

REVISTA DE ESTUDIOS FRONTERIZOS DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR

REFEG (NUEVA ÉPOCA)

ISSN: 1698-1006

GRUPO SEJ-058 PAIDI

NOTA JURISPRUDENCIAL

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS EN SITUACIÓN IRREGULAR

SSTC 47/2023, DE 10 DE MAYO (BOE 139, DE 12 DE JUNIO), 53/2023 DE 22 DE MAYO (BOE 150, DE 24 DE JUNIO), 55/2023, DE 22 DE MAYO (BOE 150, DE 24 DE JUNIO), 70/2023, DE 19 DE JUNIO (BOE 176, DE 25 DE JULIO), 71/2023, DE 19 DE JUNIO (BOE 176, DE 25 DE JULIO), 80/2023, DE 3 DE JULIO (BOE 184, DE 3 DE AGOSTO), Y 87/2023, 17 DE JULIO (BOE 205, DE 28 DE AGOSTO).

José Joaquín Fernández Alles

REFEG 11/2023

ISSN: 1698-1006

NOTA JURISPRUDENCIAL

GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LA EXPULSIÓN DE PERSONAS EXTRANJERAS EN SITUACIÓN IRREGULAR

SSTC 47/2023, DE 10 DE MAYO (BOE 139, DE 12 DE JUNIO), 53/2023 DE 22 DE MAYO (BOE 150, DE 24 DE JUNIO), 55/2023, DE 22 DE MAYO (BOE 150, DE 24 DE JUNIO), 70/2023, DE 19 DE JUNIO (BOE 176, DE 25 DE JULIO), 71/2023, DE 19 DE JUNIO (BOE 176, DE 25 DE JULIO), 80/2023, DE 3 DE JULIO (BOE 184, DE 3 DE AGOSTO), Y 87/2023, 17 DE JULIO (BOE 205, DE 28 DE AGOSTO).

Las SSTC 47/2023, de 10 de mayo, 53/2023 de 22 de mayo, 55/2023, de 22 de mayo, 70/2023, de 19 de junio, 71/2023, de 19 de junio, 80/2023, de 3 de julio, y 87/2023, 17 de julio, han sentado doctrina jurisprudencial sobre las garantías constitucionales que se reconocen a las personas extranjeras que han sido objeto de expulsión por haber incurrido en la infracción grave del art. 53.1 a) LOTC: estancia en España careciendo de permiso o autorización de la autoridad competente.

Esta doctrina jurisprudencial resulta de gran interés por afectar: a) al sistema constitucional de producción normativa en el ámbito de la aplicación del Derecho de la UE y, en particular, a las directivas y su relación con el Derecho del Estado; b) a los principios constitucionales que limitan la actuación del poder ejecutivo cuando decide si procede o no la expulsión de personas extranjeras en situación irregular; c) a los principios que rige la actividad jurisdiccional de control de legalidad de

personas extranjeras en situación irregular; y d) la configuración de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales de las personas de extranjeras en situación irregular.

1. El supuesto de hecho

La STC 87/2023, de 17 de julio, que nos sirve de referencia, resolvió el recurso de amparo interpuesto contra la resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid que decretó la expulsión de España de una persona nacional de la República Dominicana, con la prohibición de retornar al país en un plazo de tres años, al haber incurrido en la infracción grave del art. 53.1 a) LOTC, por estancia en España careciendo de permiso o autorización de la autoridad competente. Junto a la resolución de la Delegación de Gobierno, se impugnaron también las sentencias de primera instancia (Juzgado de lo Contencioso-administrativo) y de apelación (Sala de lo Contencioso-

administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) que confirmaron la citada resolución.

La recurrente alegó la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no motivar suficientemente la procedencia de la medida impuesta, y del principio de proporcionalidad en relación con el art. 25.1 CE. La Fiscalía justificó que debía otorgarse el amparo por la doble vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), al no haber motivado debidamente las resoluciones impugnadas la justificación de la expulsión, ni hecha aplicación del principio de proporcionalidad, tal y como exigen los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como la STC 47/2023, de 10 de mayo, que estimó la demanda de amparo en un supuesto similar.

Según el F.J. 3, en la STC 80/2023, de 3 de julio “al enjuiciar una demanda de amparo de contenido similar a la que aquí nos ocupa”, se declaró en su F.J. 3, apartados a) y b): “a) El presente recurso de amparo se integra dentro de una serie de recursos (...) en los que se plantea el mismo problema constitucional: órdenes administrativas de expulsión de España de nacionales extranjeros, con la consiguiente prohibición de retorno a nuestro país en un plazo determinado, por haber cometido la infracción tipificada en el art. 51.3 a) LOEx, encontrarse irregularmente en España por carecer de permiso de residencia o autorización expedida por la autoridad competente”.

2. Régimen jurídico positivo y doctrina jurisprudencial multinivel de la

expulsión de extranjeros no comunitarios en situación irregular

La medida de expulsión resulta impugnada en estos recursos aduciendo la quiebra del principio de proporcionalidad de la medida sancionadora, al entender que la interpretación sistemática de los arts. 55.1 b) y 57.1 de la LOEx, “y un correcto entendimiento de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008” (Directiva de retorno), permiten a la administración competente decretar una medida de multa en vez de la expulsión, al no concurrir circunstancias personales de agravación de la propia situación de estancia irregular del afectado que justifiquen la expulsión.

