



2 0 2 0
L U M E N



LA EXPULSIÓN COMO ARMA CONTRA LA ESTANCIA IRREGULAR

Informe técnico

SUMARIO

Introducción

1. Contexto y situación: ¿Qué establece la Ley de Extranjería sobre la estancia irregular?
2. La sanción de multa y la infracción por estancia irregular
3. La multa y la expulsión en la Directiva europea de retorno.
 - La sentencia del TJUE de 2015
 - La sentencia del TJUE de 2020
4. Preguntas y posicionamiento

Introducción

La estancia irregular es un elemento que debe tomarse en cuenta cuando dibujamos el mapa de la realidad migratoria. Las personas que entran y residen en un país de forma irregular viven situaciones de vulnerabilidad creciente. En España se calcula que están residiendo unas 500.000 personas de forma irregular, una situación que puede verse acentuada a causa de la crisis sanitaria.

La Ley de Extranjería española recoge esta situación administrativa irregular como una infracción grave. Describiremos qué establece la Ley de Extranjería sobre la estancia irregular en cuanto a la sanción de multa o expulsión, poniendo el acento en las sentencias del TJUE de 2015 y de 2020, para finalmente plantear algunas reflexiones y un posicionamiento.

1. ¿Qué establece la Ley de Extranjería sobre la estancia irregular?

Todo el título III de la [Ley Orgánica 4/2000](#), de Extranjería (en adelante, la "LOEx"), está dedicado a las infracciones y su régimen sancionador. Las normas que se regulan ahí prevén cómo se debe ejercer la potestad sancionadora por la comisión de infracciones de ámbito administrativo y las correspondientes sanciones que dichas infracciones llevan consigo.

Entre ellas, las infracciones graves están recogidas en el artículo 53 de la LOEx. La más importante de las infracciones graves, por las ocasiones que se infringe y se castiga en la práctica, es la definida en la letra a) del párrafo primero: se considera infringido el ordenamiento jurídico de extranjería con la estancia irregular en España de una persona extranjera.

El artículo 53.1 a) dice que esta infracción grave consiste en encontrarse irregularmente en territorio español, por carecer de autorización de residencia, no haber obtenido su prórroga, o tenerla caducada más de tres meses y siempre que no se haya solicitado la renovación de la misma en plazo.

Por lo tanto, para ser probada, la infracción necesita unos requisitos más bien objetivos: ausencia de autorización, no prórroga, no solicitud, tres meses de caducidad. Estos requisitos son fácilmente comprobables con independencia de las circunstancias personales del sujeto infractor.

Los artículos 55 y 57 de la LOEx describen las sanciones que hay que imponer correspondientes a esta infracción, que son dos:

- La multa económica, de 501 a 10.000 €. Sanción principal.
- La expulsión de territorio. Sanción secundaria, incompatible con la multa.

2. *La sanción de multa y la infracción por estancia irregular*

En el sistema diseñado por la Ley de Extranjería, para la infracción del artículo 53.1a, la situación de la mera estancia irregular, la sanción de multa es la sanción principal, y solamente de forma subsidiaria y alternativa se puede adoptar la sanción de expulsión (art. 57.1).

Son de especial relevancia, a su vez, los siguientes artículos de la LOEX:

- Art. 57.3.- *"En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa"*
- Art. 55.3.- *"Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia"*
- Art. 55.4.- *"Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor"*

Además de los criterios de graduación que se acaban de mencionar, se deben valorar también, por lo que establece el artículo 57.5, circunstancias de la situación personal y familiar del infractor para imponer o no la sanción de expulsión en vez de la de multa. Estas circunstancias son:

- Haber nacido en España y haber residido legalmente durante los últimos cinco años.
- Ser residente de larga duración.
- Haber sido español de origen y haber perdido la nacionalidad española.
- Ser beneficiario de una prestación económica de la Seguridad Social o asistencial de carácter público.

→ Ser una mujer embarazada.

