

EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR: ¿MULTA O EXPULSIÓN? SITUACIÓN ACTUAL.

© Inspector de la Policía Nacional Gerard Molina Febrero

Cómo citar:

MOLINA FEBRERO, G. (2021), "Extranjeros en situación irregular: ¿Multa o Expulsión? Situación actual".

Publicado en la web jurídico policial www.ijespol.es

La estancia irregular en nuestro país está prevista como infracción grave en la Ley de Extranjería, concretamente, en su artículo 53.1 a), en donde se señala que un extranjero se encontrará en situación irregular en España en los siguientes casos:

- a. Cuando no haya obtenido una prórroga de estancia, es decir, aquel extranjero que se encuentre en España habiendo superado el plazo máximo de estancia al que le autorice su visado o, en caso de haber entrado sin visado, cuando haya superado los 90 días.
- b. Porque carezca de autorización de residencia, es decir, aquel extranjero que no tenga un permiso de residencia que le autorice a residir en España.
- c. Por tener caducada más de 3 meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente, es decir, aquellos extranjeros que habiendo tenido autorización de residencia (estaban en situación regular) les ha caducado y no han solicitado su renovación en plazo.

Como bien es sabido, toda infracción al ordenamiento jurídico conlleva (o debería de conllevar) una consecuencia jurídica: la sanción. La estancia irregular, como conducta infractora del ordenamiento jurídico que es (recordemos aquí que es considerada grave) debe tener una respuesta por parte de las autoridades competentes. El legislador español estableció una dualidad excluyente de sanciones para el caso de comisión de esta infracción: la multa o la expulsión. Y es esta dualidad la que, precisamente, ha generado problemas de aplicación e interpretación a lo largo de los últimos años.

Seguidamente, trataremos de analizar de una manera sencilla (si es que la materia de extranjería lo permite) el antes y el ahora al respecto de la sanción aplicable a los extranjeros en situación irregular. Veámoslo.

Hasta el año 2015.

La sanción principal para los supuestos de estancia irregular era la sanción de multa, y solamente en aquellos casos considerados como graves y en aplicación del principio de proporcionalidad, se podía imponer la sanción de expulsión, cuya consecuencia inmediata es la fijación de una prohibición de entrada en España, extensible a todos los países que conforman el territorio Schengen.

Para valorar la gravedad de la conducta, nuestro Tribunal Supremo fue elaborando un cuerpo de jurisprudencia que permitía a la autoridad gubernativa justificar el porqué acudía a la sanción de expulsión en lugar de a la sanción de multa. Así las cosas, han sido valorados como elementos negativos o argavantes: que el extranjero estuviera indocumentado, ignorando cuándo y por dónde entro en territorio español; que careciera de domicilio conocido; que su documento de viaje careciera de sellos de entrada y salida; que pudiera ser considerado un peligro para el orden público; que hubiera incumplido una orden de salida obligatoria, etcétera.

Todo parecía ir sobre ruedas, pero el 28 de diciembre de 2008, fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea 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*, la conocida como "Directiva de Retorno".

La Directiva de Retorno establece en su artículo 6 que los Estados miembros **dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio** (a salvo de algunas excepciones que no son objeto de este artículo).

Por otra parte, el artículo 7 de la mencionada Directiva señala que la decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre 7 y 30 días, para la salida voluntaria del extranjero en situación irregular y que es objeto de esa decisión de retorno. Si bien, también apunta a que los Estados, si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, **podrán abstenerse de conceder ese plazo para la salida voluntaria**, o podrán conceder un periodo inferior a 7 días.

En conclusión, la Directiva de Retorno ordenaba a los Estados miembros para que adaptaran sus legislaciones nacionales para dar cumplimiento a lo que en ella se contenía. La Directiva, en casos de estancia irregular, no alberga la posibilidad de sancionar dicha conducta con una multa, sino que impone la obligación de expulsar al extranjero en situación irregular, con o sin, la concesión de un plazo de salida voluntaria (a nuestro juicio, más bien obligatoria).

