se deben considerar también impugnadas (SSTC 149/2016, de 19 de septiembre, FJ 1, y 84/2018, de 16 de julio, FJ 1). Por otro lado, entiende que la naturaleza del recurso de amparo es mixta, en tanto se imputa autónomamente a las resoluciones del Tribunal Supremo la vulneración del derecho de acceso a los recursos ex art. 24.1 CE, que se proyecta sobre algunas vulneraciones — así, la eventual falta de motivación de la sentencia de instancia sobre la utilización del procedimiento preferente del art. 63 LOEx, o el error atribuido al Tribunal Superior de

Justicia de Madrid en cuanto a la nacionalidad del menor—, que tendrían un carácter autónomo, y a las que se uniría la ausencia de motivación sobre causas que justifican la sanción de expulsión —más allá de la mera estancia irregular—, así como la falta de ponderación de las circunstancias personales y familiares del recurrente —en relación al hijo menor de edad—, lesiones que ya tenían su origen en la propia resolución administrativa, y que ha resultado validada por las posteriores resoluciones judiciales.

Ello no obstante, el fiscal entiende que, en este caso, habida cuenta de las vulneraciones alegadas, resulta más adecuado comenzar por el análisis de las vulneraciones nucleares relativas a la aplicación de la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre, en relación con el principio de proporcionalidad, dada su mayor viabilidad, y por su efecto anulador en caso de su estimación, sin perjuicio de aludir posteriormente a las restantes posibles vulneraciones.

Así, en primer lugar, realiza una sucinta referencia a la legislación aplicable y a la doctrina constitucional sobre derecho a la tutela judicial efectiva producida por la aplicación de la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre, en relación con el principio de proporcionalidad (con cita de las SSTC 140/2009, de 15 de junio, FJ 3; 131/2016 de 18 de julio, FJ 6, y 151/2021, de 13 de septiembre, FJ 1), de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, concretamente de las SSTJUE de 23 abril de 2015, *Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa - Extranjería c. Samir Zaizoune*, asunto C-38/14; de 8 de octubre de 2020, *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*, asunto C-568/19, y de 3 de marzo de 2022, *UN c. Subdelegación del Gobierno en Pontevedra*, asunto C-409/20, así como de la obligación de respetar el interés superior del niño, STJUE de 11 de marzo de 2021, *M.A. c. État belge*, asunto C-112/20 y sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de mayo de 2017, *H.C. Chávez-Vílchez y otros c. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank y otros*, asunto C-133/15.

A continuación, realiza un seguimiento de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el que se pone de relieve la evolución conseguida con la asunción de las declaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea realizadas en las sentencias más arriba citadas. Así sucede con la STS 198/2022, de 17 de febrero, Sección Quinta, que siguiendo la STS 366/21, de 17 de marzo, sintetiza dicha evolución para posteriormente la STS 528/2022, de 4 de mayo, Sección Quinta, asentar algunas conclusiones sustanciales en relación con el alcance de la STJUE (Sala Tercera) de 3 de marzo de 2022, en el asunto C-409/20. Estas conclusiones son, esencialmente, (i) 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; (ii) que 1ª 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; y (iii) 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.

Seguidamente, tras llevar a cabo una síntesis de los fundamentos de las resoluciones administrativas y judiciales obtenidas por el demandante de amparo, el fiscal subraya el hecho de que cuando se dictó la resolución administrativa de expulsión (28 de abril de 2017) y las resoluciones judiciales de 12 de junio de 2018 y 26 de julio de 2019, resultaba de aplicación la STJUE de 23 de abril de 2015 y aún no se había dictado la STJUE de 8 de octubre de 2020, posterior también a la providencia de inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo (de 21 de septiembre de 2020), y escasamente anterior a la providencia de inadmisión del incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado contra aquella (10 de diciembre de 2020). Ahora bien, a su juicio, a tenor de la jurisprudencia reseñada, lo cierto es que

en un supuesto como el que nos ocupa, era exigible la aplicación del principio de proporcionalidad a la hora de acordar la expulsión de un extranjero no comunitario y, consecuentemente, una valoración individualizada de aquellas circunstancias que justifican la expulsión (art. 57.1 LOEx), el sacrificio del interés familiar, particularmente del interés del menor [art. 5 a) de la Directiva 2008/115/CE], como se derivaba de las SSTC 140/2009, FJ 3; 131/2016, FJ 6, y 151/2021, FJ 2.