Debe considerarse también que un principio fundamental que incorpora la Ley de Extranjería es el «principio pro integración» de la persona extranjera, lo que se añade también a la valoración para aplicar la multa en vez de la expulsión.

Por todas estas razones, el expediente iniciado por la supuesta situación de irregularidad **no necesariamente debe acabar con una resolución de expulsión**¹.

El cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad hace que la expulsión, dada su intensidad, solo debería imponerse en los supuestos más graves y que la multa sea la sanción principal.

Sin embargo, la realidad de los hechos es que, ante la situación de estancia irregular, la administración prefiere la imposición de la sanción de expulsión. **Lo que en la literalidad de la ley es sanción secundaria, la práctica administrativa lo ha convertido en sanción principal.**

3. La multa y la expulsión en la Directiva europea de retorno.

a. La sentencia del TJUE de 2015

La [sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(TJUE\), de 23 de abril del 2015](#) dictaminó que la existencia de la sanción de multa para castigar la mera estancia irregular, en vez de la sanción de expulsión, es contraria la normativa europea sancionadora. Por tanto, en una primera lectura de esta sentencia, en principio debía ser aplicada de forma principal la sanción de expulsión.

La sentencia del TJUE interpretó la [Directiva 2008/115/CE, de normas sobre retorno de extranjeros en situación irregular](#), para comprobar el encaje de la norma española en el ordenamiento comunitario. Así, la Directiva europea ofrece como respuesta a las situaciones de irregularidad varias opciones:

- Prioridad de la opción del **retorno voluntario**, que en la propia Directiva aparece como «principal» y «deseable», de acuerdo con el considerando 10 y el artículo 6.1. La decisión de retorno voluntario deberá ser adoptada en los supuestos de estancia en situación irregular, con un plazo adecuado para la salida voluntaria (art. 7.1).
- Como medida posterior 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

¹ Por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en [la Sentencia de 22 de marzo de 1993](#), declaró que resulta contrario a la Constitución española sancionar a una extranjera por permanecer en España habiendo expirado su permiso de residencia, pese a que alegó que había solicitado su renovación. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional afirmó que la legalidad de la medida de expulsión depende de si se presentan realmente hechos determinantes, que deben probarse en el expediente administrativo. Y también depende de que se justifique razonadamente que, en vez de imponer la multa hay que imponer la expulsión.

privación de libertad –el internamiento– se contemplan como último recurso para los casos más graves o de incumplimiento voluntario de las decisiones de retorno (art. 8 de la Directiva).

La conclusión a la que llegó la sentencia del TJUE de 23 de abril del 2015 es que la normativa española que permite sancionar la situación irregular de un extranjero con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión, **es contraria a la Directiva europea**.

Desde 2015, el Tribunal Supremo español se dedicó a la tarea de adaptar la jurisprudencia a este nuevo escenario: la multa, aparentemente, dejó de ser una opción para sancionar la estancia irregular. De entre las sentencias más recientes, la del [Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2019](#) (en adelante, la "sentencia del TS") resumía los criterios con los que los tribunales españoles debían aplicar la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015.

En el caso estudiado por la sentencia de 15 de octubre de 2019, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante, el "TSJ de Madrid") se apartaba de la doctrina de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 y sanciona la estancia irregular de una ciudadana extranjera con multa y no con expulsión ¿Por qué? En pocas palabras: precisamente porque así sanciona la Ley de Extranjería la infracción. Ante la posibilidad que plantea el art. 57.1 de la LOEx, el TSJ de Madrid optó por imponer la sanción de multa.

Según este artículo 57.1 de la LOEx, la sentencia del TSJ de Madrid sería impecable. El TSJ de Madrid esgrimió dos argumentos fundamentales para optar por la multa en vez de la expulsión:

- Que, en aplicación del principio de proporcionalidad, no concurrían elementos negativos en el caso concreto que hicieran proporcionada la sanción de expulsión.
- Que debe aplicar el derecho interno español en perjuicio del derecho europeo, por el carácter más ventajoso de la normativa española y que no aplicar la ley española supondría violar la seguridad jurídica y la legalidad.

