



Actualidad

La definitiva clarificación del régimen de expulsión de los extranjeros en situación irregular

Fernando de la Peña Pita

Abogado del Estado

Resumen: *En el último año el Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias interpretando el régimen jurídico de la expulsión de los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular a la luz de la STJUE de 23 de abril de 2015. En el presente trabajo se abordan los antecedentes legislativos y jurisprudenciales que condujeron a la sentencia comunitaria, el cambio jurisprudencial del Tribunal Supremo que se ha llevado a cabo en el último año y, como cuestión novedosa, se analiza cómo ha de procederse en caso de que se aprecie la concurrencia de las excepciones previstas en la Directiva 2008/115/CE, cuestión que ha sido definitivamente aclarada en dos recientes sentencias del Alto Tribunal dictadas en enero y febrero de 2019.*

I. Introducción

Como es sabido, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), operó una reforma en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) con el fin de reforzar el recurso de casación contencioso-administrativo como el instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del Derecho. Este sistema, que limita el acceso al Alto Tribunal a aquellos recursos que presenten interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, fue acogido con cierto recelo y no pocas dudas por parte de la comunidad jurídica. No obstante lo anterior, podemos afirmar que el nuevo sistema casacional, a pesar de presentar algunas carencias, sí que ha servido para cumplir la finalidad pretendida.

Uno de los ámbitos en que se ha dejado notar este cambio ha sido, entre otros, el del régimen jurídico de los extranjeros en España. Así, especialmente en el último año, la Sala Tercera ha dictado varias sentencias sentando jurisprudencia sobre cómo deben interpretarse las disposiciones en materia de expulsión de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (LOEx) y su Integración Social y el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento que la desarrolla.

En este sentido, por lo que hace a la expulsión fundada en la condena del ciudadano extranjero por la comisión de un delito doloso prevista en el art. 57.2 de la LOEx, la interpretación hecha en la STS n.º 893/2018, de 31 de mayo (recurso de casación n.º 1321/2017), en virtud de la cual el inciso «delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año» de dicho precepto debe ser interpretado «en el sentido de que el precepto se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente, si bien, sólo en aquellos supuestos en los que la totalidad de la pena establecida en el Código Penal sea "una pena privativa de libertad superior a un año", esto es, excluyendo aquellos delitos en los que, con independencia de máximo previsto para la pena de privación de libertad, el mínimo, igualmente previsto, es de un año o menos» ha sido objeto de bastantes críticas manifestadas tanto en los votos particulares de dicha sentencia, firmados por los Excmos. Magistrados D. Rafael Fernández Valverde y D. José Juan Suay Rincón, como por parte de la doctrina (1) (2). En cualquier caso, esta interpretación ha sido reiterada en otras sentencias posteriores como las SSTS n.º 962/2018, de 11 de junio (recurso de casación n.º 1202/2017), n.º 1135/2018, de 3 de julio (recurso de casación n.º 1214/2017) y n.º 1653/2018, de 22 de noviembre (recurso de casación 3058/2017), de modo que podemos afirmar sin temor a error que existe jurisprudencia aclarando definitivamente esta cuestión.

Pues bien, algo parecido ha ocurrido en el último año con la expulsión de extranjeros que se encuentran en España en situación irregular, conforme a los arts. 53.1.a) y 57.1 de la LOEx, a la que nos vamos a referir en estas líneas, cuya interpretación ha quedado definitivamente aclarada en nuestro ordenamiento, tras unos años de cierta inestabilidad e inseguridad jurídica.

II. Situación de partida

La LOEx en el art. 53.1.a) prevé como infracción grave: «Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente». Por su parte en el art. 55 de la misma establece que las infracciones graves se sancionan con multa de 501 a 10.000 euros y que para la graduación de las sanciones se ha de tener en cuenta el principio de proporcionalidad. Y, en fin, el art. 57.1 de dicho cuerpo legal dispone que «en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción».

Apreciada la estancia ilegal en España, procede la expulsión

En aplicación de estos preceptos, la jurisprudencia patria sostuvo durante muchos años que, en los supuestos de irregularidad, la sanción principal era la pecuniaria, mientras que la expulsión exigía una motivación específica que debía venir fundada en la concurrencia de datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias personales. Así, por ejemplo, las SSTS de 27 de abril de 2007 (recurso de casación n.º 9812/2003), de 27 de mayo de 2008 (recurso de casación n.º 5853/2004) y de 28 de noviembre de 2008 (recurso de casación n.º 9581/2003), entre otras.

