

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

1.- La no muy extensa Sentencia del T.J.U.E. de 23.04.2015 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 viene 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 estancia irregular en territorio español, ya fuera por irregularidad inicial ya lo fuera por irregularidad sobrevenida, la sanción principal debía

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 reclas del ordenador”.

² Reformada por las L.I.OO. 8/2000, 11/2003, 14/2003, 2/2009, 10/2011, 4/2013 y 4/2015, así como por el R.D. Ley 16/2012.

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 agravatorias.

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 estancia irregular reservaba la sanción de multa, mientras que la sanción de expulsión quedaba para los supuestos en los que concurrieran otras circunstancias agravatorias, 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 expulsión –que 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-, hubo quién, como José-Vicente Lorenzo Jiménez (Profesor Asociado de Derecho Administrativo en la Universidad de Sevilla), en el nº 20 de REDMEX (Marzo 2009, págs. 201 a 230, en 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***”³, considerando que “*la doctrina del Tribunal Supremo ignora la legislación comunitaria y el acervo Schengen*”⁴ y que “*el Tribunal Supremo ha realizado una interpretación contra laegem del artículo 53.a*”⁵ de la LOE”⁶.

³ Pág. 214 del artículo citado, en la que ni el subrayado ni la **negrita** aparecen en el original.

⁴ Pág. 217 del artículo citado, en la que me permito matizar al autor y sugerir 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 Lisboa,

⁵ Referencia que la de entenderse efectuada al art. 53.1.a) de la LOEX de acuerdo con el tenor

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 S^a de 22.10.2009 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 S^a 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.

resultante de la L.O. 2/2009.

⁶ Pág. 219 del artículo citado.

5.- Permítaseme en este momento de mi exposición ser “políticamente incorrecto” y exponer que, desde el Derecho de la Unión, considero que la Sentencia del T.J.U.E. de 23.04.2015 ninguna objeción merece: 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 (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 irregular⁷.

6.- Pero sentada la corrección de la S^a T.J.U.E. de 23.04.2015 y aceptando con el Profesor José-Vicente Lorenzo Jiménez que es posible que “*la doctrina del Tribunal Supremo ignora la legislación comunitaria⁸ y el acervo Schengen*”, **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 sin haber acordado previamente una decisión de retorno con concesión de plazo para la salida voluntaria.**

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):

⁷ 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”.

⁸ Ver nota 4 anterior, sobre la utilización de “de la Unión” en vez de “comunitaria”.

“(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.

(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 los extranjeros 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 atención, y que queda centrada en **cuestionar**, tanto por los particulares ante los Tribunales españoles como instando de los Órganos Jurisdiccionales el planteamiento de petición de decisión prejudicial ante el T.J.U.E., **si el 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), resulta ajustado a los arts. 6 (decisión de retorno), 7 (salida voluntaria) y 8 (expulsión) de la Directiva 115/2008.**

Hipólito-Vte. Granero Sánchez.

25.04.2015.