El esfuerzo de la sentencia del TS es reconducir esta aparente contradicción entre la aplicación del art. 57.1 de la LO 4/2000 y la Directiva europea. ¿Cómo lo hace? Afirmando que la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 no cerró la posibilidad a establecer una salida diferente de la expulsión. Efectivamente, el TJUE dijo que lo previsto en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva 2008/115/CE permite hacer excepciones a la imposición de la expulsión como sanción contra la infracción de estancia irregular.

Estos apartados recogen los **supuestos en que sí se puede acordar no expulsar**:

- El caso de los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y sean titulares de un permiso de residencia válido u otra autorización que otorgue un derecho de estancia expedido por otro Estado miembro
- El caso de un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio si otro Estado miembro se hace cargo del mencionado nacional en virtud de acuerdos o convenios bilaterales

- El caso de conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia por razones humanitarias o de otro tipo.
- El caso del nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro y tiene pendiente un procedimiento de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia.
- Los casos en que concurran supuestos de no devolución por interés superior de un menor, vida familiar y estado de salud.

Según el Tribunal Supremo, la multa no seguía siendo una alternativa a la expulsión. Para hacer compatible la normativa española con la Directiva 2008/115/CE, la multa desaparecía como alternativa. Esto no significaba que no hubiera alternativa a la expulsión. Es decir, la expulsión se debía imponer siempre, excepto que concurrieran las excepciones de la Directiva y la expulsión ya no pudiera hacerse efectiva.

Dicho esto, el Tribunal Supremo no aclaraba exactamente cuáles son las alternativas en caso de que se decida no expulsar. Ya sabíamos que la multa no era una opción, pero entonces ¿cuál era la alternativa a la expulsión? De la Directiva se puede deducir que se trataría básicamente de dos alternativas: o el traslado al Estado miembro que corresponda (supuestos i y ii del art. 6, expuestos más arriba) o la concesión de una autorización de residencia o estancia por razones humanitarias o por aplicación del principio de no devolución (supuestos iii, iv y v).

b. La sentencia del TJUE de 2020

Cinco años después de la sentencia europea inicial, la [sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020](#), que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, corrigió la propia jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo desde 2015.

En síntesis, la sentencia de 8 de octubre de 2020 insiste en la controversia entre la previsión sancionadora de la Ley de Extranjería y la Directiva 2008/115/CE. Tal y como el tribunal hizo en abril de 2015, en esta ocasión confirma su criterio de que la legislación española no es acorde con la Directiva europea. Por tanto, sancionar con una multa económica la infracción de estancia irregular queda fuera del ordenamiento jurídico comunitario.

Sin embargo, como se ha dicho, corrige a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El TJUE afirma que no se puede aplicar directamente la Directiva europea a un ciudadano particular, cuando además la aplicación de la Directiva es menos favorable para él que la aplicación de la ley nacional; en este caso la Ley de Extranjería. Por eso, en supuestos de mera estancia irregular, sin que concurran en la persona infractora otros datos negativos, debe regir el principio de proporcionalidad y se puede imponer la sanción de multa, tal y como ya establece la ley española.

El TJUE añade que el problema jurídico planteado en el fondo no es tanto que los ciudadanos extranjeros reclamen ser sancionados con multa y eludan así la expulsión u orden de retorno. El problema de fondo es que la ley de extranjería española no se ha reformado desde la publicación de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 y se encuentra aún en abierta contradicción con el derecho comunitario.

Así, el TJUE está declarando que se aplique la ley de extranjería, que es más favorable para la persona migrante. Y que para que la ley de extranjería no siga contradiciendo la Directiva, envía un mensaje al legislador español para que reforme la ley, adecuándola definitivamente a la Directiva.

