

Revista Crítica Penal y Poder (Nueva Época) e-ISSN: 2014-3753

Mayo de 2024, nº 26

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos

Universidad de Barcelona



© Rodríguez Candela, José Luis



**DOSSIER “MIGRACIÓN Y TRATA. ALGUNAS SENTENCIAS RELEVANTES”:
REGRESO AL PASADO**

**ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 1140/2023 Y 1141/ 2023 DE
18 DE SEPTIEMBRE Y 1312/2023 DE 24 DE OCTUBRE***

Dossier “Migració i tracta. Algunes sentències rellevants”:

TORNADA AL PASSAT

**ANÀLISI DE LES SENTÈNCIES DEL TRIBUNAL SUPREM 1140/2023 I 1141/ 2023 DE 18 DE SETEMBRE I
1312/2023 DE 24 D'OCTUBRE**

Dossier “Migration and trafficking. Some relevant judgments”:

BACK TO THE PAST

**ANALYSIS OF SUPREME COURT RULINGS 1140/2023 AND 1141/2023 OF 18 SEPTEMBER AND 1312/2023
OF 24 OCTOBER**

José Luis Rodríguez Candela **

Doctor en Derecho. Universidad de Málaga

DOI: <https://doi.org/10.1344/cpyp.2024.26.46805>

RESUMEN

Veinticuatro años después, tres sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea y una del Tribunal Constitucional entremedio, el Tribunal Supremo¹ regresa a donde nunca debió salir, al principio de proporcionalidad. Ese principio lo fijó en múltiples sentencias, que ahora recuerda, dictadas a partir de 2005, como criterio ineludible a la hora de optar entre la sanción de multa,

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “Exclusión social y sistema penal y penitenciario. Análisis y propuestas sobre tres realidades: inmigración y refugio, enfermedad mental y prisión” (IUSMIGRANTE) PID2019-105778RB-100, Convocatoria Proyectos I+D+i 2019, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

** 1922j@icamalaga.org

¹ SSTs 1140 y 1141 del 2023 de 18 de septiembre y 1312/2023 de 24 de octubre.

principal reacción ante la estancia irregular o la expulsión, solo aplicable cuando además concorra alguna otra circunstancia agravante.

Palabras Clave: *Agravantes, expulsión, irregularidad, multa, proporcionalidad.*

RESUM

Vint-i-quatre anys després, tres sentències del Tribunal Superior de Justícia de la Unió Europea i una del Tribunal Constitucional mentrestant, el Tribunal Suprem torna on mai degué sortir, al principi de proporcionalitat. Aquest principi el va fixar en múltiples sentències, que ara recorda, dictades a partir de 2005, com a criteri ineludible a l'hora d'optar entre la sanció de multa, principal reacció davant l'estada irregular o l'expulsió, només aplicable quan a més concorri alguna altra circumstància agreujant.

Paraules Clau: *Agreujants, expulsió, irregularitat, multa, proporcionalitat.*

SUMMARY

Twenty-four years later, three rulings of the High Court of Justice of the European Union and one of the Constitutional Court in the meantime, the Supreme Court returns to where it should never have left, to the principle of proportionality. This principle was established in multiple rulings, which it now recalls, handed down from 2005 onwards, as an unavoidable criterion when choosing between the sanction of a fine, the main reaction to illegal residence, or expulsion, only applicable when there is also some other aggravating circumstance.

Keywords: *aggravating factors, expulsion, irregularity, fine, proportionality.*

1. Breves antecedentes hasta la doctrina Zaizoune.

En la primera ley de extranjería de la democracia², la única reacción frente a la estancia irregular era la expulsión, art. 26.1 a)³, aclarándose en el artículo 27.3 que las infracciones que dieran lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanción pecuniaria. Sin embargo, y desde muy temprano, le parecía al Defensor del Pueblo⁴ que no todas las causas de expulsión del antiguo artículo 26 de la LO 7/1985 eran iguales, sino que su gravedad era muy distinta y que hubiese sido deseable que se acudiese a la sanción de multa en determinados casos, como el de la mera estancia irregular.

² LO 7/1985 de 1 de Julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España. BOE de 3 de julio.

³ “1. Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes:

a) Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles”.

⁴ Recomendación 59/1987, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente al año 1987, sobre aplicación de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (BOCG. Congreso, serie E, núm.109, págs. 2885-2889).

Será en la malograda LO 4/2000⁵, artículos 49 a) y 53, cuando se recoja, por primera vez, que la estancia irregular solo será sancionada con multa. Sin embargo en menos de un año y con la LO 8/2000⁶ vuelve a introducirse la estancia irregular como causa de expulsión, artículos 53.a) y 57.

