

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066929

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 150/2023, de 20 de noviembre de 2023

Sala Segunda

Rec. de amparo núm. 5467/2019

(BOE de 21 de diciembre de 2023)

SUMARIO:**Sanciones. Extranjería. Expulsión del territorio español. Principio de proporcionalidad. Caducidad del procedimiento administrativo. Incorporación de elementos en la propuesta de resolución que no figuraban en el acuerdo de incoación.**

La aplicación de las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto son manifestación de la potestad punitiva del Estado, particularmente del **derecho de defensa**, implica no solo que el interesado sea emplazado y tome conocimiento de la incoación del procedimiento, sino que tenga oportunidad de alegar en el curso del mismo lo que a su derecho convenga y aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes.

La **propuesta de resolución** formulada por el instructor del expediente que **incorpora datos fácticos que no figuraban en el acuerdo de incoación**, y que resultan relevantes puesto que sirven para sustentar la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa, lesionan el derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador. El hecho de que el demandante de amparo disfrute posteriormente en el **proceso judicial** de la posibilidad de alegar y probar cuanto considera oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses **no subsana la vulneración** ocasionada, pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que debe respetarse su ejercicio.

El **deber de motivación** en el ámbito sancionador incluye no solo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la sanción a imponer, pues solo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. Concretamente, en relación con la posibilidad prevista legalmente en el art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de que en los casos de comisión de determinadas infracciones se pueda **imponer, en lugar de la sanción de multa, la de expulsión** del territorio nacional, la imposición de esta sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la administración.

En el caso objeto del presente recurso, esos hechos nuevos incorporados a la propuesta de resolución no implicaban una nueva calificación jurídica ni tampoco la imposición de una sanción distinta de la anunciada, pero sí eran relevantes desde el punto de vista de la licitud de la opción de la administración en favor de la sanción de expulsión frente a la de multa, pese a lo cual no le fue posible al demandante de amparo cuestionar la relevancia de esa detención mediante los documentos acreditativos del archivo en el procedimiento correspondiente, así como tampoco alegar la falta de notificación de la resolución sancionadora y su prescripción, algo que solo pudo hacer en la vía judicial. Producida la vulneración del derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador, **el hecho de que el demandante de amparo dispusiera posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses no subsana la vulneración del derecho a la defensa ocasionada en el previo procedimiento administrativo sancionador.**

PRECEPTOS:

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, art. 49.

Constitución Española, arts. 9.3, 24.2 y 25.1.

Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), arts. 43 y 55.

Ley 30/1992 (LRJPAC), art. 131.

Ley Orgánica 4/2000 (Derechos y libertades de los Extranjeros), arts. 20.2, 28.3 c), 50, 55.3 y 57.

RD 1398/1993 (Rgto Potestad Sancionadora), art. 18.

RD 557/2011 (Rgto. de la Ley Orgánica 4/2000), art. 222.

PONENTE:

Doña Laura Díez Bueso.

ECLI:ES:TC:2023:150

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 5467-2019, promovido por don Víctor Hugo Sánchez Mina contra la resolución de 30 de diciembre de 2016 de la delegada del Gobierno en Madrid, que acordó decretar la expulsión del territorio español del recurrente, contra la sentencia núm. 95/2018, de 9 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid dictada en el procedimiento abreviado 213-2017, que desestimó el recurso contencioso, contra la sentencia 86/2019, de 6 de febrero de 2019, de la Sección Segunda de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación núm. 668-2018 y contra la providencia, de 18 de julio de 2019, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por la que acordó la inadmisión a trámite del recurso de casación núm. 2615-2019. 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 26 de septiembre de 2019, la procuradora de los tribunales doña María Isabel García Martínez, en nombre y representación de don Víctor Hugo Sánchez Mina, bajo la dirección del letrado don Miguel Cobas Pascual presentó recurso de amparo contra las resoluciones mencionadas en el encabezamiento.

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

a) El 30 de diciembre de 2016, 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 Víctor Hugo Sánchez Mina, ciudadano nacional de Colombia, 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 (en adelante, LOEx).

En la resolución administrativa se expone como antecedente que «[e]n el plazo concedido al efecto se ha presentado escrito de alegaciones, sin que de las manifestaciones contenidas en el mismo, desvirtúen los hechos imputados, constando en el expediente, además de la permanencia irregular en España, otros datos negativos sobre su conducta, al haber sido detenido el 24/08/2016 por robo con fuerza en las cosas, que demuestra un comportamiento antisocial en nuestro país y aconsejan la imposición de la sanción de expulsión que se propone, en lugar de una sanción económica, que en ningún caso sanaría su situación irregular en España. Además de su estancia irregular en España, en el momento de su detención estaba indocumentado, y, por lo tanto, sin acreditar su identificación y filiación, desconociéndose cuándo y por dónde efectuó su entrada en territorio español y si lo hizo por un puesto habilitado conforme a lo establecido en el artículo 25 de la Ley de extranjería. Por resolución de fecha 23/11/11, por esta misma infracción se le impuso una sanción económica, advirtiéndolo de la obligación de inherente a la misma de abandonar el territorio español conforme a lo determinado por el artículo 28.3 c) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, obligación que ha incumplido, persistiendo en situación de irregularidad en España al día de hoy».

