

Madrid, 27 de mayo de 2015

**Circular: nº 43/2015**

**EXCMO. SR. CONSEJERO  
CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA**

**Asunto: "ARGUMENTARIO A LA SENTENCIA DE 23 ABRIL 2015 DEL TJUE"**

Estimado Consejero y amigo:

Como es de público conocimiento, el pasado 23 de abril el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó una sentencia, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco ante el TJUE, que de una primera lectura parece desautorizar la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia sobre la preferencia de la multa, como sanción más proporcionada, frente a la expulsión con prohibición de entrada, de un extranjero en mera y simple situación irregular.

Dada la incertidumbre creada entre compañeras y compañeros por el contenido de esta Sentencia, es por lo que hemos entendido procedente elaborar esta Circular en la que se dan una serie de orientaciones para afrontar la situación creada por esta Sentencia, al menos transitoriamente, en tanto haya nuevos pronunciamientos jurisprudenciales que aclaren una situación que ha devenido enormemente confusa.



Fdo.: F. Javier Lara Peláez  
Presidente de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita  
del Consejo General de la Abogacía Española



## “ARGUMENTARIO A LA SENTENCIA DE 23 ABRIL 2015 DEL TJUE”

En ella se dan una serie de orientaciones para afrontar la situación creada por esta Sentencia, al menos transitoriamente, en tanto haya nuevos pronunciamientos jurisprudenciales que aclaren una situación que ha devenido enormemente confusa:

### I.- El contenido de la STJUE de 23 de abril no afecta a la actual doctrina para los supuestos de mera estancia irregular.

Consideramos, y así lo haremos saber a los Juzgados y Tribunales en que se estén dirimiendo casos similares, que **el contenido de la STJUE de 23 de abril no afecta a la actual doctrina establecida por el TS y los TTSSdJ para los supuestos de mera estancia irregular**, que, en esencia, responde a la aplicación a los procedimientos de extranjería de los principios de proporcionalidad y motivación de las resoluciones que se adopten por la autoridad gubernativa, y que, en consecuencia, **la conjunta aplicación de los arts. 53.1.a) y 55.1.b) de la L.O. 4/2000** (que reservan la sanción de multa para la mera estancia irregular) **en relación con el art. 24.1 y 2 del R.D. 557/2011** (que establecen la salida obligatoria con la advertencia de su cumplimiento voluntario en el plazo que se determine, con una extensión máxima de quince días) **es conforme con las previsiones de los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.**

La Sentencia debe ser valorada por los Juzgados y Tribunales que la apliquen conforme a las alegaciones que se hagan, y de conformidad al Derecho, por lo que **se propone un argumentario orientativo**, a continuación de la presente, en el que se hace valer esta postura.

Asimismo, en las vistas judiciales y en los recursos de apelación podrán incluirse todos los argumentos expuestos en ese modelo, así como la propuesta de nuevas cuestiones de previo pronunciamiento por parte del TJUE que ayuden a calificar la interpretación conforme a derecho del tema objeto de controversia.

### II.- Vigencia y valor de otras excepciones y derechos.

Todo ello, por supuesto, no debe oscurecer el resto de alegaciones o de cuestiones que se produzcan en cada caso, y que deben seguir teniéndose en cuenta en virtud de la vigencia constitucional del principio de proporcionalidad o simplemente de la superioridad jerárquica de otros valores jurídicos distintos y que en estos casos puedan aparecer como contrarios al derecho y obligación del Estado al control de flujos migratorios, tales como los derechos de los menores, las familias, el derecho de asilo y el principio de non refoulement, etc. etc.



### III.- Argumentario frente a la posible aplicación de la STJUE de 23 de abril a los concretos casos litigiosos:

1.- Consideramos que **el contenido de la STJUE de 23 de abril no afecta a la actual doctrina establecida por el TS y los TTSSJ para los supuestos de mera estancia irregular**, que, en esencia, responde a la aplicación a los procedimientos de extranjería de los principios de proporcionalidad y motivación de las resoluciones que se adopten por la autoridad gubernativa, y que, en consecuencia, **la conjunta aplicación de los arts. 53.1.a) y 55.1.b) de la L.O. 4/2000** (que reservan la sanción de multa para la mera estancia irregular) **en relación con el art. 24.1 y 2 del R.D. 557/2011** (que establecen la salida obligatoria en el plazo que se determine, con una extensión máxima de quince días, con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación) **es conforme con las previsiones de los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.**