Sostiene, así, que no constan circunstancias agravantes más allá de la propia estancia irregular del demandante de amparo y que, están documentalmente acreditadas la identidad del menor, su edad —nacido el 13 de agosto de 2015— y su lugar de nacimiento en Madrid, hijo de madre también con nacionalidad española, por lo que debió ponderarse el interés del menor, de conformidad con la STJUE de 11 de marzo de 2022, aunque el progenitor que tenga asumido su cuidado sea distinto al que le afecte la medida de expulsión, pues deben valorarse otras circunstancias para deducir la inexistencia de una relación de dependencia, tales como la edad del hijo, su desarrollo físico, la intensidad de la relación con cada progenitor y el riesgo de separación para su equilibrio emocional. Dado que no hay constancia de ninguna diligencia orientada a comprobar las consecuencias de la decisión de expulsión respecto del hijo menor, sino exclusivamente las circunstancias relativas al recurrente, ha de entenderse, a juicio del fiscal, que la resolución administrativa y las resoluciones judiciales, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, especialmente la asentada en la STJUE de 11 de marzo de 2021, y el art. 5 de la Directiva 2008/115 CE, han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva de la motivación, al no haber ponderado adecuadamente las circunstancias, conforme al principio de proporcionalidad.

A continuación, aun estimándolo innecesario, el Ministerio Fiscal analiza la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por la falta de motivación sobre la utilización del procedimiento preferente del art. 63.1 LOEx y, tras examinar la doctrina constitucional aplicable (SSTC 82/2009, de 23 de marzo; 140/2009, de 15 de junio, y 95/2021, de 10 de mayo), concluye que no se ha acreditado que la utilización del procedimiento preferente haya derivado en indefensión para el recurrente pues, efectivamente, se recibió declaración, fue asistido de letrado y, conferido trámite para alegaciones por el mismo acuerdo de incoación, se cumplimentó adecuadamente por escrito de 24 de enero de 2017, no existiendo por tanto una indefensión material con relevancia constitucional.

Por lo que atañe a la vulneración del derecho de defensa y a la presunción de inocencia en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por falta de notificación en la propuesta de resolución de un hecho nuevo no incluido en la incoación, de nuevo tras repasar la doctrina constitucional (SSTC 172/2005, de 20 de junio; 258/2007, de 18 de diciembre; 40/2008, de 10 de marzo, y 41 /2022, de 21 de marzo), concluye que es cierto que en el acuerdo de incoación no figuraba la existencia de un «registro de malos tratos en el ámbito familiar» que, efectivamente, se incorporó a partir de las diligencias realizadas en la tramitación del procedimiento, constando por vez primera en la propuesta de resolución. Ahora bien, a pesar de ello, ni esta resolución ni la posterior resolución sancionadora de 28 de abril de 2017 la consideraron una conducta susceptible de sanción con efectos negativos para el recurrente, pues la decisión de expulsión se fundamenta en la mera estancia irregular del extranjero no comunitario ahora recurrente.

Por último, se examina la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que se imputa a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al errar acerca de la nacionalidad española del menor, hijo del recurrente, que constaba en la certificación literal de nacimiento, así como en el libro de familia. Para el fiscal, dicho error ha carecido de consecuencias negativas para el recurrente, puesto que la razón de la valoración del interés del menor se fundamenta, no en la consideración de familiar extracomunitario, sino en la ausencia de datos sobre el mismo, así como en la consideración de que la vida familiar objeto de protección preferente para la Directiva es la desarrollada en el seno de la familia nuclear.