b) Contra la citada resolución administrativa se interpuso recurso contencioso-administrativo (procedimiento abreviado núm. 213-2017), solicitando como medida cautelar, la suspensión de la ejecución de expulsión, del que conoció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid. El recurrente en amparo basó su

impugnación en: (i) la caducidad del procedimiento administrativo sancionador ex art. 225 del reglamento, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, dado que el procedimiento se había iniciado el 24 de agosto de 2016 y le fue notificado el 13 de abril de 2017; (ii) la falta de motivación de la resolución sancionadora e infracción del principio de proporcionalidad al imponer la sanción de expulsión, por cuanto la resolución no pondera las circunstancias personales, familiares y sociales que concurren en el recurrente que acreditan una situación de arraigo e integración en la sociedad española, siendo padre de una menor de tres años, además de no concurrir las circunstancias que justifican la sanción de expulsión, pues aportó documentación acreditativa sobre su identidad, el modo en el que entró en España y no cabe inferir un comportamiento antisocial ya que la denuncia por robo con fuerza fue archivada; (iii) la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 de abril de 2015, asunto *Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa-Extranjería c. Samir Zaizoune*, C-38/14, no debe interpretarse en el sentido de que ya no cabe la sanción de multa en vez de la expulsión, porque la legislación nacional da cobertura a la imposición de la sanción de multa. Además, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (en adelante, Directiva 2008/115/CE) expresamente contempla excepciones a la decisión de retorno por razones humanitarias; y (iv) la vulneración del principio de audiencia al interesado, por tanto, del derecho de defensa, porque no se le dio traslado de la propuesta de resolución sancionadora. Expresamente alegó que se estaba ante un caso al que le era de aplicación la STC 145/2011, de 26 de septiembre, dado que en la resolución impugnada se habían incorporado nuevos hechos frente a los cuales el interesado no había podido formular alegaciones o aportar documentos, de manera que se le habría causado una indefensión material, real y efectiva en el procedimiento. Así se había introducido como causa de expulsión la detención por el delito de robo, de la que se había inferido una conducta antisocial cuando, sin embargo, el juzgado de instrucción había acordado el archivo de la causa.

c) Por auto de 14 de septiembre de 2017, el Juzgado de Instrucción núm. 34 de Madrid acordó como medida cautelar la suspensión de la expulsión, por considerar que «el actor vive en España desde hace seis años, empadronado, con una hija de tres años. Claramente se deduce el arraigo en nuestro país. Sin que consten comportamientos negativos, salvo el de carecer de permiso de residencia».

d) El recurso contencioso-administrativo fue desestimado por sentencia 95/2018, de 9 de abril, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid, en la que se descarta que se hubiera producido la caducidad del procedimiento sancionador. En aplicación del principio de primacía del derecho de la Unión sobre la normativa interna, con cita de la STJUE de 23 de abril de 2015, ofrece una interpretación de la Directiva 2008/115/CE de la que deduce la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, supone que la administración no podrá ya multar sino que habrá de expulsarle, salvo excepcionalmente en los casos previstos. Por ello, la actuación de la administración resulta ajustada a Derecho al tenor de la Directiva 2008/115/CE, toda vez que se otorgó al recurrente la posibilidad de salida voluntaria, una vez dictada la procedente decisión de retorno, de modo que constatado de que no se abandonó el territorio en el periodo concedido procede llevar a cabo la efectiva expulsión. A ello añade que el recurrente carece de arraigo familiar –al vivir su hija con la madre– y contar con varias detenciones por delito y por infracciones a la Ley de extranjería.

e) El demandante de amparo planteó recurso de apelación alegando: (i) la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, al entender que el procedimiento había caducado; (ii) la vulneración de los derechos de defensa, audiencia y contradicción en el procedimiento sancionador, haciendo especial hincapié en que se valorara como elemento negativo su detención por un delito de robo, sin tener en consideración que había sido archivado, una sanción por multa de la que no se le informó como dato en el acuerdo de incoación del expediente y la falta de abandono del territorio nacional de forma voluntaria, cuando no se le había notificado dicha resolución; (iii) añadió la infracción del principio de proporcionalidad que rige en la determinación de la sanción aplicable, no concurriendo ningún factor negativo de suficiente entidad que pudiera justificar la opción por la sanción de expulsión, siendo manifiesta su situación de arraigo personal, familiar y social. Por último, sostenía que no cabe interpretar la Directiva 2008/115/CE, en el sentido de que siempre que un ciudadano extranjero se encuentre en situación irregular en España deba adoptarse, necesaria e inexcusablemente, una decisión de retorno, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes.