El Tribunal Supremo, a partir del 2005 y como consecuencia de la reforma que se operó por la LO 19/2003 de reforma de la LOPJ⁷, que introdujo en la DA 14.6 la modificación del art. 78 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en adelante LRJCA⁸, que atribuía la competencia para la ventilación de los asuntos de extranjería a los juzgados de lo contencioso a través del procedimiento abreviado, y por lo tanto sin posibilidad de casación entonces, pretendió sentar doctrina en materia de extranjería a fin de unificar criterios discordantes que ya se veían en los Tribunales Superiores de Justicia. En esa doctrina, que se consolida en el año 2007, se estableció que la sanción principal ante la estancia irregular era la multa, por aplicación del principio de proporcionalidad (art. 55.3 de la LOEXIS), debiendo dejarse la sanción de expulsión para cuando conste en el expediente administrativo algún hecho desfavorable diferente a la mera estancia irregular.

Será finalmente el art. 57 de la LOEXIS, conforme a la redacción dada por la LO 2/2009⁹, la que estableció la preferencia de la sanción de multa para los casos de mera estancia irregular, atendiendo a la antigua recomendación del Defensor del Pueblo¹⁰, pudiendo acudir a la expulsión en atención al principio de proporcionalidad, consolidándose así legislativamente la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.

2. Doctrina Zaizoune Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015¹¹.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco planteó cuestión prejudicial al TJUE preguntando si los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva de Retorno¹² se oponen a una normativa, como la española y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero **exclusivamente** con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión. Vemos que en la pregunta está la trampa, pues se utiliza el adverbio exclusivamente, lo que no se corresponde con la realidad, como luego veremos.

Teniendo en cuenta que el TJUE debe atenerse a interpretar el derecho interno que le expone el juez nacional¹³, como recuerda el Tribunal Supremo en las sentencias objeto de comentario, Zaizoune se salda con una declaración del TJUE en el sentido de 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

⁵ LO 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. BOE de 12 de enero. En adelante LOEXIS.

⁶ LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. BOE de 23 de diciembre.

⁷ Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE de 23 de diciembre.

⁸ Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. BOE de 14 de julio

⁹ LO 2/2009 de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. BOE de 12 de diciembre.

¹⁰ Rodríguez Candela, J.L.(2014). “La incidencia de la Oficina del Defensor del Pueblo en la política legislativa de Extranjería” Publicado en Lex Nova, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 36, pp. 129-165.

¹¹ Asunto C-38/2014 Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa — Extranjería vs Samir Zaizoune.

¹² 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. DOUE de 24 de diciembre.

¹³ Sentencias de 27 de octubre de 2009, ÈEZ, C-115/08, apartado 57, y de 16 de octubre de 2019, Glencore Agriculture Hungary, C-189/18, apartado 29.

los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus 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”.

Es decir, si la multa excluye la posibilidad de la expulsión, como dijo el TSJ del País Vasco, la normativa interna violaría la Directiva de Retorno. Tanto en la pregunta, como en la respuesta otorgada se echa de menos la intervención de la representación del recurrente, así como una defensa más eficaz de nuestra normativa por el abogado del estado, pues, como se verá posteriormente, eso no era así.

El principal problema con el que nos encontramos, como ya pusimos de manifiesto en anterior trabajo¹⁴ es el de los diferentes conceptos jurídicos que utilizan la Directiva y la LOEXIS. Nuestra normativa no habla expresamente de decisiones de retorno, sino de expulsiones o de salida obligatoria, pues bien, esta última, como terminará diciendo el Tribunal Supremo, será la decisión de retorno, para la que se prevé un periodo de cumplimiento voluntario, igual que ocurre en los procedimientos de expulsión dictados a través del procedimiento ordinario, cuando en la resolución se establece un periodo de cumplimiento voluntario¹⁵. Tal y como manifiesta Cominges, en la Directiva se desagrega el término “expulsión” de nuestro derecho interno en dos conceptos diferenciados: la “decisión de retorno” (declara irregular la situación del extranjero e impone o declara la obligación de regresar a su país de origen) y la “expulsión” propiamente dicha (“la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro”¹⁶).

La imposición de la multa nunca ha permitido al extranjero permanecer ilegalmente en territorio español, pues lleva aparejada una salida obligatoria. Así lo reconoció la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2009¹⁷, si bien es cierto que dictada tras la Directiva de Retorno, pero resolviendo un asunto previo a ella. Como mantiene Cominges¹⁸ la sanción de multa se estimó siempre compatible con una posterior sanción de expulsión.

Resulta evidente que la cuestión prejudicial estaba mal planteada por el TSJ del País Vasco, pues nunca debió introducir el adverbio exclusivamente, pues no era así.

Qué duda cabe que esa sentencia del TJUE supuso un giro de 180 grados a la gestión jurídica de la estancia irregular que forjó el Tribunal Supremo a lo largo de 2007, en el sentido de que la sanción principal era la multa y que la expulsión sólo sería posible si concurren otras circunstancias desfavorables de las que luego hablaremos. A partir de la doctrina Zaizoune el Tribunal Supremo en sentencias 980/2018 de 12 de junio, 1716/2018 de 4 de diciembre, 734/2019 de 30 de mayo y

¹⁴Rodríguez Candela, J.L. y Lancha Muñoz, M. (2015). “Multa vs. expulsión frente a la estancia irregular, antes y después de la directiva de retorno. Sepín.