En virtud de todo lo expuesto, afirma que resulta procedente el otorgamiento de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el principio de legalidad (art. 25 CE), respecto al principio de proporcionalidad (art. 57.1 LOEx), por falta de motivación de la imposición de la sanción de expulsión y de ponderación del interés del menor en aplicación de la Directiva 2008/115/CE, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues la falta de argumentación, con ausencia de evaluación de aquellas, aun en parte completada con la expuesta en las resoluciones judiciales posteriores, que la validan, no resulta conforme a la protección constitucional que deriva del art. 24.1 CE. Por ello solicita la anulación de todas las resoluciones objeto de este recurso, tanto la resolución administrativa como las posteriores resoluciones judiciales.

17. El 26 de enero de 2023, el magistrado don César Tolosa Tribiño presentó escrito, conforme al art. 217 LOPJ, en el que comunicaba su voluntad de abstenerse en el enjuiciamiento del presente recurso de amparo, por haber formado parte de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que dictó la providencia de 21 de septiembre de 2020 objeto del presente recurso de amparo, concurriendo por ello la causa de abstención prevista en el art. 219.11 LOPJ, supletoria de la LOTC (art. 80).

18. Mediante el ATC 178/2023, de 17 de abril, la Sala Segunda estimó justificada la abstención formulada por el magistrado don César Tolosa Tribiño en el recurso de amparo núm. 6324-2020, apartándole definitivamente del referido recurso y de todas sus incidencias.

19. Por providencia de 19 de octubre de 2023 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 23 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

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

a) El presente recurso de amparo se dirige contra la providencia de 10 de diciembre de 2020, que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones planteado, y contra la providencia de 21 de septiembre de 2020, que inadmite el recurso de casación contra la sentencia de 26 de julio de 2019, dictada por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictadas ambas providencias por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

El recurrente alega, en primer término, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al recurso, al considerar que la interpretación y aplicación de las causas de inadmisión del recurso de casación han sido rigoristas o excesivamente formalistas, además de arbitrarias o manifiestamente irrazonables. A su juicio, su recurso se ajustaba a lo dispuesto en la legislación procesal, con indicación de los motivos de interés casacional y la reseña de las resoluciones judiciales contradictorias que justificaban un pronunciamiento del Tribunal Supremo. En segundo lugar, invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que, a su entender, ha determinado que el resto de las infracciones constitucionales alegadas en el recurso de casación no hayan sido reparadas. En concreto: (i) el error patente en la aplicación de la norma legal, al no haber valorado la existencia de un hijo menor de edad de nacionalidad española, ni haber tratado las circunstancias relativas a la vida privada y familiar del recurrente; (ii) la vulneración del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), por haberse aplicado el procedimiento preferente sin haber justificado la concurrencia de alguna de las causas previstas para ello en el art. 63.1 LOEx, y porque la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid procedió a sustituir a la autoridad gubernativa en su deber de motivación sobre la tramitación de ese tipo de procedimiento;

(iii) la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por infracción del marco normativo español [arts. 53.1 a), 55.1 b) y 57 LOEx], ya que la sanción de expulsión solo procede conforme a parámetros de proporcionalidad y de forma motivada. La demanda alude a la STJUE de 8 de octubre de 2020 que, por su fecha, no pudo ser invocada en el recurso de casación pero que, al parecer, fue invocada expresamente en el incidente de nulidad de actuaciones, planteado por escrito de 26 de octubre de 2020. Según la demanda, el Tribunal Supremo interpretó que se hacía un cambio en la redacción de uno de los motivos de casación invocados y desestimó esta pretensión. Considera que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debería haber motivado un pronunciamiento que dejara sin efecto la jurisprudencia existente hasta el momento sobre la aplicación preferente de la sanción de expulsión, expresamente citada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y en la providencia del Tribunal Supremo por la que se inadmitió el recurso de casación; y (iv) la vulneración de los derechos de defensa y presunción de inocencia, en relación con un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), porque no se le notificó la propuesta de resolución y se introdujo un hecho nuevo no incluido en la incoación del expediente (un registro por un supuesto ilícito penal consistente en malos tratos físicos en el ámbito familiar) que, además de no estar acreditado mediante sentencia, no pudo ser objeto de alegación en el expediente administrativo sancionador.