El recurso de apelación fue desestimado por sentencia 86/2019, de 6 de febrero, de la sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Para alcanzar este fallo descarta la falta de congruencia de la resolución apelada y alude tanto al régimen legal aplicable, como a la STJUE de 23 de abril de 2015 y a la posterior jurisprudencia del Tribunal Supremo. La conclusión es que en los supuestos de estancia irregular como el aquí concurrente la regla general es la expulsión, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción que contempla la Directiva 2008/115/CE en los apartados 2 al 5 del art. 6, a las que hay que añadir los supuestos de no devolución por interés superior del niño, vida familiar y estado de salud, que se regulan en el art. 5 de la Directiva, supuestos de excepción los aludidos en los que cabe valorar en cada caso la situación particular del extranjero sujeto a la expulsión y su inclusión en alguna de las circunstancias que propician la aplicación del principio de no devolución. Deviene, por consiguiente, «innecesario el examen de la concurrencia

o no en el expediente de datos negativos que, añadidos a la estancia irregular del extranjero, justifiquen la imposición de una sanción de expulsión en lugar de la sanción de multa desde la perspectiva el principio de proporcionalidad, pues es la sanción de expulsión la generalmente procedente». Finalmente la sentencia señala que, en «cuanto a la falta de virtualidad a tales efectos del arraigo familiar y del superior interés del menor a que ciñe el apelante su impugnación, [...] ni consta la efectiva convivencia familiar por las razones que se exponen en la sentencia recurrida ni que el recurrente tenga a su cargo a su hija menor y/o que el mismo esté al corriente de sus obligaciones paterno filiales, pese a incumbirle la cumplida acreditación de las circunstancias de excepción que invoca, tanto en cuanto hecho constitutivo de su pretensión como desde la perspectiva de la disponibilidad o facilidad probatoria a que hace mención el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, de aplicación supletoria en este ámbito jurisdiccional específico».

f) Preparado recurso de casación contra la sentencia dictada en apelación, fue inadmitido mediante providencia de 18 de julio de 2019, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por: «1) Falta de fundamentación suficiente, con singular referencia al caso, sobre la concurrencia de los supuestos previstos en el art. 88.2 c), i) y f) LJCA [Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa], invocados como justificativos del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; y 2) Carencia de interés casacional objetivo en los términos en los que ha sido preparado el recurso, teniendo en cuenta además que las cuestiones de hecho y su valoración probatoria están excluidas de la casación, como es el caso respecto de la consideración de la circunstancias personales y de arraigo del recurrente, a lo que se añade que sobre la cuestión planteada existe jurisprudencia reciente de esta Sala que expresamente se invoca en la sentencia recurrida».

3. La demanda de amparo alega que las resoluciones judiciales impugnadas vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) por lo que se considera una aplicación irrazonable y arbitraria del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sin reparar en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el efecto directo vertical inverso. Se sostiene que en ningún caso las directivas son directamente aplicables en supuestos como el de autos, en los que su transposición por el legislador nacional no ha sido la correcta, lo que no puede conducir a un perjuicio para el ciudadano como el que deriva de la imposición de la sanción de expulsión, en lugar de la multa en supuestos de estancia irregular en España.

La segunda vulneración que se invoca, relacionada con el art. 25.1 CE, se vincula con la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, pues se entiende que la sanción procedente ante la mera permanencia irregular en territorio español, cuando no concurre ningún elemento negativo, debería ser la de multa y no la de expulsión.

Se imputa, por último, a la resolución administrativa, la infracción del art. 24.2 CE, en su vertiente del derecho a la defensa, en relación con las alegadas infracciones de las garantías procedimentales que se habrían padecido en el procedimiento sancionador administrativo. Infracciones que no habrían sido reparadas por las resoluciones judiciales posteriores.

4. Por providencia de 10 de marzo de 2021, la Sección Tercera de este tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que concurre especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)], porque el recurso puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b)].

Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, se ordenó dirigir atenta comunicación a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, así como a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid para que remitiesen, en el plazo de diez días, certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al recurso de casación núm. 2615-2019 y del rollo de apelación núm. 668-2018, respectivamente. También se dirige comunicación al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid a fin de que remitiera, en el plazo de diez días, fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 213-2017, debiendo previamente emplazarse a quienes hubieran sido parte en dicho procedimiento, excepto al recurrente en amparo, a fin de que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer, si lo desearan, en el presente proceso constitucional. Por providencia de ese mismo día, se ordena formar pieza separada para la sustanciación del incidente de suspensión y conceder al recurrente y al Ministerio Fiscal el plazo común de tres días para que alegasen lo que estimasen pertinente sobre la suspensión.

5. La Abogacía del Estado se personó en el procedimiento de amparo por escrito registrado el 5 de abril de 2021.

6. Con fecha de 10 de mayo de 2021, la Sala Segunda de este tribunal acordó suspender la ejecución de la resolución de la delegada del Gobierno en Madrid de 30 de diciembre de 2016 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 conjunto de circunstancias personales que se reflejan en las actuaciones y al hecho de 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.

7. Por diligencia de ordenación de 18 de mayo de 2021, 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.

8. Por escrito registrado el 18 de junio de 2021, el demandante don Víctor Hugo Sánchez Mina presentó su escrito de alegaciones, remitiéndose, en primer lugar, a lo expuesto en su escrito de demanda. En segundo término, advierte del reciente dictado de dos sentencias relevantes para la resolución de las cuestiones planteadas. Así, la sentencia de 8 de octubre de 2020 de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto C-568/19, en la que tras recordar su reiterada jurisprudencia acerca de que las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, porque los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas contra los mismos (ap. 35), a continuación, declara que «la Directiva 2008/115 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» (ap. 36). Por consiguiente, a juicio del demandante, es contrario al principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), sancionar una conducta con fundamento en un precepto de una directiva que no ha sido correctamente transpuesta al derecho nacional, y en perjuicio del ciudadano.