III. Revés europeo a la legislación española en la materia

Siendo ésta la interpretación uniforme que los tribunales venían haciendo a partir de la LOEx, a raíz de una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), dictó una Sentencia de 23 de abril de 2015, en el asunto C-38/14 (caso Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa contra Samir Zaizoune), en la que trastocó por completo el sistema español que acaba de exponerse.

En dicha sentencia, tras analizar la normativa española, el TJUE dijo que el art. 6 de 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, *«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»*, que *«una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno»* y que *«los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil»*.

Así las cosas, el TJUE concluyó 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, 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»*.

Tras la STJUE de 23 de abril de 2015, la mayor parte de Salas territoriales asumieron esta nueva doctrina si bien hubo algunas que se opusieron a la posición sentada por el TJUE (*vid...* Sentencia n.º 294/2017, de 26 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid o la Sentencia n.º 293/2016, de 15 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco), generando bastante incertidumbre a los operadores jurídicos, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica.

IV. Posición de la Sala Tercera del Tribunal Supremo

A esta disparidad de criterios se ha enfrentado el Alto Tribunal en el último año resolviendo varios recursos de casación que han permitido a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo aclarar definitivamente la cuestión sentando una jurisprudencia clara para garantizar la uniformidad en la interpretación judicial del Derecho y la efectividad del principio de seguridad jurídica.

El hito que ha marcado el cambio jurisprudencial en la Sala Tercera ha sido la STS n.º 980/2018, de 12 de junio (recurso de casación n.º 2958/2017), en la que tras el examen de los argumentos de las partes, fijó la siguiente interpretación: *«que lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concorra un supuesto de estancia irregular, salvo que concorra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución»*.

Esta interpretación ha sido reiterada con posterioridad en otras como las SSTS n.º 1716/2018, de 4 de diciembre (recurso de casación n.º 5819/2017), n.º 1817/2018, de 19 de diciembre (recurso de casación n.º 5248/2017) y n.º 1818/2018, de 19 de diciembre (recurso de casación n.º 6533/2017), de manera que podemos considerar que ya existe jurisprudencia propiamente dicha en los términos del artículo 1.6 del Código Civil.

Ahora bien, la nueva corriente jurisprudencial no acababa de ser plenamente satisfactoria puesto que dejaba en el aire una cuestión no menor y es la de qué debe hacerse en los casos en los que se aprecie la concurrencia de alguna de las excepciones previstas en el art. 5 y los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva 2008/115.

Por un lado, el artículo 6, apartados 2 a 5, de la Directiva 2008/115 establecen los siguientes supuestos en que los Estados miembros pueden adoptar una decisión de no retorno:

— Que los extranjeros irregulares sean titular de un *«permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro»*, en cuyo caso *«se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro»*, añadiendo que *«en caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional»* se procederá a dictar a una decisión de retorno.

— Que otro Estado miembro se haga cargo del ciudadano extranjero en virtud de acuerdos o convenios bilaterales vigentes a la fecha de entrada en vigor de la Directiva.

— Que concurren razones humanitarias o de otro tipo, supuesto en el que los Estados miembros pueden conceder al

interesado un permiso de residencia o autorización de estancia.

— Que el ciudadano extranjero tenga pendiente un procedimiento de renovación del permiso de residencia o autorización de estancia, en cuyo caso razones de prudencia permiten que el Estado miembro considere la posibilidad de abstenerse de acordar la expulsión hasta que finalice dicho procedimiento.

En estos casos, salvo quizás el relativo a la apreciación de razones humanitarias, la forma de proceder, a mi juicio, plantea pocas dudas puesto que es la propia Directiva la fija la actuación a seguir. Sin embargo, el art. 5 de la Directiva 2008/115 no conduce a conclusiones tan claras. Dicho precepto establece que: «*Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta: a) el interés superior del niño, b) la vida familiar, c) el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate, y respetarán el principio de no devolución*».