En conclusión y en congruencia con la sentencia del TJUE de 8 de octubre de 2020, mientras la Ley de Extranjería mantenga el sistema actual del art. 57.1, los tribunales españoles deberán permitir imponer la sanción de multa y no la de expulsión en los casos de mera estancia irregular, sin otras circunstancias negativas que consten en la persona. Estas circunstancias, entre otras, pueden ser:

- Presencia de antecedentes penales en España
- Entrada irregular a territorio
- Ausencia de residencia legal previa
- Uso fraudulento de otra nacionalidad
- Existencia de una prohibición de entrada anterior
- Incumplimiento de una obligación de salida
- Ausencia de vínculos familiares, falta de arraigo

En este sentido, se puede afirmar que **la sentencia del TJUE de 8 de octubre permite volver al sistema sancionador anterior a 2015: primero multa y solo después, expulsión**. En efecto, en fecha 23 de octubre de 2020, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras ha dictado la Instrucción núm. 11/2020, interpretando los "efectos" de la sentencia europea sobre los procedimientos sancionadores por infracción al artículo 53.1a) de la LOEx. En esta Instrucción se recogen algunas de las circunstancias agravantes que permitan imponer o no la sanción de expulsión en vez de la de multa y que se han indicado anteriormente.

Después de esta descripción de la controversia jurídica planteada, por el momento queda clara la respuesta aplicable a los casos desde octubre de 2020: ante la situación de simple estancia irregular, la sanción aplicable en primer lugar debe ser la multa y solamente en defecto de la multa, la expulsión.

Si se considera que mantener esta situación no es deseable, ya que contradice abiertamente lo establecido en la Directiva europea, lo único que cabe es que se reforme la legislación de extranjería. O sea, la cuestión ya no debería seguir pasando de un tribunal a otro. Ya no debería seguir dependiendo de algún criterio jurisprudencial más o menos garantista, sino que las alternativas deben quedar claramente fijadas en la ley española. Y

eso, sin contradecir la Directiva europea, por supuesto. Solamente una reforma de la Ley de Extranjería, que necesitaría una mayoría absoluta en las Cortes Generales, podría cambiar de nuevo las cosas en el futuro. En el fondo es lo que el TJUE deja entender en la sentencia de octubre de 2020: **es el gobierno español quien debe adecuar su ley nacional al ordenamiento jurídico comunitario de una vez por todas.**

4. Preguntas y posicionamiento

Mientras esto ocurre, hay algunas preguntas que parecen necesarias: **¿La estancia irregular realmente debe ser considerada como una infracción grave? ¿Debe ser castigada eventualmente con la expulsión? ¿Y aun con una multa?**

Y, por encima de estas: **¿cuál debería ser la respuesta jurídica a la simple estancia irregular de un ciudadano extranjero? Una posible respuesta precisamente podría ser no sancionar como hasta ahora. Es decir, que ante la estancia irregular, la respuesta jurídica fuera o el retorno voluntario o la regularización.** Es decir, que se promovieran programas de retorno voluntario, se facilitaran vías de reinserción en el país de origen. O, también, que se proporcionaran mecanismos de regularización. Lo que no es de recibo es seguir manteniendo a miles de personas en situación irregular, sin salidas de ningún tipo en el corto plazo.

No sancionar y regularizar, **¿es posible sin incumplir las normas de la Unión Europea?** Pues la solución de no sancionar en absoluto e incluso, de regularizar, no parece tan desacorde con el planteamiento del art. 6.4 de la Directiva 2008/115/CE, que reconoce a cada Estado miembro la potestad de, en cualquier momento, renunciar a expulsar a un extranjero en situación de estancia irregular y proporcionarle un permiso de residencia, ya sea provisional, o por razones humanitarias.

Ante la posibilidad de que una orden de expulsión no sea ejecutada, por cualquier motivo, el art. 6.4 establece entonces que se regularice a la persona extranjera, que se pongan en marcha procedimientos para concederle el derecho a permanecer en el territorio. Que las autoridades españolas ejercieran esta potestad sería perfectamente compatible con el Derecho europeo, lo único que es necesario es la **suficiente valentía y voluntad política para llevarla a cabo.**

Josetxo Ordóñez Etxeberria
Febrero 2021