La segunda es la sentencia núm. 366-2021 de 17 de marzo de 2021 de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el recurso de casación 2870/2020, que modifica el criterio fijado en la providencia objeto de este recurso amparo y que respalda los argumentos de la demanda de amparo. Tal resolución declara, en primer lugar, 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. Añade 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 europea. En último término afirma que como tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia con 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.

9. El 23 de junio de 2021 tuvo entrada en este tribunal el escrito de alegaciones presentado por la Abogacía del Estado en el que solicitó la desestimación del recurso de amparo, por entender que en modo alguno se ha aplicado errónea o arbitrariamente el criterio jurisprudencial de la STJUE de 23 de abril de 2015. Por el contrario, la doctrina sentada en esta sentencia resulta clara y terminante en relación con la aplicación siempre de la sanción de expulsión si se dan –como en este caso se aprecian por los órganos jurisdiccionales– los supuestos fácticos declarados como tales por las autoridades internas. Es decir, tras apreciar la concurrencia en el caso del supuesto de hecho del art. 53.1 a) LOEx, los tribunales internos han procedido a aplicar o confirmar la adecuación a Derecho de la reacción o consecuencia prevista por el art. 57.1 LOEx. Por tanto, no cabe pretender la alternativa de aplicación de una sanción de multa en el supuesto de hecho de la situación irregular, para la cual la norma española, en concordancia con la europea, es decir, con la Directiva 2008/115/CE prevé inequívocamente la imposición de la sanción de expulsión (art. 57.1 LOEx), máxime en este caso en el que el demandante había sido sancionado y advertido en el año 2011 de la obligación de abandonar el territorio español, lo que se comprobó tras su detención en agosto de 2016.

Para el abogado del Estado, del tenor de la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional de instancia, confirmada en apelación, queda claramente asumido el criterio de que la expulsión era la única respuesta jurídica a la situación de irregularidad en la que se hallaba el demandante, no siendo preciso valorar adicionalmente si concurrían datos negativos en el interesado para decidir o no la expulsión. Esta era una decisión que venía impuesta por la propia norma interpretada conforme a la Directiva y a la STJUE de 23 de abril de 2015. En tal sentido subraya que la pervivencia de preceptos no derogados formalmente debe entenderse no aplicables en tanto que contrarios a la previsión explícita de la misma Directiva que se traspone y, por tanto, desplazados por la normativa europea, incorporada al ordenamiento interno en virtud de su trasposición formal por Ley 2/2009, de 11 de diciembre, de modificación de la LOEx. Es más, en su opinión, al hallarnos en un supuesto de «caso aclarado», no cabe en principio apreciar una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 CE, en su faceta de obtener una decisión judicial de acuerdo con el sistema de fuentes, si la decisión del tribunal interno ha consistido, como ha sido

el caso, en llevar a cabo la aplicación de la norma correspondiente tras una ponderación de las normas en juego que exige el principio de primacía del Derecho de la Unión (art. 8 de la Directiva 2008/115/CE).

En cuanto a la necesidad de valorar las circunstancias personales de manera previa a la adopción de la decisión de expulsión, el abogado del Estado sostiene que constituye una excepción a la regla general de expulsión, que corresponde probar al demandado y valorar a los órganos judiciales y que, en este caso, «[l]a administración primero, y luego los tribunales en fase de revisión jurisdiccional de la decisión, en lo que a este aspecto de la posible concurrencia o no de alguna de las circunstancias previstas en los arts. 5 y 6 de la Directiva se refiere, como aspecto propio de legalidad ordinaria, la han entendido por no acreditadas. En concreto, al alegada por el demandante de convivencia familiar y el tener a su cargo una hija menor».

10. El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones en escrito presentado el 19 de julio de 2021, en el que postuló el otorgamiento del amparo solicitado.

Comienza advirtiendo que la naturaleza del recurso de amparo es mixta, en tanto se imputa autónomamente a la resolución administrativa de expulsión un déficit de motivación (art. 24.1 CE), la infracción del derecho de defensa y de un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), del principio de legalidad del art. 25.1 CE y del de proporcionalidad y, por su parte a las resoluciones judiciales, el recurrente les imputa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE y el principio de legalidad sancionadora del art. 25.1 CE.

Ello conlleva que el análisis de las vulneraciones citadas haya de comenzar por aquella cuya posible estimación pueda tener un mayor alcance en el proceso de origen del que trae causa el recurso.

Pues bien, respecto de la denuncia relativa al principio de legalidad (art. 25.1 CE), por no observarse la legislación española que permite la sanción de multa en vez de la de expulsión cuando concurren determinadas circunstancias agravantes, al haberse aplicado directamente la Directiva en virtud del principio de primacía del derecho europeo y por desconocimiento del principio de proporcionalidad de la sanción, el fiscal entiende que el motivo que debe decaer fue invocada por primera vez en el recurso de casación, por lo que el recurrente no cumplió con su deber de denunciar la vulneración del derecho tan pronto como pudo hacerlo [art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 c) LOTC].