Pues bien, en el año 2009 el legislador español, mediante la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, incorporó (más bien, trató de incorporar) las previsiones de la Directiva de Retorno a nuestra Ley de Extranjería. Y decimos que trató, porque no eliminó la dualidad sancionatoria en los casos de estancia irregular. Tampoco aprovechó la oportunidad que le daba la Directiva para aumentar el periodo de internamiento de una manera que permitiera hacer eficaces las resoluciones sancionadoras, ya que tan solo aumentó el plazo de internamiento en 20 días (de los 40 a los 60 días actuales), pudiendo haberlo hecho hasta un límite máximo de 6 meses, lo cual garantizaría, en muchos casos, la ejecución de las resoluciones sancionadoras.

A pesar de que la transposición de la Directiva no hubiera sido del todo satisfactoria, fueron pasando los años y aplicándose la multa o expulsión como respuesta a la infracción de estancia irregular.

Pero todo cambio cuando la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14), dio respuesta a la cuestión prejudicial suscitada por Auto de 17 de diciembre de 2013 del TSJ del País Vasco, interpretando el alcance y sentido de la “Directiva de Retorno”.

Desde el año 2015 hasta el año 2020.

La Sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, conocida como doctrina Zaizoune, señaló que:

“Como indica el apartado 35 de la sentencia El Dridi (C/61/11 PPU, EU:C:2011:268), el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva 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 encuentre en situación irregular en su territorio”.

Es decir, que la regla general, por así decirlo, en supuestos de estancia irregular, debía de ser la de expulsión del territorio nacional, recordando además que es obligación del Estado la de proceder a la expulsión en los supuestos en que no se cumpla voluntariamente por el interesado, de acuerdo con lo establecido en el art. 8.1 de la Directiva 2008/15.

Continúa afirmando la Sentencia que:

“[...] ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí”.

Por lo tanto, señala el Tribunal Europeo que, ante la situación irregular en la que se encuentre un extranjero, no cabe que la sanción sea la de multa, pues ello entraría en

flagrante contradicción con la normativa comunitaria contenida en la Directiva de Retorno.

Por su parte, y tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo admitió a trámite un recurso de casación para la formación de jurisprudencia en el que debería de determinar lo siguiente:

Si la expulsión del territorio español era la única sanción que cabía imponer a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conducta tipificada como grave en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000 (estancia irregular), o si, por el contrario, la sanción preferente para dichas conductas es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional.

El Tribunal Supremo, acordó en STS 980/2018, de 12 de junio, lo siguiente:

"[...] sobre la sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000 (estancia irregular), [...] lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular [...]"

Con esta interpretación dada por nuestro Alto Tribunal se estaba posibilitando aplicar directamente las disposiciones de la Directiva e imponer, por lo tanto, la sanción de expulsión en detrimento de la sanción de multa, de manera que simplemente con acreditar la situación de irregularidad en territorio nacional lo procedente sería aplicar la sanción de expulsión.

Y así se fueron instruyendo expedientes administrativos sancionadores con una cierta seguridad jurídica, ya que las resoluciones que imponían la sanción de expulsión como respuesta a la situación de irregularidad en territorio nacional estaban avaladas por nuestro Alto Tribunal.

Todo transcurría con normalidad y la mayor parte de Tribunales Superiores de Justicia (salvo algún caso aislado) seguían, en la resolución dada a los recursos que conocían, la doctrina jurisprudencial formada por nuestro máximo órgano judicial.

Sin embargo, nada hacía presagiar que un expediente incoado el 14 de enero de 2017, en la Comisaría de Talavera de la Reina (Toledo) por el que se acordó iniciar procedimiento sancionador de expulsión, tramitado mediante procedimiento de carácter preferente, a MO, nacional colombiano, por una posible infracción del artículo 53, apartado 1, letra a), de la Ley de Extranjería, iba a provocar una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, esta vez instada

por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha. Lo que, a la postre, daría lugar a un nuevo criterio de interpretación del Tribunal Europeo.