En atención a estas invocaciones, el presente recurso de amparo debe ser considerado de naturaleza mixta, pues se atribuye a las resoluciones judiciales una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de carácter autónomo, que va más allá de la mera falta de reparación de las vulneraciones que originariamente se imputan a la administración. En tal sentido, como afirma el Ministerio Fiscal, la imputación que se realiza a las providencias del Tribunal Supremo directamente impugnadas en amparo, en realidad tienen su origen en las resoluciones anteriores y tal como señala, entre otras, las SSTC 149/2016, de 19 de septiembre, FJ 1, y 84/2018, de 16 de julio, FJ 1, cuando se impugna en el recurso de amparo una resolución judicial confirmatoria de otras que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquella, han de considerarse también recurridas esas precedentes resoluciones. Por ello, aunque la demanda de amparo se dirige formalmente contra las providencias del Tribunal Supremo, la lesión atribuida a las mismas se centra en la vulneración del derecho de acceso a los recursos (art. 24.1 CE), que se proyecta sobre algunas vulneraciones —así, la eventual falta de motivación de la sentencia de instancia sobre la utilización del procedimiento preferente del art. 63 LOEx, o el error imputado al Tribunal Superior de Justicia de Madrid en cuanto a la nacionalidad del menor— que tendrían un carácter autónomo, y a las que se uniría la ausencia de motivación sobre las causas que justifican la sanción de expulsión, así como la falta de ponderación de las circunstancias personales y familiares del recurrente, lesiones que ya tenían su origen en la propia resolución administrativa y que resultó confirmada por las posteriores resoluciones judiciales (STC 21/2010, de 27 de abril, FJ 2). Por consiguiente, a la vista de las vulneraciones alegadas en la demanda, en la medida en que se puede considerar implícitamente recurrida la resolución administrativa de expulsión y visto que en el suplico se solicita su anulación, no existe obstáculo para considerar la naturaleza mixta de los arts. 43.1 y 44.1 LOTC del presente recurso.

Por su parte, el abogado del Estado solicitó, en primer lugar, la inadmisión del recurso de amparo por extemporáneo, pues al no existir vulneración de derecho fundamental alguno que hubiera sido causado por las resoluciones de inadmisión del recurso de casación, el planteamiento del incidente excepcional de nulidad de actuaciones era improcedente.

En cuanto al fondo, afirma que se trata de cuestiones de legalidad ordinaria y que tanto la autoridad administrativa al imponer la sanción de expulsión como los tribunales al confirmarla, apreciaron que existían circunstancias suficientes que la justificaban, subrayando la inexistencia de indefensión, en tanto el asunto debatido fue revisado por la jurisdicción, al igual que no se habría infringido el derecho a la legalidad sancionadora

(art. 25.1 CE) pues de conformidad con los arts. 53.1 a), 57.1 y 63 LOEx se tuvieron en consideración las circunstancias concretas del recurrente.

Por lo demás, no aprecia la trascendencia constitucional del asunto planteado en este recurso, pues no plantea un problema que se pueda incluir en alguno de los supuestos de la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.

Por todo ello solicita que se inadmita en sentencia el recurso de amparo, en primer lugar, por razón de su extemporaneidad y, subsidiariamente, por su falta de trascendencia constitucional. En último término, y también de modo subsidiario, solicita su íntegra desestimación.