En segundo término, sostiene que la vulneración del derecho de defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por no haberse dado al recurrente la posibilidad de formular alegaciones y conocer el verdadero alcance de los hechos que justificaban la medida de expulsión, sostiene el fiscal que los órganos judiciales subsanaron esta quiebra del procedimiento, al imputar a la administración la falta de aplicación de la Directiva de retorno y el procedimiento previsto en la misma, añadiendo que dictada la decisión de retorno, el recurrente estaba obligado a abandonar el territorio nacional de manera voluntaria, y, al no hacerlo se puede llevar a cabo la efectiva expulsión. Ahora bien, se advierte que dicha conclusión la alcanzan a partir de la doctrina de la STJUE de 23 de abril de 2015 y la aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, en concreto de la aplicación directa de la Directiva de retorno al supuesto de hecho consistente en la existencia de una estancia irregular en España del recurrente. Ello conduce a determinar, para resolver la queja que se formula, el alcance de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la interpretación y aplicación de la Directiva de retorno a la vista de las SSTJUE de 23 de abril de 2015 y de 8 de octubre de 2020, en relación con una normativa como la española que establece como sanción principal, en los supuestos de estancia irregular en España, la sanción de multa y la medida de expulsión la contempla cuando concurren determinadas circunstancias.

Sobre la vulneración del principio de proporcionalidad en relación con la medida de expulsión decretada, vulneración que no fue reparada por las sentencias de instancia y apelación, por lo que, además, se imputa a estos órganos judiciales, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por concurrir una manifiesta situación de arraigo personal, familiar (padre de una menor que nació y permanece en España) y social, que no fue valorada y tan solo se tuvo en consideración una detención por robo y una sanción por multa de la que no se informó al recurrente como dato en el acuerdo de incoación, aprecia el Ministerio Fiscal un déficit de motivación de los datos negativos que determinan la medida de expulsión, pues si bien la resolución administrativa de expulsión enumera alguno de ellos no entra a valorar las alegaciones del recurrente sobre el archivo de la causa por el delito de robo con fuerza que le permite decidir que se trata de una conducta antisocial, obviando cualquier valoración de su arraigo y buena conducta.

En todo caso, advierte que, al igual que ocurre con la queja anteriormente analizada, la resolución de la presente vulneración exige, igualmente, determinar el alcance de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la interpretación y aplicación de la directiva de retorno a la vista de las SSTJUE de 23 de abril de 2015 y de 8 de octubre de 2020.

En torno a la alegada caducidad del procedimiento (art. 24.1 CE), con cita de los arts. 42 y 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, aplicados al procedimiento en que se decretó la expulsión del recurrente, sostiene que en principio nada hace sospechar que la administración no cumpliera las previsiones legales, de manera que debe estarse a lo que los órganos judiciales dicen sobre la caducidad del expediente sancionador, pues nada hace sospechar que la administración no diera

cumplimiento a las previsiones normativas y, en consecuencia, no se aprecia ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 9/2018, de 5 de febrero).

A continuación, analiza la aplicación que han hecho los órganos judiciales de la STJUE de 23 de abril de 2015 y de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el efecto vertical inverso de la aplicación de las directivas de la Unión Europea. En tal sentido subraya que la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto C-589/19, ha declarado que «la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes». En consecuencia, la sentencia europea exige, en circunstancias como las que concurren en este caso que, por exigencias de la normativa nacional, deban valorarse todos los factores concurrentes de manera individualizada para poder acordar la expulsión, no bastando la mera constatación de la estancia irregular.

Pues bien, a juicio del fiscal, la solución alcanzada por los órganos de instancia y apelación ha supuesto dejar de aplicar una normativa nacional sobre la necesidad de la concurrencia de determinadas circunstancias que hagan aconsejable y justifiquen la medida de expulsión, que exige la aplicación del principio de proporcionalidad de la sanción para poder acordar la expulsión de un no nacional en situación de estancia irregular en España, esto es, la apreciación de una serie de circunstancias «agravantes» que justifiquen esta medida.

En consecuencia, puede afirmarse que la aplicación de la directiva de retorno se tradujo en que las resoluciones impugnadas hicieran una interpretación y aplicación de la norma europea irrazonable (art. 24.1 CE), a lo que ha de añadirse que las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tienen efecto *ex tunc* (STJUE de 22 de enero de 2015, asunto C-401/13 y C-432/13 y STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5), por lo que la resolución del presente recurso de amparo exige asumir la interpretación que de la directiva ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 8 de octubre de 2020 y declarar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del recurrente (art. 24.1 CE).

Por lo demás, por cuanto atañe a la denuncia de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los recursos por la inadmisión del recurso de casación por providencia de 18 de julio de 2019, entiende que debe inadmitirse por falta de agotamiento de la vía judicial previa, en tanto el demandante no planteó el oportuno incidente de nulidad de actuaciones frente a la misma denunciando dicha vulneración [art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a) LOTC].