¹⁵ Art. 246.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 En adelante RELOEX. BOE de 30 de abril.

¹⁶ De Cominges Cáceres, F. (2022). “La sanción de las situaciones de mera permanencia irregular de extranjeros (multa vrs. expulsión) en Cuestiones actuales en materia de extranjería curso cu22041 – CGPJ.

¹⁷ Asuntos María Julia Zurita García (C-261/08) y Aurelio Choque Cabrera (C-348/08) contra Delegado del Gobierno en la Región de Murcia. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de octubre de 2009, apdo. 65.

¹⁸ De Cominges Cáceres, F. (2022).

758/2019 de 3 de junio, entre otras, vino a resolver la controversia entre diferentes TSJ¹⁹ sobre el alcance de la doctrina Zaizoune en España. En esas sentencias mantuvo que la única opción posible ante una situación irregular, a la vista de la sentencia del TJUE y de lo vinculable, para los tribunales, de esa jurisprudencia y la directiva que interpretaba, era la expulsión, desechando la posibilidad de la multa. Ya dijimos en 2019²⁰ que la administración incumplidora, que no traspuso adecuadamente la Directiva de Retorno, no podría invocar la misma contra el administrado sin modificar la normativa interna, es decir que no procede lo que se conoce como el efecto vertical directo inverso o descendente. Consideró el Tribunal Supremo que la propia cuestión prejudicial planteada y la resolución a la misma por parte del TJUE ponía de manifiesto la aplicación directa de la Directiva frente a los particulares. *“Del propio planteamiento de la cuestión resulta ya una primera consideración: que en ningún momento se cuestionó la aplicación al caso de la referida Directiva 2008/115, pues de haber sido así el planteamiento de la cuestión no tendría fundamento, en cuanto su interpretación carecería de relevancia para la resolución de pleito, circunstancia que hubiera conducido a la inadmisión de la cuestión por el Tribunal”*.

3. El efecto vertical directo inverso.

El Tribunal Supremo no entendió el problema. No se plantea si la Directiva es o no de aplicación y si al derecho nacional se le permite ser más favorable, sino si puede aplicarse directamente una Directiva no transpuesta correctamente, frente a un particular y precisamente por el responsable de esa trasposición defectuosa. El TSJ de Castilla- La Mancha presentó una cuestión prejudicial en estos términos y así lo entendió el TJUE en sentencia de 8 de octubre de 2020²¹ quien terminó dándonos la razón y declarando 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...”*

“...La Directiva 2008/115/CE de retorno, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que la segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes 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.”

Tras esta sentencia del TJUE, el Tribunal Supremo se ve obligado a revisar su jurisprudencia anterior y en sentencias 366/2021 de 17 de marzo; 750/2021 de 27 de mayo, entre otras, acude al principio de proporcionalidad para optar entre la sanción de expulsión o la nada, es decir mantiene, sobre la base de Zaizoune, que no procede la multa en ningún caso y la expulsión solo si concurre alguna de las circunstancias agravantes de las que luego hablaremos y todo ello mientras no se modifique la LOEXIS. El Tribunal Supremo mantiene que el TJUE *“impone a los Tribunales españoles determinar si el Derecho interno admite una interpretación conforme a las exigencias de la Directiva. Lo que*

¹⁹ Rodríguez Candela, J.L. (2019). “Interpretación y seguimiento de la Sentencia del TJUE 23 de abril de 2015. (Zaizoune)” *Crítica Penal y Poder* Número 18, La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización. pp. 68-81. <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/30413>.

²⁰ Rodríguez Candela, J.L. (2019).

²¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 8 de octubre de 2020 (petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha) — MO / Subdelegación del Gobierno en Toledo (Asunto C-568/19).

excluye el Tribunal es que puedan los Tribunales Españoles dejar de aplicar la norma nacional, más beneficiosa para los ciudadanos, por la eficacia directa de la Directiva.” Por lo tanto en estas sentencias se excluye la opción expulsión/multa, y la cuestión se centra solo en determinar cuándo la situación de estancia irregular exige dictar la orden de expulsión.

En estas estábamos cuando se dictó una decisión de ejecución del Consejo²² por la que se formula una recomendación a España para subsanar las deficiencias detectadas en la evaluación de 2017 de la aplicación por España del acervo de Schengen en materia de retorno. El punto 4 de esa decisión textualmente dice: “modificar la legislación nacional para garantizar el cumplimiento del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE, eliminando la posibilidad de que, en caso de situación irregular, se imponga a los nacionales de terceros países una multa como alternativa a la ejecución de los procedimientos de retorno”. Incluso Lafuente Sánchez²³ llegó a plantear que la Comisión Europea plantease un recurso de incumplimiento contra España. Autores como Sánchez Vallejo²⁴ y Leiva López²⁵ incluso mantuvieron que la cuestión solo será zanjada cuando el legislador modifique la ley de extranjería adaptándola a la Directiva de Retorno, luego se corría el riesgo de una reforma innecesaria, como luego veremos, que excluyese la posibilidad de optar por la sanción económica y generalizando la expulsión ante la estancia irregular.