El Ministerio Fiscal, en cambio, entiende procedente el otorgamiento del amparo al recurrente por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el principio de legalidad (art. 25 CE), respecto al principio de proporcionalidad (art. 57.1 LOEx), por falta de motivación de la imposición de la sanción de expulsión y de ponderación del interés del menor en aplicación de la Directiva 2008/115/CE, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues la falta de argumentación no resulta conforme a la protección constitucional que deriva del art. 24.1 CE. Sobre el alcance del amparo advierte que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, la ausencia de elemento de agravación concurrente con la infracción por mera estancia irregular determina la imposibilidad de acordar la medida de expulsión, sin que resulte posible optar por la sanción de multa (SSTS 337/2022, de 16 de marzo, y 366/2021, de 17 de marzo), por lo que procede anular la resolución administrativa además de las resoluciones judiciales impugnadas, como medio para el restablecimiento de los derechos vulnerados.

b) Como se ha expuesto pormenorizadamente en los antecedentes de esta sentencia, la Abogacía del Estado aduce la extemporaneidad del recurso de amparo al entender que el incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por el recurrente en amparo contra la providencia de inadmisión del recurso de casación era manifiestamente improcedente. Aduce que no era precisa la formulación del incidente de nulidad de actuaciones conforme a lo previsto en el art. 241.1 LOPJ, en tanto que las vulneraciones se habrían producido desde la resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid de 28 de abril de 2017, y habrían sido denunciadas en instancias anteriores. Alega, asimismo, que el recurso de amparo reitera las mismas alegaciones que en instancias anteriores sin aducir una vulneración adicional de un derecho fundamental más allá de la genérica alusión al art. 24 CE. Todo ello, a su juicio, debería llevar aparejada la inadmisibilidad del recurso de amparo por extemporáneo, ya que la vía judicial previa se cerraba con la providencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 2020, que inadmitió el recurso de casación núm. 7732-2019 planteado por el recurrente, cuya fecha de notificación marcaba por tanto el *dies a quo* del plazo de treinta días para presentar la demanda ex art. 44.2 LOTC. Habiendo transcurrido dicho plazo, con mucho, al presentar la demanda de amparo, esta ha de ser inadmitida por extemporánea.

El presente recurso, tal como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, constituye lo que hemos denominado un «recurso de amparo mixto» (arts. 43 y 44 LOTC). Debemos apreciar que se agotó correctamente la vía judicial previa al amparo, tal y como se desprende de la lectura del escrito de incidente de nulidad de actuaciones presentado por el recurrente y de la demanda de amparo. Tras la inadmisión del recurso de casación, el recurrente interpuso incidente de nulidad de actuaciones alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos. El hecho de que para fundamentar su solicitud de nulidad tuviera que aludir a los argumentos que defendía en el escrito de preparación del recurso, no solo no se antoja impertinente a los efectos de defender su queja de lesión del derecho al recurso (art. 24.1 CE), sino que era algo lógico, pues sin aludir al contenido del recurso que había sido inadmitido mal podía combatir la decisión adoptada en su contra, tal como hemos afirmado en supuestos similares [SSTC 80/2023, de 3 de julio, FJ 2 b), y 86/2023, de 17 de julio, FJ 2 a)].

Además, en la demanda de amparo se hace referencia a que la providencia de 21 de septiembre de 2020 inadmitió el recurso de casación y, por ello, al entender que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, se formuló incidente de nulidad de actuaciones, lo que confirmaría el carácter específico de esta queja que solo afectaba a las providencias dictadas por el Tribunal Supremo.

Puede entenderse, en consecuencia, que junto a la queja en la que formalmente se aduce la vulneración del art. 24.1 CE, en los términos que hemos precisado, imputable a la resolución administrativa y a las resoluciones judiciales en cuanto no repararon la misma, se atribuya, además, una vulneración autónoma del art. 24.1 CE a las providencias de inadmisión del recurso de casación y de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones.

En el presente caso, la interposición de un incidente de nulidad contra la resolución que inadmitió el recurso de casación intentado por el recurrente, alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) de acuerdo con lo afirmado en la STC 145/2015, de 25 de junio, FJ 2, no puede calificarse el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el demandante contra la sentencia impugnada como «manifiestamente improcedente», en el preciso sentido restrictivo que la doctrina de este tribunal viene dando a este concepto (por todas, SSTC 50/1990, de 26 de marzo, FJ 2; 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 10/1998, de 13 de enero, FJ 2; 78/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 172/2009, de 9 de julio, FJ 2, y 33/2011, de 28 de marzo, FJ 2), con la consecuencia de determinar, en su caso, la extemporaneidad del recurso de amparo.