Por último, retomando el análisis de la vulneración del derecho de defensa por no haberse observado el procedimiento administrativo sancionador que ha impedido al recurrente formular alegaciones y la quiebra del principio de proporcionalidad (arts. 55.3 y 57.1 LOEx) al imponer la sanción de expulsión, recuerda que son aplicables los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE y que la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificada como infracción grave y, por otra, por la necesaria ponderación de otros factores que hagan necesaria la expulsión (STC 212/2009, de 26 de noviembre). Sin embargo, en este caso, ni la resolución administrativa, ni las resoluciones judiciales han valorado las circunstancias personales, familiares, sociales y de arraigo del recurrente que había hecho valer en el expediente de expulsión, como tampoco ponderaron las posibles circunstancias agravantes, sino que se limitaron a aplicar la directiva de retorno, vulnerando con ello el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, causándole indefensión (art. 24 CE).

11. Por diligencia de ordenación del secretario de justicia de la Sala Segunda (Sección Cuarta), en virtud del acuerdo adoptado por el Pleno del Tribunal Constitucional el día 17 de enero de 2023, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 19 de enero, se pone en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal que el presente recurso de amparo ha sido turnado a la Sala Segunda de este tribunal.

12. El 11 de mayo de 2023, el magistrado don César Tolosa Tribiño presentó escrito, conforme al art. 217 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que comunicaba su voluntad de abstenerse en el enjuiciamiento del presente recurso de amparo, pues si bien no tuvo intervención directa en las resoluciones que se impugnan mediante el mismo, la providencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2019, por la que se inadmite el recurso de casación núm. 15-2019, interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tiene como fundamento la pérdida sobrevenida del interés casacional objetivo, por existir doctrina consolidada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la cuestión objeto del recurso [SSTS 980/2018 de 12 de junio (recurso núm. 2958-2017); 1716/2018, de 4 de diciembre (recurso núm. 5819-2017); 1817/2018, de 19 de diciembre (recurso núm. 5248-2017), y 1818/2018 de 19 de diciembre (recurso núm. 6533-2017)], que fue dictada formando parte de la sala sentenciadora el magistrado.

13. Mediante auto de 22 de mayo de 2023, la Sala Segunda estimó justificada la abstención formulada por el magistrado don Cesar Tolosa Tribiño en el recurso de amparo núm. 5467-2019, apartándole definitivamente del referido recurso y de todas sus incidencias.

14. Por acuerdo de la presidenta de la Sala Segunda de este tribunal de 22 de mayo de 2023 se designó a la magistrada doña Laura Díez Bueso ponente en el presente recurso de amparo, en sustitución del magistrado don César Tolosa Tribiño, al que correspondía la ponencia, por abstención del mismo.

15. Por providencia de 16 de noviembre de 2023, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 20 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso y posiciones de las partes.

a) El presente recurso de amparo se dirige contra la resolución de fecha 30 de diciembre de 2016 de la delegada del Gobierno en Madrid, que acordó decretar la expulsión del territorio español de don Víctor Hugo Sánchez Mina, contra la sentencia núm. 95/2018 de 9 de abril de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid dictada en el procedimiento abreviado núm. 213-2017, que desestimó el recurso contencioso contra la resolución administrativa anterior, contra la sentencia 86/2019 de 6 de febrero de 2019 de la sección segunda de Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación núm. 668-2018 y contra la providencia de 18 de julio de 2019 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por la que acordó la inadmisión a trámite del recurso de casación núm. 2615-2019.

El recurrente alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto el procedimiento administrativo habría caducado conforme al art. 222 del Reglamento aprobado por Decreto 557/2011, de 20 de abril, que desarrolla la Ley 4/2000, dado que el citado procedimiento se había iniciado el 24 de agosto de 2016 y le fue notificado el 13 de abril de 2017; igualmente, se alega la vulneración de este derecho fundamental por la interpretación que los órganos judiciales han hecho de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015. A su entender, la medida de expulsión no respeta el principio de proporcionalidad porque no se ponderaron sus circunstancias personales, familiares y sociales, vulnerándose, asimismo, el derecho de defensa al haberse ignorado el principio de audiencia, en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías, dado que al recurrente no se le habría dado traslado de la propuesta de resolución sancionadora y esta habría incorporado nuevos hechos frente a los cuales el interesado no habría podido formular alegaciones o aportar documentos, concretamente la imposición en el año 2011 de una multa por hallarse irregularmente en territorio español, con obligación de abandono voluntario del mismo y su detención por un presunto delito de robo en el año 2016. Alega, además, la vulneración del principio de legalidad del art. 25.1 CE en relación con el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE y el art. 49 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea por cuanto la legislación española prevé un procedimiento sancionador con unas garantías y fija unas sanciones alternativas que no cabe dejar de aplicar.