4.- La multa con decisión de retorno.

Por ello era absolutamente imprescindible que el TJUE volviese sobre Zaizoune, pues no era cierto que con la multa no hubiese una decisión de retorno. Así el Juzgado contencioso-administrativo nº 1 de Pontevedra planteó una cuestión prejudicial²⁶, que dio lugar a la bautizada²⁷ como sentencia “Cominges”²⁸. El STJUE de 3 de marzo de 2022²⁹ que declaró 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; en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, leídos en relación con los artículos 6, apartado 4, y 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de un nacional de un tercer país en el territorio de ese Estado miembro, cuando no concurren circunstancias agravantes, en un primer momento, con una sanción de multa que lleva aparejada la obligación de abandonar el territorio de dicho Estado miembro en el plazo fijado salvo que, antes de*

²² De 18 de septiembre de 2018.

²³ Lafuente Sánchez, R. (2021). “Decisiones de retorno contra nacionales de terceros estados que se encuentren en situación irregular en España: consecuencias de la (supuesta) incompatibilidad de la ley de extranjería con la directiva 2008/115 y de su ausencia de efecto directo vertical”. Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 13, Nº 1. pág.405. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5964>.

²⁴ Sánchez Vallejo, B. (2022). “La evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la permanencia irregular de los extranjeros en España a raíz de las distintas sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. Revista de Estudios Jurídicos. Segunda Época. <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7461>.

²⁵ Leiva López, A. (2023). “La sanción administrativa por la estancia irregular de extranjeros en territorio español. Multa ad versus expulsión” Revista digital de Derecho Administrativo, n.º 29, primer semestre/2023. Pág. 292.

²⁶ Asunto C-409/2020.

²⁷ Chaves J.R. “La nueva STJUE 2022 pone orden en la expulsión de extranjeros y alza la multa como regla general”. El rincón jurídico de José R. Chaves 3 de marzo de 2022. <https://delajusticia.com/2022/03/03/la-nueva-stjue-2022-pone-orden-en-la-expulsion-de-extranjeros-y-alza-la-multa-como-regla-general/>.

²⁸ Apellido del magistrado del Juzgado de lo contencioso nº 1 de Pontevedra D. Francisco Cominges Cáceres, quien planteó la cuestión prejudicial.

²⁹ STJUE sala tercera de 3 de marzo de 2020. Asunto 409-2020.

que este expire, se regularice la situación del nacional de un tercer país y, en un segundo momento, si no se ha regularizado su situación, con una decisión en la que se ordena obligatoriamente su expulsión, siempre que dicho plazo se fije de conformidad con las exigencias establecidas en el artículo 7, apartados 1 y 2, de esta Directiva”.

Es decir, que si la multa no supone la permanencia del extranjero irregular en nuestro país, que no lo supone, y además lleva un apercibimiento de que debe abandonarlo en los plazos establecidos en la Directiva de Retorno, que lo lleva, la normativa nacional no es contraria a la comunitaria, lo que ya decíamos desde el principio³⁰. En esa cuestión prejudicial tuvimos la ocasión de intervenir en nombre del extranjero y en nuestras alegaciones ante el TJUE mantuvimos que la imposición de multa con indicación de salida obligatoria en el plazo establecido, normalmente 15 días, constituye la decisión de retorno y por lo tanto cumple con los dos requisitos establecidos en el Artículo 3.4 de la Directiva a saber: declaración de la irregularidad de la situación de un nacional de un tercer país y declaración de la obligación de retorno. En el Asunto C-562/13 Abdida, el TJUE manifestó que *“un acto administrativo que declara “ilegal la estancia de un nacional de un tercer país” e impone “una obligación de retorno” ha de calificarse como decisión de retorno “en el sentido del artículo 3, punto 4, de la Directiva 2008/115” (apartado 39). Y, Además, como resalta el Tribunal en su asunto Mukarubega (C-166/13), lo fundamental para cumplir con el Artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115 es que los Estados miembros, establezcan de manera explícita “en su Derecho nacional la obligación de abandonar el territorio en caso de situación irregular” y siempre respetando “el marco de la autonomía procesal de que disponen” (apartado 62). Por lo tanto, España implementa de manera correcta el Artículo 6 de la Directiva de Retorno en su ordenamiento jurídico interno. 49.51. De acuerdo con la jurisprudencia del propio TJUE, la multa establecida en el ordenamiento español es perfectamente compatible con la Directiva 2008/115. En efecto, en su Asunto C-430/11 Sagor, se establece en el apartado 36 que la: “imposición de una pena pecuniaria no impide de modo alguno que se adopte y se ejecute una decisión de retorno con pleno cumplimiento de los requisitos enunciados en los artículos 6 a 8 de la Directiva 2008/115”.*