Es aconsejable una reforma de la LOEx

Esta disposición establece una serie de parámetros a valorar por los Estados miembros a la hora de adoptar una decisión de expulsión, pero no aclara de manera terminante cómo se ha de proceder en los casos en los que se aprecie que concurre alguno de los motivos de no devolución previstos en la Directiva de retorno. Ante esta incertidumbre, se han sostenido dos posturas: la de los que eran partidarios de no acordar la expulsión en atención al principio de no devolución y la de los que consideraron que estos elementos a tener en cuenta debían ser empleados como criterios para enjuiciar si, en atención al principio

de proporcionalidad, debía sustituirse la expulsión por la sanción pecuniaria. Como defensora de esta última posición, cabría mencionar a título de ejemplo la Sentencia n.º 136/107, de 22 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, que, en atención al interés superior del menor y vida familiar previstos en la Directiva 2008/115, acordó la procedencia de sustituir la expulsión por una multa de 600 euros.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha dado por fin respuesta a esta cuestión en dos recientes sentencias que aclaran definitivamente el modo en que la Administración y los Tribunales han de proceder en estos casos. Se trata de las SSTS n.º 38/2019, de 21 de enero de 2019 (recurso de casación n.º 4856/2017) y n.º 153/2019, de 8 de febrero (recurso de casación n.º 4666/2017).

En estas sentencias, la Sección 5ª de la Sala Tercera del Alto Tribunal concluye que tales supuestos «*permiten valorar en cada caso la situación particular del extranjero sujeto a la expulsión y su inclusión en alguno de los supuestos que propician la aplicación del principio de no devolución, pero que no constituyen elementos a valorar a efectos de ponderar la aplicación alternativa de la expulsión o la sanción de multa en atención al principio de proporcionalidad o, en otras palabras, el examen de la concurrencia de tales excepciones y supuestos de no devolución no puede plantearse como criterio de motivación y proporcionalidad a modo de la jurisprudencia anterior a la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, para determinar la aplicación alternativa de la sanción de expulsión o la pecuniaria, lo que resultaría contrario al Derecho comunitario, sino que operan, al margen de la decisión de retorno, como tales excepciones a la procedencia de la expulsión, cuando se aprecia su concurrencia en el procedimiento correspondiente. Así se pone de manifiesto en el supuesto previsto en el art. 6.4 (aplicado por la sentencia recurrida) cuando señala que en tal caso no se dictará ninguna decisión de retorno y, de haberse dictado, se revocará o suspenderá*».

O dicho en otras palabras, si se aprecia la concurrencia de alguna de las excepciones contempladas en los arts. 5 y 6 de la Directiva 2008/115, debe acordarse la improcedencia de la expulsión, sin que pueda optarse por la imposición de multa, que ha quedado proscrita.

A modo de conclusión podemos decir que, en sus últimas sentencias, la Sala Tercera ha aclarado definitivamente, o al menos por el momento, el régimen jurídico de expulsión de los extranjeros que se encuentran en situación irregular en territorio español, en el sentido de que, apreciada la estancia ilegal en España, procede la expulsión salvo que concurren los supuestos de excepción establecidos por el legislador comunitario, sin que quepa ya plantearse si subsiste la posibilidad de sancionar la irregular con sanciones pecuniarias en atención al principio de proporcionalidad.

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que la LOEx sigue contemplando esta posibilidad, por lo que resulta aconsejable una reforma de dicho texto legal que adapte la normativa española en materia de extranjería al régimen establecido en las Directivas comunitarias tal y como ha sido interpretado tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal Supremo español, a fin de garantizar la efectividad del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución española.

NOTAS

- (1) MUÑOZ PEDRAZ, ANA (2018). «La expulsión del extranjero por motivos de orden público». *Actualidad administrativa*, nº 12, 2018.
[Ver Texto](#)
- (2) OLIVÁN DEL CACHO, JOSÉ JAVIER (2018). «La expulsión de los extranjeros que cometan delitos dolosos castigados con pena privativa de libertad superior a un año: la controvertida limitación del ámbito de aplicación del art. 57.2 de la Ley de Extranjería». *Boletín Digital Contencioso. Asociación Judicial Francisco de Vitoria*. Nº 26, Septiembre de 2018.
[Ver Texto](#)