

COMENTARIOS A VUELAPLUMA¹ SOBRE LA SENTENCIA DEL T.J.U.E. DE 23.04.2015.

1.- La no muy extensa, pero no por ello menos importante Sentencia del T.J.U.E. de 23.04.2015 (asunto C-38/14) concluye con una declaración que ha inquietado sobremanera a los Abogados extranjeristas, al declarar lo siguiente:

“La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí”.

2.- Esta declaración puede venir a “desmontar” el ya delicado “andamiaje” que conforma en la actualidad el régimen de sanciones que aparece en el procedimiento sancionador en materia de extranjería que regula la L.O. 4/2000², y que, de acuerdo con la ya reiterada jurisprudencia iniciada por el T.S. en el año 2.005 y prácticamente asumida por la mayoría de los T.S.J., dejó establecido que en los supuestos de mera estancia irregular en territorio español, ya fuera por irregularidad inicial ya lo fuera por irregularidad sobrevenida, la sanción principal debía ser la multa, y la sanción de expulsión debía quedar reservada sólo para aquellos casos en los que, además de la estancia irregular, concurrieran otras circunstancias agravatorias³.

¹ De acuerdo con Alberto Buitrago Jiménez en su obra “Diccionario España. Dichos y frases hechas” (4ª edición de 1997), “escribir a vuelapluma ... es hacerlo sin detenerse mucho a reflexionar. Como si la pluma, más que escribir, volara sobre los folios. Hoy, realmente, habría que decir, como si los dedos, más que tocarlas, volaran sobre las teclas del ordenador”.

² Reformada por las LL.OO. 8/2000, II/2003, 14/2003, 2/2009, 10/2011, 4/2013 y 4/2015, así como por el R.D. Ley 16/2012.

³ Es preciso tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial del T.S. se construye entre los años 2005 y 2007, hasta que, como consecuencia de la reforma de la legislación jurisdiccional contencioso administrativa, la competencia de los asuntos de extranjería pasó a los Juzgados de lo contencioso administrativo. En aquel momento, ni había entrado en vigor el Tratado de Lisboa, ni la Directiva sobre retornos –Directiva 2003/115/CE– había sido todavía aprobada.

3.- Aún cuando mayoritariamente por los prácticos y por los teóricos del Derecho de Extranjería se ha venido defendiendo la legalidad –¿por idónea y (más) beneficiosa para los extranjeros nacionales de terceros Estados en situación de estancia irregular?- del sistema sancionador que para la mera estancia irregular reservaba la sanción de multa sin detenerse a analizar si este sistema sancionador era compatible con las previsiones de la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.12.2008, cuyo artículo 8 únicamente prevé la expulsión⁴ , hubo quién, como J.V. Lorenzo Jiménez (Profesor Asociado de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla), en el nº 20 de REDMEX (Marzo 2009, en el artículo “*La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*”), criticó la doctrina del T.S. sobre el carácter de la multa como sanción principal, y concluyó –y fundamentó legal, jurisprudencial y doctrinalmente- que “*la multa no tiene carácter preferente con respecto a la expulsión. Es más, ni siquiera son sanciones alternativas, sino que la expulsión tiene un carácter preferente sobre la multa*”⁵, considerando que “*la doctrina del Tribunal Supremo ignora la legislación comunitaria*⁶ y el acervo Schengen⁷” y que “*el Tribunal Supremo ha realizado una*

⁴ En el desarrollo del precepto denomina “retorno forzoso” y que aparece como consecuencia y tras el incumplimiento del plazo de salida voluntaria que obligatoriamente el art. 7 establece que debe ser concedido por el Estado al extranjero respecto del que se haya adoptado una decisión de retorno por estancia irregular

⁵ Pág. 214 del artículo citado, en la que ni el subrayado ni la **negrita** aparecen en el original.

⁶ Pág. 217 del artículo citado, en la que, matizando al autor, se sugiere al lector que donde aparece “comunitaria” tenga por puesta “de la Unión”, por consecuencia del art. 1.in fine del Tratado de la Unión Europea en la redacción resultante del Tratado de.