Pese a ello el Tribunal Supremo siguió “erre que erre” y en sus sentencias 337/2022 de 16 de marzo y la de 1334/2022 de 20 de octubre³¹, mantuvo la improcedencia de adoptar la sanción de multa frente a la estancia irregular. En esas sentencias el alto Tribunal rechaza la interpretación de la normativa interna que realizó el magistrado Cominges al plantear la cuestión prejudicial. Para ese Tribunal la orden de salida prevista en el art. 28 c) de la LOEXIS no equivaldría a la orden de salida voluntaria prevista en la decisión de retorno del artículo 7 de la Directiva, pues entiende que nuestra LOEXIS no regula qué hacer cuando se incumpla esa salida, careciendo de efectos jurídicos. Esto, como veremos al final del trabajo, no es así, por eso el Tribunal Supremo modificó su doctrina en las sentencias comentadas. Entre otras cosas ya el propio Tribunal Supremo en la sentencia 337/2022 da la solución, un expediente de expulsión, pero entiende, en ese momento, que ello no sería conforme con el art. 8 de la Directiva de Retorno. Mantiene que, si bien es cierto que el art. 24.2 del RELOEX dispone que transcurrido el plazo de la salida voluntaria esta no se efectúa, se aplicará el art. 53.1 a de la LOEXIS, es decir la infracción por estancia irregular, pero eso sería contrario al efecto útil de la Directiva. En nuestra alegaciones ante el TJUE en el asunto C-409/2020, ya dijimos que la posibilidad de adoptar una decisión de expulsión en un acto administrativo diferente al de la decisión

³⁰ Rodríguez Candela, J.L. y Lancha Muñoz, M. (2015).

³¹ El TS en las sentencias que comentamos la cita erróneamente, refiriéndose al número de recurso, cuando 1334/2022 es el número de sentencia, el número de recurso es 5793/2021, por si alguien estuviese interesado en su lectura.

de retorno es absolutamente compatible también con el artículo 6.6 de la Directiva 2008/115. En efecto, el TJUE ha declarado que la Directiva establece una “distinción clara” entre la decisión de retorno y la “eventual decisión de expulsión” (Asunto C-225/16 Ouhrami, apartado 47). Esto queda aún más claro cuando el propio Tribunal señala que en aquellos casos en los cuales no se haya cumplido con una obligación de retorno, “los Estados miembros tomarán, con arreglo al artículo 8, apartados 1 y 3, de la mencionada Directiva, todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno adoptando, en su caso, una decisión de expulsión, a saber una decisión o un acto distinto, de naturaleza administrativa o judicial, por la que se ordena el cumplimiento de la obligación de retorno” (Asunto C-225/16 Ouhrami, apartado 48).

Leiva López³² considera que la solución de incoar un expediente de expulsión tras la multa, no sería posible pues supondría abrir un doble procedimiento sancionador para una situación de estancia. No le falta razón a Leiva. Quizás para solucionar ese obstáculo, en los casos de incumplimiento de la decisión de retorno acordada junto a la multa, haya que darle una vuelta a la naturaleza jurídica de la expulsión, pasando a considerarla una medida de ejecución mediante la coacción administrativa, eso sí, tras un procedimiento garantista, lo que no transformaría esa naturaleza jurídica, como ya se dijo del art. 57.2 de la LOEXIS³³, al que se le negaba la naturaleza sancionadora, pero se le aplicaban las garantías de los procedimientos sancionadores.

En ese ínterin el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 47/2023 de pleno, de 10 de mayo en la que estima el amparo por vulneración del art. 25 CE legalidad sancionadora, al imponer a un extranjero la sanción de expulsión, sin circunstancias agravantes, exclusivamente sobre la base de la Directiva sin una correcta trasposición. En esa sentencia el Tribunal Constitucional solo menciona la posibilidad de imposición de multa ante la estancia irregular, pero no entra a su debate pues dice no es algo que le compete. Chaves³⁴ critica esta sentencia, no sin razón, al quedarse corta, pues reconoce que se vulnera la legalidad sancionadora si se expulsa sin la concurrencia de circunstancia agravatoria, pero olvida que “la tipicidad debe cubrir la infracción y además las agravantes que la perfeccionan, y no como sucede en extranjería, que las agravantes se han ido perfilando a machete jurisprudencial”.

5. El Tribunal Supremo revisa su doctrina y regresa al principio de proporcionalidad para la opción entre expulsión o multa con decisión de retorno.