Procede pues descartar el óbice de admisibilidad aducido por el abogado del Estado.

c) Respecto de la alegada falta de trascendencia constitucional del recurso de amparo por no concurrir ninguno de los supuestos contemplados en la STC 155/2009, FJ 2, hemos de advertir que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que corresponde únicamente al Tribunal apreciar en cada caso, en el momento de admitir a trámite el recurso de amparo, si este tiene especial trascendencia constitucional, de acuerdo con lo exigido por el art. 50.1 LOTC (así, SSTC 155/2020, de 4 de noviembre, FJ 2, o 43/2022, de 21 de marzo, FJ 2). La providencia de admisión dejó establecida como causa de especial trascendencia constitucional que el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 a)] y puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, ya expuesta —entre otras— en las SSTC 140/2009, de 15 de junio, y 145/2011, de 26 de septiembre, como consecuencia de un cambio en la doctrina de órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales. En el presente caso, se trataría de analizar la relevancia de las SSTJUE de 23 de abril de 2015, de 8 de octubre de 2020, y la más reciente de 3 de marzo de 2022, a fin de valorar cuál debe ser el canon de control de constitucionalidad exigible en la interpretación y aplicación del Derecho nacional de extranjería, puesto en relación con el Derecho de la Unión Europea, tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En consecuencia, este óbice procesal también debe rechazarse.

d) La naturaleza mixta del recurso de amparo interpuesto determina que se examine, en primer término, la queja relativa a la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora y del principio de proporcionalidad de la medida de expulsión impuesta al recurrente, que se atribuye a la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid, de 28 de abril de 2017, y a las distintas resoluciones judiciales que la confirmaron. Su eventual estimación facilita una solución más temprana del recurso y haría innecesario el examen de la queja relativa a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (SSTC 140/2009, FJ 1, y 131/2016, de 18 de julio, FJ 4).

La queja del recurrente, en los términos que se plantean, coincide con la resuelta en la STC 47/2023, de 10 de mayo, del Pleno, cuya doctrina resulta aplicable al caso, y en la que se reconoció la vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en un supuesto muy similar de expulsión por mera estancia irregular, que se justificaba

en la aplicación directa de las consecuencias de la Directiva de retorno en lugar de aplicar la normativa española de extranjería.

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

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

Como se afirma en la citada STC 47/2023, FJ 4 c), «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)».

e) La resolución administrativa y las judiciales objeto del presente recurso se caracterizan por haber justificado la sanción de expulsión de don Jeifry Manuel de la Cruz sin apreciar la concurrencia de circunstancias agravantes o negativas y sin tener en cuenta las circunstancias personales y familiares alegadas por el recurrente que, como han quedado reseñadas en los antecedentes de la presente resolución, eran de una entidad suficiente como para imponer la sanción de multa prevista en nuestro ordenamiento como regla general para los casos como el suyo de estancia irregular en nuestro país.

En consecuencia, en aplicación de la doctrina de la STC 47/2023, debe estimarse el recurso [art. 53 a) LOTC] y reconocer que se ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), restableciéndole en su derecho 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 Jeifry Manuel de la Cruz y, en su virtud:

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

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la resolución de fecha 28 de abril de 2017 de la Delegación del Gobierno en Madrid, que acordó decretar la expulsión del territorio español del recurrente; de la sentencia núm. 157/2018, de 12 de junio de 2018, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 21 de Madrid dictada en el procedimiento abreviado núm. 291-2017; de la sentencia 545/2019, de 26 de julio de 2019, de la Sección Novena de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y de las providencias de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de septiembre de 2020 y de 10 de diciembre de 2020 (recurso de casación núm. 7732-2019).

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

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