La Directiva 2008/115/CE sobre retornos ofrece como respuesta a las situaciones de irregularidad varias opciones:

- a) **Prioridad de la opción del retorno voluntario**, que en la propia Directiva aparece como “principal” y “deseable”, de acuerdo con el Considerando 10 y al disponer el art. 6.1 que deberá ser adoptada en los supuestos de estancia en situación irregular una decisión de retorno, con establecimiento en el art. 7.1 de un plazo adecuado para la salida voluntaria.
- b) Como fase sucesiva a la decisión de retorno y ante el incumplimiento del plazo de salida voluntaria: la expulsión y adopción de medidas limitativas de derechos y más en concreto la privación de libertad se contempla como última ratio para los casos más graves o de incumplimiento voluntario de las decisiones de retorno (art. 8 de la Directiva).
- c) La implementación de autorizaciones de contenido compasivo, humanitario o de análogo tipo que permitan la permanencia temporal en España del extranjero en situación regularizable o en los supuestos de inexpulsabilidad (art. 6.4 de la Directiva).

La conclusión a la que llega la STJUE de 23 de abril de 2015 debe considerarse que aparece como viciada por partir, en cuanto al Derecho español se refiere, de una premisa incompleta: siendo cierto que, como se repite en varias ocasiones en la STJUE, que *“la normativa nacional ... permite sancionar la situación irregular de un extranjero ... con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión”*, resulta incompletamente planteada la cuestión al emplearse el adverbio **“exclusivamente”** al acotar la sanción de multa, ya que **la declaración de estancia irregular con sanción de multa que permite imponer la L.O. 4/2000 a las situaciones de mera estancia irregular (lo que**



constituye la decisión de retorno que se describe en el art. 3.4 de la Directiva) tiene implícita la consecuencia de apercibimiento de salida del territorio nacional en el plazo que se establezca en la resolución sancionadora que, en todo caso, será por un máximo de quince días, con advertencia de expulsión (art. 24.1 y 2 del R.D. 557/2011, con lo que se da observancia a la previsión del art. 7.1 de la Directiva).

En puridad, en el sistema sancionador español la resolución gubernativa que sanciona la “mera estancia irregular” no solo contiene una multa económica (que es la premisa incompleta de la que se parte en la STJUE), sino que conlleva asimismo e imperativamente “la obligación legal de abandono del territorio español en el plazo de 15 días naturales, con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación.”

Seguramente, hasta ahora por motivos obvios -al contar con la sanción principal multa- quizás no se le había dado la suficiente importancia al resto del contenido de la resolución gubernativa –por la que preceptivamente se impone la obligación de salida del territorio nacional y se confiere plazo para ello-. Pero desde luego, en nuestro criterio, la precisión de que la sola estancia irregular no está “exclusivamente” sancionada con multa, sino que, además, la sanción incluye la obligación de salida del territorio nacional en el plazo que se establezca en la resolución sancionadora con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación, permite matizar la cuestión planteada por el TJPV y la respuesta del TJUE:

- a) **Lo excluyente en el momento inicial de la fijación de la sanción por la estancia irregular -multa/expulsión- no impide lo sucesivo en el tiempo** –que, si por el sancionado con multa por estancia irregular no da cumplimiento voluntario dentro del plazo que se le confiera a la obligación de salida del territorio nacional, sea expulsado (resultando respetada la previsión del art. 8.1 de la Directiva)-, no debiendo escapar a general percepción que el concepto de “excluyente” en la pregunta inicialmente propuesta por el TSJPV o no estaba exactamente planteada en la forma que se recoge en la STJUE o no se entendió adecuadamente por el TJUE.
  
- b) Con la imposición de la sanción de multa a la sola estancia irregular, **la decisión de retorno no se aplaza, sino que la “orden de retorno ó de salida obligatoria” acompaña a la propia sanción de multa**. Lo que queda para una segunda fase, tal y como señala la Directiva en su art. 8.1, es su ejecución en caso de incumplimiento mediante el correspondiente procedimiento de expulsión. Nuestro sistema incluso puede ser más gravoso al resolver la decisión de retorno –salida obligatoria- a la que se añade una “multa económica”.