⁷ El autor no parece tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial del T.S., como ya se ha expuesto, se dicta en un momento en el que todavía no se encuentra aprobada la Directiva de retorno 2008/115/CE y que las sentencias del TJUE amparaban la doctrina del Alto Tribunal. Véase al respecto la STJUE de 22.10.2009 a la que nos referiremos más adelante que respondió a una Cuestión prejudicial planteada precisamente desde el TSJ de Murcia (asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08). Ante la cuestión planteada sobre si “*De acuerdo con el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, en especial su artículo 62.1 y 2 a), así como el Reglamento 562/2006 ... por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), en particular sus artículos 5, 11 y 13: ¿Deben interpretarse las anteriores normas en el sentido de que se oponen a una regulación, como la nacional y la jurisprudencia que la interpreta, que posibilita la sustitución de la expulsión, de todo aquel ‘nacional de un tercer país’ que no disponga de título habilitante para la entrada y permanencia en el territorio de la Unión Europea, por la imposición de una multa?*”, el Tribunal de Justicia declaró “*que, cuando un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de estancia aplicables en él, dicho Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión*”.

interpretación contra lae gem del artículo 53.a)⁸ de la LOE⁹ 10^o.

4.- En este comentario “a vuelapluma” es preciso hacer mención, para distinguirlos de la S^a del T.J.U.E. de 23.04.2015, a otros dos pronunciamientos anteriores que, aunque una precipitada lectura así lo hiciera parecer, no son contradictorios con la declaración de 23.04.2015: la S^a del Tribunal de Justicia de 22.10.2009 (asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08), y la S^a del Tribunal de Justicia de 06.12.2012 (asunto C-430/11).

- La STJUE de 22.10.2009¹¹ declara que *“cuando un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicables en él, dicho Estado no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión”*, pero ha de advertirse que tal declaración está referida a los arts. 6.ter y 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, y con anterioridad a que entrara en vigor la Directiva 2008/115/CE, de 16.12.2008 –cuyo art. 20.1 dejó establecido que el plazo de transposición al Derecho interno de cada uno de los Estados miembros debía tener lugar a más tardar el 24.12.2010-.

- La STJUE de 06.12.2012 declara que *“no se opone a una normativa de un Estado miembro ... que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión”*, ya que este pronunciamiento se refiere a que es posible la consideración de la estancia irregular como constitutiva de delito y que resulta ajustado al Derecho de la Unión la imposición de una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión.

5.- en nuestro criterio, desde el Derecho de la Unión, la Sentencia del T.J.U.E. de 23.04.2015 ninguna objeción parece merecer: efectivamente, la Directiva 2008/115 sólo prevé como sanción frente a la situación de estancia irregular una decisión de retorno con plazo de salida voluntaria

⁸ Referencia que la de entenderse efectuada al art. 53.1.a) de la LOEX de acuerdo con el tenor resultante de la L.O. 2/2009.

⁹ Pág. 219 del artículo citado.

¹⁰ Como se ha indicado en las notas al pie 3 y 4 anteriores, la jurisprudencia del T.S. elaborada a partir de los pronunciamientos de Diciembre de 2.005 lo fue con anterioridad a la Directiva de retorno, circunstancia ésta que debe matizar las categóricas afirmaciones sobre que *“la doctrina del Tribunal Supremo ignora la legislación comunitaria y el acervo Schengen”* y que *“el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación contra lae gem del artículo 53.a) de la LOE”*.

¹¹ A la que se hace referencia en la nota al pie 4 anterior.

(arts. 6 y 7), que si no es cumplida podrá dar lugar a una decisión de retorno forzoso y subsiguiente expulsión (art. 8), sin que ni tan siquiera una interpretación generosa del art. 4.2 y 3 de la Directiva permita sostener la posibilidad de la imposición de la sanción de multa a la estancia irregular¹². Teniendo en cuenta la primacía de las normas de la UE sobre las normas de los Estados miembros y el efecto directo de muchas de ellas la consecuencia inmediata del pronunciamiento del TJUE es desde luego evidente.

6.- Pero sentada la corrección de la sentencia del T.J.U.E. de 23.04.2015, y a la vista de su contenido, **la cuestión que surge es la de si resulta ajustada al Derecho de la Unión la previsión de un Estado, como el español en el procedimiento preferente, de adoptar una decisión de expulsión para las situaciones de mera estancia irregular, sin haber acordado previamente una decisión de retorno con concesión de plazo para la salida voluntaria.** Al respecto, hay que recordar que la Directiva 2008/115/CE en su art. 7 obliga a los Estados miembros a permitir un plazo adecuado para la salida voluntaria de entre siete y treinta días¹³.

7.- La Sentencia del T.S.J.U.E. de 28.04.2011 (asunto C-61/11 PPU, caso El Dridi) advierte *“que la Directiva 2008/115 establece con precisión el procedimiento que debe aplicar cada Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y fija el orden de desarrollo de las diferentes fases que integran sucesivamente este procedimiento”* (parágrafo 34):

“(35) ... el artículo 6, apartado 1, ... prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentra en situación irregular en su territorio.