Como dice Chaves³⁵ rectificar es de sabios y valientes. Así el Tribunal Supremo dicta las tres sentencias comentadas, de contenido absolutamente idéntico. En estas sentencias se admite la posibilidad de la imposición de la sanción económica cuando no existan circunstancias “agravantes”, siempre y cuando la multa venga acompañada de una obligación de salida, en aplicación del principio de proporcionalidad. También en esas sentencias se establece qué ha de entenderse como circunstancias de agravación y qué no son circunstancias de agravación.

El Tribunal realiza un análisis del marco normativo español respecto a la salida obligatoria y lo compara con la Directiva de Retorno. Comienza diciendo que tanto la LOEX como el RLOEX

³² Leiva López, A. (2023, p. 291).

³³ Rodríguez Candela, J.L. (2023). Diálogos sobre cuestiones problemáticas de las ciencias penales”. Capítulo “La expulsión administrativa del extranjero con antecedentes penales. Análisis jurisprudencial”. Pp. 393-416. Tirant lo Blanch.

³⁴ Chaves, R.J. “El Tribunal Supremo resucita la multa en extranjería seguida de la expulsión (septiembre 2023)”. El rincón jurídico de José R. Chaves. www.delajusticia.com de 29 de marzo de 2023.

³⁵ Chaves J.R. (2022).

contemplan la obligación la salida de España de todos aquellos extranjeros que carezcan de autorización para permanecer en nuestro país. En este sentido el artículo 28.3 c) de la LOEX tras la redacción dada por la LO 2/2009 que traspone, entre otras, la Directiva de Retorno. El Tribunal Supremo recuerda que ese precepto fue duramente criticado por él mismo en su sentencia 366/2021 de 17 de marzo, por no establecer ni plazos ni mecanismos para hacer efectiva esa obligación de salida, lo que en su momento llevó a no aceptar la multa con obligación de salida. Ahora y tras reafirmar las carencias de ese precepto, admite que el extranjero en situación irregular está obligado *ex lege* a abandonar el territorio nacional, con independencia de que exista, o no, resolución administrativa previa, lo que supone, a juicio del tribunal una garantía de la eficacia de los mecanismos de retorno. Ese precepto se complementa con el 19 y 24 del RELOEX. En definitiva termina afirmando que aquellos extranjeros que se encuentren en España en situación irregular tienen la obligación de salir del país, lo que es coherente con la Directiva de Retorno. Esa obligación no desaparece con el hecho de haber sido sancionado el extranjero con una multa por estancia irregular, afirmación que ya manteníamos en el 2015³⁶. Reconoce el Tribunal Supremo que tras esa obligación de salida, para el caso de que se incumpla, sería necesaria una decisión de expulsión, pero eso tampoco es incompatible con la Directiva, pues su artículo 8 permite que se pueda adoptar la decisión de retorno y la expulsión para el caso de incumplimiento del plazo de salida bien en un único acto, o en actos separados, cual sería el caso de España tras una multa con obligación de salida. Justo eso, como ya dijimos, es lo que manteníamos en nuestras alegaciones en la cuestión prejudicial presentada por Cominges. Bien es cierto que el Tribunal Supremo establece que los plazos que se establezcan para la salida, tanto en la decisión de retorno, es decir en la obligación de salida tras la multa, como en la posterior expulsión, si la salida no se produce de forma voluntaria, han de ser “prudentemente limitados” dentro de los márgenes de los que dispone la administración, para que no se prive a la Directiva de su efecto útil. Podría pensarse que esto supone necesariamente la incoación de un procedimiento preferente, que es de ejecución inmediata³⁷, para no otorgar un nuevo plazo de ejecución voluntaria tras el dictado de la orden de expulsión a través del procedimiento ordinario.

Sin embargo el Tribunal Supremo no lo considera así, pues incluso a través del procedimiento ordinario, que supondría un nuevo plazo entre 7 y 30 días³⁸ salvo que se den las circunstancias concretas, como podría ser tener hijos escolarizados o la existencia de otros vínculos familiares y sociales, según se establece en el apartado 3º, podríamos estar dentro del plazo máximo de 30 días (15 días de plazo máximo tras decisión de retorno y 15 tras expulsión a través del procedimiento ordinario). Para el caso de que concurra alguna de las circunstancias concretas antes descrita, se permite la ampliación del plazo, lo que autoriza la Directiva de Retorno en su art. 7.2. Esas circunstancias son reflejadas meramente a efectos ejemplificativos, por lo que podrían imaginarse otras, como sometimiento a tratamiento médico. En el caso de que el extranjero tenga a cargo menores escolarizados, no procederá la ejecución de la sanción de expulsión hasta la finalización del curso académico salvo que el otro progenitor sea residente en España y pueda hacerse cargo de ellos.

6. El juicio de proporcionalidad.

Al fin llegamos a la parte más práctica de las sentencias comentadas, cual es determinar cuáles son las circunstancias de agravación que permitirían optar, en función del principio de proporcionalidad,

³⁶ Rodríguez Candela, J.L. y Lancha Muñoz, M. (2015).

³⁷ Art. 63.7 de la LOEX y 236.2 REOLEX.