Las SSTC 80/2023 y 87/2023 de 3 de julio se integran en una serie jurisprudencial que se iniciaba con la 47/2023, de 10 de mayo, que declaró “el reconocimiento de haberse vulnerado el derecho fundamental de la parte recurrente a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE”. Esta doctrina jurisprudencial es de la mayor relevancia en el ámbito de la constitucionalidad de las expulsiones de extranjeros porque, como asegura el Tribunal Constitucional, en su F.J. 3, este Tribunal:

“ha pasado revista al marco regulador interno (LOEx) habilitante de las posibles sanciones aplicables; a los principales preceptos de la Directiva 2008/115/CE, y a la doctrina que ha ido fijando paulatinamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en respuesta al planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales por parte de los tribunales

españoles, acerca de la compatibilidad entre dicha directiva y su trasposición en el año 2009 a las disposiciones de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España .

En el caso de la jurisprudencia europea, se refiere a las STJUE de 23 de abril de 2015, asunto *Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa c. Samir Zaizoune*, C-38/14; de 8 de octubre de 2020, asunto *MO c. Subdelegación del Gobierno en Toledo*, C-568/19, y de 3 de marzo de 2022 asunto *UN c. Subdelegación del Gobierno en Pontevedra*, C-409/20.

3. Los derechos y principios constitucionales vulnerados a las personas extranjeras en situación irregular que han sido objeto de expulsión: el principio y el derecho a la legalidad sancionadora y de legalidad penal, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de proporcionalidad de la medida sancionadora

En situaciones semejantes de expulsión, las SSTC 53 y 55/2023, ambas de 22 de mayo, y así también la STC 80/2023, de 3 de julio, han acreditado la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE), “al apreciarse que la quiebra del principio de proporcionalidad de la medida sancionadora también derivaba de una motivación insuficiente de los actos impugnados”. Según el F.J. 3º de las citadas SSTC 53 y 55/2023, los actos recurridos “parten de una interpretación de la Directiva de retorno que este tribunal ha declarado ya errónea por no ajustarse a la interpretación auténtica que de la misma han verificado las SSTJUE de 8 de octubre de 2020 y de 3 de marzo de 2022, interpretación errónea que debe calificarse como

“denegación de tutela judicial efectiva del legítimo interés de la recurrente a no sufrir una sanción desproporcionada e inmotivada, interés conectado con el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE, cuya trascendencia material exige como remedio necesario la anulación definitiva de los actos lesivos”.

Y, en todas las sentencias referidas (SSTC 47/2023, de 10 de mayo, 53/2023 de 22 de mayo, 55/2023, de 22 de mayo, 70/2023, de 19 de junio, 71/2023, de 19 de junio, 80/2023, de 3 de julio, y 87/2023, 17 de julio), el Tribunal Constitucional se remite al F.J. 4 de la STC 47/2023, donde se contiene “la doctrina constitucional existente sobre el derecho a la legalidad sancionadora, como vertiente material del art. 25.1 CE”, con una fundamentación que omite su consideración de principio-derecho que deriva del principio general de legalidad, estrechamente vinculado al principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE, particularmente en lo relativo a la motivación de la decisión como justificación anudada al interés general y a los derechos de las personas.

Pues bien, según el Tribunal Constitucional, lo que justifica la expulsión de las personas extranjeras en situación irregular es la “estancia irregular” de las personas extranjeras en quienes se aprecie “circunstancia agravante o negativa”.

Y, sin embargo,

“La resolución que acuerda la expulsión no alude en su motivación a ninguna circunstancia agravante o negativa que pudiera concurrir en la recurrente; las resoluciones judiciales tampoco reflejaron

ningún elemento negativo y confirmaron la resolución de expulsión basándose en la ausencia de arraigo de la ahora demandante de amparo”

Las resoluciones judiciales impugnadas habían declarado “procedente la expulsión con fundamento en la aplicación directa de lo dispuesto en el art. 6.1 de la Directiva 2008/115/CE y en que la recurrente carecía de arraigo en España”, olvidando que, en nuestro ordenamiento jurídico, “no está prevista la sanción de expulsión para los supuestos de mera estancia irregular de las personas extranjeras en quienes no se aprecie ninguna circunstancia agravante o negativa”.

4. La no aplicación de Directivas que sean menos favorables para las personas que el ordenamiento estatal

En materia de expulsiones de extranjeros, donde concurren normativamente el Derecho de la UE y el Derecho del Estado, resultan de aplicación criterios de aplicación normativa que, en defecto de una regulación precisa en las Constituciones y los tratados UE sobre los principios de primacía y efecto directo, han sido configurados jurisprudencialmente. Recordando que la compatibilidad del Derecho español con el Derecho de la UE “fue aclarada por la citada STJUE de 8 de octubre de 2020”, afirma el Tribunal Constitucional que la “interpretación de los tribunales españoles que marginaba la normativa nacional más favorable y que otorgaba un efecto directo inverso a la Directiva de retorno es errónea y contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la eficacia de esta clase de normas en los ordenamientos internos”. A tal fin, invoca una “reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia”

explicada en la STJUE de 8 de octubre de 2020, según la cual “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” (apartado 35).