(36) Dentro de esa fase inicial del procedimiento de retorno debe darse prioridad, salvo excepciones, a la ejecución voluntaria de la obligación derivada de la decisión de retorno, ya que el artículo 7, apartado 1, ..., dispone que esa decisión establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria.

¹² Pues el art. 4.3 in fine de la Directiva se cuida de advertir que las disposiciones que resulten más favorables, como pudiera ser la sanción de multa en vez de la sanción de la expulsión, podrán mantenerse o adoptarse *ex novo* “a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva”.

¹³ Precisamente, en octubre de 2013, el *Raad van State* de los Países Bajos presentó una solicitud de decisión prejudicial en el asunto C-554/13 (Zh. y O.) (pendiente), relacionada con la interpretación del concepto de «riesgo para el orden público» como razón para no conceder un plazo para la salida voluntaria en el contexto del artículo 7.

(37) Del artículo 7, apartados 3 y 4, ... resulta que únicamente en circunstancias excepcionales, como la existencia de riesgo de fuga, podrán los Estados miembros imponer al destinatario de una decisión de retorno ... conceder un plazo de salida voluntaria inferior a siete días, o incluso abstenerse de conceder tal plazo ...

(38) En ese último supuesto, pero también cuando la obligación de retorno no se haya cumplido en el plazo fijado para la salida voluntaria ... resulta que, para asegurar la eficacia de los procedimientos de retorno, esas disposiciones imponen al Estado miembro que haya adoptado una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país en situación irregular la obligación de llevar a cabo la expulsión, tomando todas las medidas necesarias, incluso en su caso medidas coercitivas, de carácter proporcionado y de conformidad con los derechos fundamentales ...”

8.- Recapitulando: la S.T.J.U.E. de 23.04.2015 es posible que, por aplicación de la Directiva 2008/115/CE, cierre una vía que hasta el momento y desde el año 2.005 ha venido siendo útil en el ámbito del Derecho de Extranjería para la defensa de las personas migrantes en situación de estancia irregular –la de considerar que la sanción principal era la de multa y que la expulsión debía quedar reservada para aquellos supuestos en los que concurriera un “plus”-, pero abre otra que, hemos de reconocer, no ha sido objeto de suficiente atención, y que queda centrada en **cuestionar**, tanto por los particulares ante los Tribunales españoles o instituciones europeas, como instando de los Órganos Jurisdiccionales el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el T.J.U.E., **si la aplicación del procedimiento preferente del art. 63 LOEX, que posibilita la adopción de una decisión de expulsión de ejecución inmediata sin concesión de plazo de cumplimiento voluntario (art. 63.7 LOEX), a las situaciones de mera permanencia irregular, resulta ajustado a los arts. 6 (decisión de retorno), 7 (salida voluntaria) y 8 (expulsión) de la Directiva 115/2008.**

9.- Por otra parte, y con mayor detenimiento y rigor deberemos revisar los procedimientos regulados en nuestra legislación de extranjería que en nuestro criterio no han efectuado una correcta transposición de la Directiva 2008/115/CE.

A los efectos de ofrecer de forma sumaria algunas orientaciones a tener en cuenta en el inmediato trabajo defensivo, entre otras cuestiones, señalamos:

- La inexistencia de un verdadero sistema de control del retorno forzoso (art. 8.6 Directiva), que según la información remitida por España a la Comisión recae en el Defensor del Pueblo.

- La obligación de los Estados miembros de proporcionar a los repatriados vías de recurso efectivas (art. 13 Directiva), que conecta directamente con la cuestión de las medidas cautelares suspensivas de la ejecución de las decisiones de retorno.
- El tratamiento coherente de la situación de los inexpulsables¹⁴ y del derecho de permanencia por razones compasivas, humanitarias o de otro tipo (art. 6 Directiva).
- El fomento de alternativas a la detención y el uso proporcionado de medidas coercitivas. La mejor concreción del concepto de “riesgo de fuga” (art. 3.7 Directiva).

Pascual Aguelo Navarro y Hipólito-Vte. Granero Sánchez
Abogados,
Presidente y Vocal de la
Subcomisión de Extranjería del CGAE

¹⁴ Como se señala en la Conclusiones de la **COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO sobre la política de retorno de la UE** COM(2014) 199 final. 28.3.2014. Entre los objetivos estratégicos de la política de la UE en esta materia se contempla la reducción de las situaciones en que las personas migrantes no dispongan de un estatuto jurídico claro, como se produce en muchos casos de imposibilidad de materializar la repatriación del inmigrante en situación de irregularidad.