³⁸ Art. 63 bis. 2 de la LOEX y 246.2 del REOLEX.

por la expulsión directamente y cuales no lo son obligando al dictado de una decisión de retorno unida a la sanción económica.

Nos recuerda el Tribunal Supremo que la concurrencia de las circunstancias previstas en los arts. 5 y 6.2 a 5 de la Directiva de Retorno no operan como criterios de ponderación, y mucho menos como circunstancia de agravación³⁹ caso de no concurrir, sino que son excepciones incluso al dictado de una decisión de retorno⁴⁰.

Las sentencias objeto de este trabajo hacen una recopilación de todas aquellas que se dictaron en el 2007 manteniendo el criterio entonces existente y actualizando el listado con algunas dictadas más recientemente. También el Tribunal Supremo reconoce la dificultad para establecer un catálogo cerrado por la casuística existente, por lo que reconduce la situación a un análisis individualizado del caso para optar entre expulsión por mera estancia irregular, a través del procedimiento preferente u ordinario, que dependerá de que nos encontremos o no en alguno de los supuestos del art. 63.1 párrafo 2º de la LOEXIS⁴¹, o multa con decisión de retorno.

En los supuestos de riesgo para el orden público, seguridad pública o seguridad nacional o cuando el extranjero trate de dificultar o evitar su expulsión o cuando exista riesgo de incomparecencia, es decir cuando procedería la incoación del procedimiento preferente por estancia irregular, el Tribunal Supremo claramente manifiesta que la concurrencia de estas circunstancias no es por si sola justificadora de la proporcionalidad de la expulsión⁴². Es decir que además deberá concurrir alguna circunstancia de las consideradas agravantes y que veremos. Caso de no concurrir agravante procederá una sanción económica y no la expulsión, por lo que procedería incoar el procedimiento ordinario⁴³. Por ello se deberá realizar un análisis inicial a la hora de incoar uno u otro expediente sancionador.

Bien es cierto que el procedimiento ordinario la LOEXIS solo lo prevé para las expulsiones, art. 63 bis, pero el REOLEX lo amplía para todas las infracciones graves o muy graves, con independencia de que fuese a dar lugar a una sanción económica o a la expulsión (salvo que procediese el procedimiento preferente⁴⁴), al coincidir su tramitación, sustancialmente, con lo previsto para el procedimiento administrativo sancionador general⁴⁵.

Si se incoó el procedimiento preferente, pues en la valoración inicial se pensó concurría alguna circunstancia agravante, no es óbice para que, a la vista de las alegaciones formuladas o la prueba practicada, pueda terminar éste con el dictado de una sanción económica con decisión de retorno.

El Tribunal Supremo considera circunstancias de agravación el encontrarse el extranjero sin documentación personal identificativa, lo que decaería para el caso de que se presente con

³⁹ STS 1363/2019 de 15 de octubre.

⁴⁰ SSTS 429/2022 de 27 de abril; 1125/2022 de 14 de septiembre y 1247/2022 de 14 de septiembre.

⁴¹ Art. 63.1 de la LOEXIS "...Igualmente, el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en la letra a) del apartado 1 del artículo 53, se diera alguna de las siguientes circunstancias:

a) riesgo de incomparecencia.

b) el extranjero evitara o dificultase la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos.

c) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional."

⁴² STS nº 366/2021, de 17 de marzo.

⁴³ Arts. 226 y ss. del REOLEX.

⁴⁴ Art. 234 LOEXIS.

⁴⁵ Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En adelante LPAC. BOE de 2 de octubre.

posterioridad⁴⁶. Igual consecuencia lleva aparejada la tenencia de documentación identificativa falsa⁴⁷.

También lo es ignorarse la forma y lugar de acceso al territorio nacional⁴⁸, la carencia de domicilio⁴⁹, pero en las sentencias que comentamos el Tribunal Supremo pone de manifiesto que no ha existido un estudio en profundidad sobre si esa única circunstancia, no unida a otras, pueda ser considerada suficiente para acordar la expulsión. Cita, a este respecto, la sentencia 252/2022 de 28 de febrero que no considera la mera carencia de domicilio, con ausencia de arraigo, causa de expulsión.

Sí se considera circunstancia que permitiría acudir a la expulsión, el no haber cumplido con una decisión de retorno (salida obligatoria) previa, salvo que esa decisión de salida se dictase siendo el extranjero menor de edad⁵⁰. Por ello tras la denegación de una autorización de residencia o inadmisión a trámite, si existe un apercibimiento de salida obligatoria y ésta no se llevase a cabo, se podría dar lugar a la expulsión posterior. Esta circunstancia nos ha de hacer reflexionar sobre la oportunidad de solicitar autorizaciones cuando no se den los requisitos para su obtención, pues la consecuencia sería una decisión de retorno que permita dar lugar a un expediente de expulsión directo posteriormente si no se abandonó el país.