A partir del año 2020.

El 25 de julio de 2019 se recibió en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, mediante auto de 11 de julio de 2019, en la que se preguntaba lo siguiente:

Si es compatible con la doctrina de ese Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los límites del efecto directo de las Directivas, la interpretación de su sentencia de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune) en el sentido de que la Administración y los Tribunales españoles pueden hacer una aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE en perjuicio del nacional del tercer Estado, con omisión e inaplicación de disposiciones internas más beneficiosas en materia sancionadora, con agravamiento de su responsabilidad sancionadora y posible omisión del principio de legalidad penal; y si la solución a la inadecuación de la normativa española a la Directiva no debe hacerse por esa vía, sino por la de una reforma legal, o por las vías previstas en el Derecho comunitario para imponer a un Estado la debida transposición de las Directivas.

Es decir, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha planteaba en la cuestión si, ante la inadecuación de la normativa española a los preceptos de la Directiva (recuérdese lo que decíamos más arriba de la deficiente incorporación de la Directiva de Retorno a la normativa española), se podía invocar directamente esta en perjuicio del nacional de un tercer Estado.

Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) dicta sentencia el 8 de junio de 2020, en el asunto C-568/19, y modifica su criterio anterior o lo clarifica en el siguiente sentido:

"[...] si la normativa nacional [...] establece que, a los efectos de dicha normativa, la expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentren en territorio español solo puede ordenarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, y esa misma normativa no puede interpretarse de conformidad con la Directiva 2008/115, extremo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, el Estado miembro no podrá basarse directamente en dicha Directiva para, a los efectos de lo dispuesto en ella, adoptar



una decisión de retorno [...] y hacer cumplir esta aun cuando no existan circunstancias agravantes”.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal Europeo declara 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”.

Parecía que, a partir de esta Sentencia, y salvo cambio normativo, en los supuestos de estancia irregular, siempre que no existan circunstancias agravantes que añadir a esa mera situación de irregularidad, lo procedente sería imponer una sanción de multa acompañada de una orden de salida obligatoria del país y, en el caso de que el extranjero no cumpliera dicha orden, se podría, a través de un nuevo procedimiento sancionador, imponer la sanción de expulsión.

Pero decimos que parecía, porque nuevamente nuestro Alto Tribunal ha interpretado el alcance de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a través de su STS 366/2021, de 17 de marzo, en la que resolvía la siguiente cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia:

Si, conforme la interpretación dada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de octubre de 2020 -asunto C-568/19- a la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, la expulsión del territorio español es la sanción preferente a imponer a los extranjeros que hayan incurrido en la conducta tipificada como grave en el art. 53.1.a) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero o sí, por el contrario, la sanción principal para dichas conductas es la multa, siempre que no concurran circunstancias agravantes añadidas a su situación irregular.

El Tribunal Supremo resolvió de la siguiente forma:

- **PRIMERO**, 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.
- **SEGUNDO**, 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 comunitaria.
- **TERCERO**, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación.

Es decir, que nuestro Alto Tribunal no admite la imposición de la sanción de multa para los supuestos de estancia irregular, ya que la estancia irregular debe llevar aparejada necesariamente la sanción de expulsión. Ahora bien, para la imposición de la sanción de expulsión deben concurrir elementos negativos o agravantes en la conducta del extranjero en situación irregular que nos permitan acudir a esta medida.

A raíz de la nueva interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y con carácter previo al pronunciamiento dado en 2021 por nuestro Alto Tribunal, se dictó internamente la Instrucción 11/2020, de 23 de octubre, en la que se dispone que, cuando se proponga la sanción de expulsión, se deberá motivar en el propio expediente sancionador dicha propuesta en base a un criterio de proporcionalidad y a los hechos que configuran la infracción, tal como exige el artículo 57.1 de la Ley de Extranjería.