En consecuencia, “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”, dado que ésta 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”.

5. Los requisitos de la expulsión: principio de proporcionalidad, procedimiento y motivación y circunstancias agravantes

Como afirma el Tribunal Constitucional, “nuestro régimen de extranjería solo justificaba y justifica la sanción de expulsión para los casos de estancia irregular, en lugar de la sanción de multa [art. 55.1 b) LOEx], ‘en atención al principio de proporcionalidad [...], previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción’ (art. 57.1 LOEx).

Si la expulsión se dicta sin concurrir “circunstancia agravante o elemento negativo que la hubiese justificado “en atención al principio de proporcionalidad”

y se basa “directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión (de expulsión)”, se infringe “la garantía material del derecho a la legalidad sancionadora de la recurrente a causa de una aplicación irrazonable de la norma sancionadora” y se incurre en “una interpretación errónea sobre la eficacia de la Directiva de retorno, a una situación de estancia irregular en tal y como dicho precepto exige para su aplicación”, el derecho del recurrente debe ser amparado por el Tribunal Constitucional.

6. La definición jurisprudencial negativa de las circunstancias agravantes

El Tribunal Constitucional toma en consideración hechos a descartar y omisiones para desmentir las circunstancias agravantes o elemento negativo. Entre los hechos a descartar se encuentran: a) no disponer de documento alguno que acredite su situación de estancia o residencial legal en España; b) que en las bases de datos a las que ha tenido acceso la administración no consta pendiente de resolver ninguna solicitud de autorización de residencia o trabajo; c) negar que se haya acreditado un especial arraigo familiar o social. Y, entre las omisiones, se cita que no se exprese “que se hubieren probado en el expediente circunstancias personales negativas distintas de la que conforma la situación de estancia irregular, susceptibles así de justificar con arreglo al principio de proporcionalidad (art. 57.1 LOEx), la medida de expulsión del país y no la sanción prevista con carácter general para dicha infracción grave del art. 53.1 a) LOEx, de multa”.

7. Defectos judiciales de calificación, congruencia y ponderación

El Tribunal Constitucional desacredita la actividad juzgadora por defectos de calificación de los hechos, de congruencia y de ponderación que inciden directamente en la aplicación incorrecta del principio de proporcionalidad y, por tanto, en el fondo de las resoluciones judiciales impugnadas. Como afirma el Tribunal Constitucional, tampoco “el juicio de ponderación puede reputarse adecuado” ni en los hechos en la aplicación de la norma:

a) Respecto a los hechos, porque tanto el juzgado de lo contencioso-administrativo, como el Tribunal Superior de Justicia, adujeron, además de la prueba de la situación de estancia ilegal y la falta de arraigo, “el hecho de que la recurrente había sido detenida en dos ocasiones, una en 2018 por un presunto delito de atentado y/o resistencia y desobediencia a la autoridad, y otra en 2019 por una agresión entre ella y su entonces pareja sentimental”, dos detenciones que no figuraban en el acto sancionador “y por tanto no pueden integrarse *ex novo* en vía judicial como fundamento de la decisión, sustituyendo así 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”, un error judicial que, además, “ignora cuál ha podido ser el recorrido judicial de los hechos por los que la recurrente habría sido detenida dos veces, ni desde luego consta que haya sido condenada penalmente por los mismos, por lo que mal puede la simple noticia de esas detenciones (con valor equivalente a una denuncia, dice el fiscal) erigirse en causa proporcional de su expulsión de España, por la única comisión del ilícito del art. 53.1 a) LOEx”.

b) Y, en la aplicación de la normas, por tres motivos: 1º) Porque el juzgado de lo

contencioso-administrativo “colige que la posibilidad de imposición de una multa, claramente fijada en los arts. 55.1 y 57.1 LOEx, queda no obstante preterida en favor de una exégesis de la Directiva de retorno y de la STJUE de 23 de abril de 2015 —asumida por el Tribunal Supremo—, que en virtud de una aplicación directa de tal directiva alcanza el resultado inexorable de la expulsión; interpretación esta que posteriormente ha matizado el propio Tribunal Europeo a partir de su sentencia de 8 de octubre de 2020”; 2º) porque, siendo “la proporcionalidad de la expulsión el

núcleo esencial de la cuestión a debatir”, y puesto que, de acuerdo con la STS de 17 de marzo de 2021, la expulsión pero condicionado a que se acrediten circunstancias agravantes, se produce un error en el juicio de proporcionalidad “al anclarla en el dato de las dos detenciones sufridas por la recurrente, hecho que ya hemos dicho no puede ser valorado a efectos de la expulsión; y 3º) porque “obvia la necesidad de aplicación del principio de proporcionalidad en favor de la multa, en los términos expuestos por la STC 47/2023”.