Las alegaciones del abogado del Estado rechazan la verosimilitud de las lesiones denunciadas, en particular la proyección al caso de la STJUE de 8 de octubre de 2020, asunto *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*, C-568/19, por ser objeto del recurso de amparo resoluciones judiciales de fecha posterior al pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El Ministerio Fiscal, en cambio, propone la estimación del recurso de amparo, en particular después del pronunciamiento contenido en la STJUE de 8 de octubre de 2020, que concluye que «la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes».

b) Frente al argumento del abogado del Estado de que debe inadmitirse la queja relativa a la posible vulneración del derecho a la legalidad sancionadora ex art. 25.1 CE por falta de su previa invocación ante la jurisdicción ordinaria que impide el correcto agotamiento de la vía judicial necesario para su admisión a trámite, lo cierto es que desde la interposición del recurso contra la resolución administrativa la asistencia letrada del recurrente puso de manifiesto la desproporción de la sanción de expulsión, por cuanto esta tiene carácter subsidiario y excepcional, concurriendo adicionalmente la situación de arraigo que no es considerada en ningún momento como causa suficiente para no aplicar la sanción de expulsión. Por tanto, la sola lectura de las actuaciones a la luz de la invocación previa, en la instancia, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y de las quejas sobre la desproporción de la sanción, pone de relieve que la queja principal puede y debe reconducirse a la improcedencia de la sanción de expulsión derivada de la aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE, que establece la consecuencia general de retorno para los casos de estancia irregular de los nacionales de terceros Estados ajenos

a la Unión Europea, en lugar de aplicar la normativa española de extranjería, que establece la sanción de multa como regla general para los casos de mera estancia irregular y que reserva la sanción de expulsión para aquellos supuestos en que concurren datos negativos que deben ponderarse.

c) Respecto de la alegada falta de agotamiento de las quejas que se dirigen contra la providencia de inadmisión del recurso de casación dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2019, debe señalarse que, efectivamente como señala el Ministerio Fiscal, no se ha interpuesto incidente de nulidad de actuaciones, pero ello resulta indiferente desde el momento en que no le imputa ninguna vulneración autónoma. Respecto a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con arreglo a la reciente doctrina recogida en la STC 112/2019, de 3 de octubre, no es preciso que el recurrente hubiese interpuesto un incidente de nulidad de actuaciones para cumplir el requisito que exige agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo después de haberse inadmitido el recurso de casación.

2. La aplicación de las garantías procesales ex art. 24.2 CE al procedimiento administrativo sancionador.

Desestimados los óbices procesales invocados por el abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal, nuestro enjuiciamiento debe iniciarse por el examen de las quejas relativas a la actuación administrativa, pues como hemos señalado en numerosas ocasiones, el criterio general en los amparos mixtos es el de que la pretensión deducida por la vía del art. 43 LOTC es autónoma y su examen resulta, en principio, prioritario, dado que la comisión de una lesión constitucional en el transcurso del proceso judicial no impide que el acto administrativo siga siendo el verdadero objeto del proceso de amparo (SSTC 5/2008, de 21 de enero, FJ 3; 156/2009, de 29 de junio, FJ 3; 35/2010, de 19 de julio, FJ 2, y 145/2011, de 26 de septiembre, FJ 3). Y, dentro de ellas, de modo particular hemos de comenzar por la referida a la vulneración del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), tanto por su carácter procesal como porque su estimación haría innecesario nuestro pronunciamiento sobre las restantes denuncias, al dar lugar su eventual estimación a una retroacción de actuaciones (SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 1; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 2; 41/2005, de 28 de febrero, FJ 6; 54/2006, de 27 de febrero, FJ 4, y 316/2006, de 15 de noviembre, FJ 2, por todas).

La queja del recurrente, en los términos que se plantean, coincide con la denunciada en la STC 145/2011, de 26 de septiembre, cuya doctrina resulta aplicable al caso, y en la que se reconoció la vulneración del derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador (art. 24.2 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 Tribunal Constitucional expuso su reiterada doctrina acerca de la aplicación de las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 a los procedimientos administrativos sancionadores de este tribunal (por todas, SSTC 18/1981, de 8 de junio, y 17/2009, de 26 de enero), en cuanto son manifestación de la potestad punitiva del Estado y particularmente el derecho de defensa que implica, no solo que el interesado sea emplazado y tome conocimiento de la incoación del procedimiento, sino que tenga oportunidad de alegar en el curso del mismo lo que a su derecho convenga y aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes.

En aquella resolución explicamos que «una vez concluida la instrucción del expediente sancionador, la propuesta de resolución que formule el instructor, si es inculpatoria, cumple la destacada función de constituir la imputación, para lo cual en esa propuesta "se fijarán de forma motivada los hechos, especificándose los que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquellos constituyan y la persona o personas que resulten responsables, especificándose la sanción que propone que se imponga y las medidas provisionales que se hubieran adoptado, en su caso" (art. 18 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora). En igual sentido, hemos apreciado "como elementos indispensables de toda acusación sobre los que debe versar el ejercicio del derecho de defensa", por una parte, la inalterabilidad o "identidad de los hechos que se le imputan" y, por otra, "la calificación de la falta y sus consecuencias punitivas"» (STC 160/1994, de 23 de mayo, FJ 3).