También la existencia de antecedentes penales constituiría una circunstancia de agravación y así se refleja en multitud de sentencias⁵¹. Eso sí, no basta una mera referencia genérica a su existencia. En relación con los antecedentes policiales el Tribunal Supremo ha experimentado una evolución, desde las primeras sentencias en el 2005 que consideraban suficiente la mera constancia de ellos a sostener que la administración ha de averiguar cuál fue el resultado de esos antecedentes policiales y dejar constancia de ello en el expediente administrativo, operándose ese cambio de criterio a raíz de la STS de 29 de septiembre de 2006⁵².

Se considera circunstancia agravante la constatación de que la residencia se obtuvo de manera fraudulenta⁵³.

Respecto a las circunstancias que no se consideran de agravación, impidiendo, por lo tanto, acudir a la expulsión directa, tenemos la ausencia de autorización de residencia, la falta de arraigo familiar, pues caso de existir, sería una circunstancia a valorar positivamente y compensar alguna circunstancia agravante.

Nada dicen las sentencias comentadas sobre la concurrencia de circunstancias agravantes por un lado y de arraigo familiar o social por otro. Será la STS 1678/2023 de 13 de diciembre la que introduzca esa compensación al declarar, como respuesta a la cuestión casacional que, *“una sola circunstancia de agravación puede ser bastante para justificarla, pero siempre que no resulte compensada por otras circunstancias particulares concurrentes que, en todo caso, deben ser ponderadas a la luz del principio de proporcionalidad.”*

⁴⁶ STS 124/2022 de 5 de octubre.

⁴⁷ SSTS 25 de octubre de 2007, recurso casación 2260/2004 y 27 de mayo de 2008, recurso casación 5853/2004.

⁴⁸ SSTS 12/2022 de 12 de enero y 1672/2023 de 13 de diciembre, entre otras.

⁴⁹ SSTS 12/2022 de 12 de enero; 65/2022 de 26 de enero y 161/222 de 9 de febrero, entre otras.

⁵⁰ STS 1676/2023 de 13 de diciembre.

⁵¹ Por todas STS nº 252/2022, de 28 de febrero.

⁵² Recurso casación nº 5450/2003.

⁵³ STS de 8 de noviembre de 2007, recurso casación 2448/2004.

Esta sentencia, ratifica la 732/2023 de 5 de junio que permite al interesado “*aportar en vía administrativa y/o judicial cuantos elementos de prueba considere convenientes para desvirtuar el contenido y fundamentos de la resolución que acuerda la expulsión*”.

El Tribunal Constitucional deja muy claro en la sentencia 87/2023 de 17 de julio que no es función de los Tribunales integrar *ex novo* la existencia de circunstancias agravantes que no aparezcan en el acto administrativo, pues supondría sustituir el juez a la administración que es la autoridad competente para la selección de los hechos que merecen ser castigados con una u otra sanción. Por ello los tribunales “*pueden revisar el juicio de ponderación de las circunstancias que puedan justificar la orden de expulsión, conforme al material probatorio que obre en las actuaciones, tanto en el proceso como en su expediente*”⁵⁴ nunca integrar la resolución de expulsión.

7. Consecuencias de la incoación de expediente sancionador para la imposición de multa.

Cómo podía imaginarse no todo el monte es orégano. Por ello la incoación directamente de un expediente sancionador para la imposición de una sanción económica, impedirá que el extranjero disponga del derecho a la asistencia jurídica gratuita, pues el art. 227.3 del RELOEX solo lo reconoce para cuando se pueda proponer la sanción de expulsión. También el art. 22.2 de la LOEXIS limita el derecho a la asistencia letrada para los procedimientos administrativos que puedan dar lugar a la denegación de entrada, devolución, expulsión y para temas de asilo. En el mismo sentido el art. 2 e) de la Ley de asistencia jurídica gratuita⁵⁵. Por ello el hecho de que la sanción económica lleve aparejada una decisión de retorno, no entra dentro de estos supuestos, pues no son ni denegación de entrada, ni devolución ni expulsión, por lo que para la vía administrativa no tendrán derecho a la asistencia letrada, lo que puede perjudicarles, pues podrán verse privados de la alegación y estimación de alguno de los supuestos de excepción del dictado de decisión de retorno previstos en la Directiva de Retorno⁵⁶.

Para el contencioso si tendrán derecho a la asistencia letrada, en igualdad de condiciones que los españoles, art. 22.1 de la ley de extranjería, que no incluirá el derecho a la representación por procurador, al no ser preceptiva en los procedimientos abreviados, donde se ventilan estas cuestiones, art. 78.1 de la LRJCA, a diferencia que para los casos de denegación de entrada, devolución o expulsión que expresamente lo prevé el art. 2.e de la ley de asistencia jurídica gratuita.

⁵⁴ STS 732/2023, de 5 de junio.

⁵⁵ Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. BOE 12 de enero de 1996.

⁵⁶ Véase *ut supra*.