A tal efecto, y a modo de ejemplo, se consideran elementos negativos, que motivan la propuesta de una sanción de expulsión, los siguientes:

- Haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le consten antecedentes penales.
- Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad.
- La existencia de una prohibición de entrada anterior.
- Carencia de domicilio y documentación.
- El incumplimiento de una salida obligatoria.

- Imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español, determinada por la indocumentación del extranjero, o la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje.

Estos criterios negativos o agravantes han sido extraídos del cuerpo de doctrina jurisprudencial elaborado por las múltiples resoluciones judiciales de nuestro Alto Tribunal sobre la materia.

Y llegados a este punto, muchos de los valientes lectores que hayáis conseguido llegar hasta aquí, os preguntaréis lo siguiente:

Entonces, ¿cuál sería la actuación procedente con los extranjeros en situación irregular en los que no concurren esos elementos negativos?

Debemos de recordar aquí que los nacionales de terceros Estados han de cumplir los requisitos de entrada en territorio Schengen, no solo al momento de solicitar su entrada en el puesto fronterizo, sino también durante todo el periodo en el que estén en dicho territorio.

Uno de los requisitos de entrada fijado en el artículo 6 del Código de Fronteras Schengen es el no haber superado el plazo máximo de estancia, fijado como máximo en 90 días; por lo tanto, su incumplimiento puede dar lugar a que la autoridad gubernativa dicte una resolución de salida obligatoria del territorio nacional al amparo de cuanto dispone el artículo 24 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería (RELOEx.).

Señala el artículo 24 del RELOEx. que en los supuestos de **falta de autorización para encontrarse en España**, en especial por no cumplir o **haber dejado de cumplir los requisitos de entrada o de estancia**, [...], la resolución administrativa dictada al efecto contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, sin perjuicio de que, igualmente, se materialice dicha advertencia mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo o en documento aparte, si se encontrase en España amparado en documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia.

Una vez transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, se deberá incoar procedimiento administrativo sancionador por estancia irregular y, ahora sí, hacer constar como elemento negativo el incumplimiento de la salida obligatoria que permita acudir a la sanción de expulsión.

A efectos operativos, sería conveniente que el responsable de extranjería de cada una de las dependencias de la Policía Nacional o quien le sustituya en casos de ausencia, vacante o enfermedad tuviera delegada la firma por parte de la autoridad gubernativa para dictar las resoluciones de salida obligatoria que procediera acordar

en los casos de mera estancia irregular sin elementos negativos o agravantes adicionales.

CONCLUSIONES:

- I. Conforme al criterio jurisprudencial actual, no es posible acudir a la sanción de multa en los casos de mera estancia irregular en los que no concurren elementos negativos o agravantes.
- II. A los extranjeros en situación irregular, en los que no concurren elementos negativos o agravantes, se les debe de dictar y notificar una resolución de salida obligatoria del territorio nacional.
- III. El incumplimiento de una resolución de salida obligatoria por parte de un extranjero en situación irregular (salvo las excepciones previstas en la Ley) debe dar lugar a la incoación de un procedimiento sancionador por estancia irregular con propuesta de expulsión.
- IV. La sanción de expulsión por estancia irregular solamente es procedente en los casos en los que se pueda acreditar, además de esa irregularidad, otros elementos negativos o agravantes.
- V. A efectos operativos, debería de solicitarse la delegación de firma de la autoridad gubernativa para el dictado de resoluciones de salida obligatoria en casos de mera estancia irregular.

SENTENCIAS ANALIZADAS

STS 366/2021, de 17 de marzo.

STJUE (Sala Sexta), asunto C-568/19, de 8 de junio de 2020.

STS 980/2018, de 12 de junio.

STJUE (Sala Cuarta), asunto C-38/14 de 23 de abril de 2015.