La Directiva 2008/115, permite diseñar el procedimiento de decisión de retorno en una única fase, pero desde luego lo que obliga, al menos para los supuestos de mera estancia irregular, es que el procedimiento diseñado permita la posibilidad de que el extranjero pueda ejercer la opción de salida o retorno voluntario. Solo en caso de incumplimiento deberá abrirse la segunda fase de ejecución o expulsión. Y, como se ha glosado *supra*, la previsión del Derecho español de sancionar la estancia irregular con multa con el apercibimiento de abandono voluntario (en realidad salida obligatoria o imperativa) del territorio nacional en el plazo que se establezca con un plazo máximo en todo caso de quince días, es acorde con los arts. 6.1 y 8.1 de la Directiva, sin que se oponga tampoco a su art. 4. 2 y 3, toda vez que la decisión de retorno por estancia irregular que se sanciona en la L.O. 4/2000 con multa y con apercibimiento de abandono del territorio nacional es más gravosa que la prevista en la Directiva –previendo ésta únicamente la obligación de retorno con el apercibimiento de salida voluntaria del territorio nacional-.

De ahí que en el sistema español la duplicidad de procedimientos ordinario-preferente permite salvar el contenido de la Directiva en cuanto a las previsiones de sus arts. 6 y 7 (decisión de retorno y salida voluntaria) y 8 (expulsión), siempre que en los supuestos de mera estancia irregular el procedimiento sea el ordinario que ofrece la posibilidad del retorno voluntario ordenado por la Directiva y sin prohibición de entrada. La elección en estos supuestos de mera estancia irregular del procedimiento preferente, que impide esa posibilidad, vulnera sin duda el espíritu y contenido de la Directiva.

Por ello, en los litigios en los que se discute sobre una situación de mera estancia irregular se plantea desde un primer momento la nulidad del procedimiento preferente elegido, que vulnera el derecho del expedientado –derecho consagrado explícitamente en la Directiva– a optar por la salida voluntaria en caso de producirse una definitiva decisión de retorno y siempre que no pueda ser autorizado por las razones excepcionales que señala la Directiva, compasivas, humanitarias u de otro tipo a permanecer en España con carácter provisional temporal.

Por todo lo expuesto entendemos que la STJUE no hace variar en esencia el sistema jurisprudencial construido por la doctrina del Alto Tribunal durante los años 2005-2007, fechas en que todavía no estaba publicada la Directiva, como tampoco afecta a la doctrina elaborada por los diversos Tribunales Superiores de Justicia durante el tiempo en que la Directiva ya había desplegado sus efectos.

No obstante y si subsidiariamente a lo alegado, quedara algún tipo de duda interpretativa de la Directiva, en nuestro criterio parecería por tanto oportuno dirigir de nuevo una **cuestión prejudicial** al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que pudiere aclarar la cuestión, con el siguiente tenor:



**"1. Si una normativa que permite sancionar, en los supuestos de mera estancia irregular, con una multa pecuniaria y la obligación legal de abandonar el territorio en el plazo de 15 días naturales, con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación, se opone a las previsiones de los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115/CE".**

**2. Si una normativa que, en los supuestos de mera estancia irregular, diseña un procedimiento en una única fase, que impide al extranjero optar por la salida voluntaria se opone a las previsiones del artículos 7.1, 6.4 y 6.5 de la Directiva 2008/115/CE".**

Entendemos que este asunto tiene una gran trascendencia y merecería el planteamiento de las cuestiones que sean precisas para tratar de encontrar una solución ajustada a derecho.

**2.- Irretroactividad de la Sentencia a los procedimientos comenzados antes del 23 de abril de 2015.**

Por otra parte, y aunque la argumentación sea menos sólida, dada la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (**Asunto Del Rio Prada vs España, Sentencia 42750/09 del TDDHH de 21/10/2013**), que considera que – como si fueran una fuente más de derecho -- no cabe, en el terreno sancionador, aplicar la doctrina o la interpretación de la Ley emanada de cambios jurisprudenciales, sea por el mismo Tribunal o por Tribunal Superior, de forma retroactiva, por mucho que se alegue que no se trata de cambios de ley sino de interpretación de la misma, y por ello debe tenerse en cuenta que si la Sentencia del TJUE se interpreta como un cambio doctrinal que conduce materialmente a la capacidad subjetiva de previsibilidad de las consecuencias de la infracción, se interprete como se interprete o se solvete como se solvete la cuestión supra planteada, puede argumentarse que no debiera tener ningún tipo de carácter retroactivo, dado que nos encontramos dentro del ámbito del derecho sancionador y por tanto no debiera ser aplicable a los casos de mera estancia irregular apreciados o denunciados en procedimientos administrativo iniciados antes del 23 de abril de 2015.

Subcomisión de Extranjería del CGAE