Entendimos entonces que la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente que había incorporado determinados datos fácticos que no figuraban en el acuerdo de incoación, y que resultaron relevantes puesto que sirvieron para sustentar la imposición de la sanción de expulsión en lugar de la de multa, habían lesionado el derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador. Advertimos igualmente que el hecho de que el demandante de amparo disfrutara posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses no subsanaba la vulneración ocasionada, pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que debe respetarse su ejercicio (STC 35/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

En este sentido, recordamos que el deber de motivación en el ámbito sancionador incluye no solo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la sanción a imponer, pues solo así

puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad (STC 140/2009, de 15 de junio, FJ 3). «Concretamente, en relación con la posibilidad prevista legalmente en el art. 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de que en los casos de comisión de determinadas infracciones se pueda imponer, en lugar de la sanción de multa, la de expulsión del territorio nacional, hemos reiterado que la imposición de esta sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la administración, sino que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la administración, como son los previstos en el art. 55.3 en relación con el art. 50 de la citada ley, que remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992, en concreción del principio de proporcionalidad y de los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20.2 de la citada Ley Orgánica 4/2000 (SSTC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4, y 140/2009, de 15 de junio, FJ 3)».

3. Aplicación de la doctrina de la STC 145/2011, de 26 de septiembre.

Al igual que sucedió en la STC 145/2011, que ha invocado el demandante de amparo no solo ante este tribunal, sino también ante la jurisdicción ordinaria, la propuesta de resolución que realizó la delegada del Gobierno en Madrid con fecha de 30 de diciembre de 2016, decretando la expulsión de territorio nacional y la prohibición de entrada por un período de tres años de don Víctor Hugo Sánchez Mina, incorporaba como hecho nuevo la sanción económica que se le había impuesto en fecha de 23 de noviembre de 2011 por su permanencia irregular en España, con advertencia de la obligación de abandonar el territorio español [art. 28.3 c) LOEx], así como su detención el 24 de agosto de 2016 por un presunto delito de robo.

Esos hechos nuevos incorporados a la propuesta de resolución no implicaban una nueva calificación jurídica ni tampoco la imposición de una sanción distinta de la anunciada, pero sí eran relevantes desde el punto de vista de la licitud de la opción de la administración en favor de la sanción de expulsión frente a la de multa, pese a lo cual no le fue posible al demandante de amparo cuestionar la relevancia de esa detención mediante los documentos acreditativos del archivo en el procedimiento correspondiente, así como tampoco alegar la falta de notificación de la resolución sancionadora de 2011 y su prescripción, algo que solo pudo hacer en la vía judicial.

Producida la vulneración del derecho de defensa en el transcurso del procedimiento administrativo sancionador, el hecho de que el demandante de amparo dispusiera posteriormente en el proceso judicial de la posibilidad de alegar y probar cuanto consideró oportuno para la mejor defensa de sus derechos e intereses no subsana la vulneración del derecho a la defensa ocasionada en el previo procedimiento administrativo sancionador, pues la vigencia del principio de contradicción, al igual que sucede con el resto de las garantías constitucionales que ordenan el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, se predica precisamente del procedimiento administrativo sancionador, en el que debe respetarse su ejercicio (STC 35/2006, de 13 de febrero, FJ 4).

Ello es así, entre otras razones, porque como recuerda la STC 89/1995, de 6 de junio, FJ 4, y subrayan a su vez las SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 6, y 59/2004, de 19 de abril, FJ 3, no existe un proceso contencioso-administrativo sancionador en donde haya de actuarse el *ius puniendi* del Estado, sino un proceso contencioso-administrativo cuyo objeto lo constituye la revisión de un acto administrativo de imposición de una sanción. En consecuencia, no es posible concluir que sean los tribunales contencioso-administrativos los que, al modo de lo que sucede en el orden jurisdiccional penal, «condenen» al administrado. Muy al contrario, la sanción administrativa la impone siempre la administración pública en el ejercicio de la potestad que le reconoce la Constitución. De otra manera no se respetaría la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa «se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE» (STC 125/1983, de 26 de diciembre, FJ 3).

Una vez apreciado que la resolución administrativa sancionadora ha vulnerado el art. 24.2 CE, resulta innecesario continuar con el análisis del resto de las invocaciones realizadas en la demanda de amparo. Llegados a este punto, debemos fijar, con arreglo a lo dispuesto en el art. 55 LOTC, el alcance del amparo otorgado, que consistirá en anular tanto la resolución administrativa sancionadora como las posteriores resoluciones judiciales, con retroacción de actuaciones para que, a la vista de la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente, pueda el recurrente oponer los medios de defensa que a su derecho convengan.

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 Víctor Hugo Sánchez Mina y, en su virtud:

1.º Reconocer que ha sido vulnerado su derecho fundamental de defensa (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la resolución de fecha 30 de diciembre de 2016 de la Delegada del Gobierno en Madrid, que acordó decretar la expulsión del territorio español del recurrente,

de la sentencia núm. 95/2018 de 9 de abril de 2018 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid dictada en el procedimiento abreviado 213-2017, de la sentencia 86/2019, de 6 de febrero de 2019, de la sección segunda de Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y de la providencia de 18 de julio de 2019 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo por la que acordó la inadmisión a trámite del recurso de casación núm. 2615-2019.

3.º Retrotraer las actuaciones hasta el momento inmediatamente posterior a la propuesta de resolución formulada por el instructor del expediente sancionador, para que se dé audiencia al recurrente, en los términos recogidos en el fundamento jurídico 3 precedente.

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

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