

Migración *sine permissum* en España: multa, expulsión y *non bis in idem* Más allá de lo constitucionalmente admisible y acorde con la normativa europea

Karlos A. Castilla Juárez*

SUMARIO: I. Introducción. II. El sistema de multa o expulsión español constitucionalmente admisible. III. El sistema de multa o expulsión español opuesto a la Directiva 2008/115/CE. IV. Frente a lo no analizado del sistema *multa-expulsión* ¿qué interpretación prevalece, la del TC o la del TJUE? V. A manera de conclusión. VI. Bibliografía.

I. Introducción

La facultad del Estado para decidir quién entra y quién permanece en su territorio ha sido históricamente vinculada con la idea de soberanía y se ha respaldado explícita o implícitamente en los textos constitucionales, sin importar la época que se analice¹, a pesar de que ética y moralmente pueda ser cuestionable². Siendo incluso, en un mundo que ha derribado fronteras económicas, jurídicas y en ciertos ámbitos políticas, uno de los últimos bastiones que sostienen la originaria concepción de soberanía³. Ni siquiera, la cesión de soberanía desde el ámbito jurídico por medio de los tratados de derechos humanos o de integración ha sido capaz de traspasar esa facultad. Lo más que en esos ámbitos se ha logrado es el establecimiento de la prohibición de negar la entrada y de expulsar a quienes

* Abogado mexicano. Doctorando Universitat Pompeu Fabra. Miembro del Grupo de Investigación Interdisciplinario sobre Inmigración (GRITIM) de la misma Universidad.

¹ Cfr. Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en el era de la globalización*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2001, pp. 77-78.

² En ese sentido, véase: Waldron, Jeremy, “Immigration: a Lockean Approach”, en *Public Law Research*, Paper No. 15-37, NYU School of Law, May 2015.

³ Cfr. Castilla, Karlos, “Igualdad y ciudadanía en un contexto de migración mundial ¿Son conceptos compatibles desde una perspectiva de derechos humanos?”, *Informe 2013 L'Estat del Racisme a Catalunya*, S.O.S. Racisme, Barcelona, 2013, p. 90.

sean nacionales del Estado que se analice, no así a otras personas que no cumplan con esa condición (atributo-derecho)⁴.

La Unión Europea (y un poco más allá de ésta)⁵, por medio del conocido como espacio Schengen, es un ejemplo que desde su insipiente surgimiento en 1985⁶ parece contradecir lo antes afirmado al haberse derribado las fronteras internas comunes entre los Estados firmantes del Acuerdo de Schengen⁷, creando una “nueva soberanía” común para decidir quién entra y permanece en el territorio de la Unión, formada por la cesión en parte de la soberanía interna de cada Estado y, con ello, autorizando la libre circulación⁸ de las personas ciudadanas de la Unión (y demás Estados firmantes)⁹, así como las autorizadas por cada uno de los Estados miembros bajo ciertas condiciones¹⁰. Con lo que, en gran medida y sólo respecto a las ciudadanas europeas (y nacionales de los firmantes), los Estados no pueden como regla general negarles la entrada, ni expulsarles. Cediendo y limitado así su facultad para determinar quién entra y permanece en su territorio nacional.

⁴ Véase, por ejemplo, el contenido del artículo 3 del Protocolo número 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe la expulsión de nacionales; así como de los artículos 5.2 f) del referido Convenio; 4, del mencionado Protocolo 4, y 1, del Protocolo número 7 del Convenio Europeo ó el 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establecen algunas garantías que deberán observarse para la expulsión de extranjeros.

⁵ En la actualidad, el espacio Schengen está formado por 26 países europeos (de los cuales 22 son Estados miembros de la UE): Bélgica, Chequia, Dinamarca, Alemania, Estonia, Grecia, España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, los Países Bajos, Austria, Polonia, Portugal, Eslovenia, Eslovaquia, Finlandia y Suecia, así como Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

⁶ Tratado Schengen de 1985, cuyos firmantes originales fueron: Francia, Alemania, Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos.

⁷ Véase: Comisión Europea, *La Europa sin fronteras. El espacio Schengen*, Migración y Asuntos de Interior, 2014, disponible en: http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_es.pdf (consultado el 10 de enero de 2016)

⁸ Un interesante análisis en relación a éste derechos y sus alcances en el marco de la Unión Europea en: Iglesias Sánchez, Sara, *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: El régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, Reus, Madrid, 2010, pp. 341-367.

⁹ La última ampliación del espacio Schengen tuvo lugar el 19 de diciembre de 2011, con la adhesión de Liechtenstein.

¹⁰ Vánese, por ejemplo: arts. 5 y 10 del Reglamento (CE) n° 562/2006, de 15 de marzo de 2006.

Pero eso tampoco es tan simple, ya que como antes señalé, ese último gran bastión de la soberanía del Estado aun en la Unión Europea es una realidad vigente, pues a pesar de la ciudadanía europea¹¹, quienes posean ésta sí pueden ser expulsados o se les puede negar la entrada a un Estado del que no sean nacionales¹². Con lo que, la facultad del Estado para decidir quién entra y permanece en su territorio es fuerte, vigente e innegociable en sus aspectos esenciales y finales. Ni siquiera el proceso de integración supra estatal más avanzado que se conoce en el mundo ha logrado minar la referida facultad.

A pesar de lo antes descrito, sí hay aspectos en los que se ha construido una política común que cede la facultad nacional en favor de los intereses de la Unión. Un ejemplo de eso, y que es lo que interesa en este trabajo, está contenida en la muy cuestionada¹³ 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* (Directiva 2008/115/CE ó Directiva de retorno). Con ésta, los Estados miembros de la Unión decidieron establecer una política común que en gran medida representa renunciar a una parte de su facultad para decidir quién permanece en su territorio, para someter esa facultad a lo que el Derecho de la Unión delinea cuando de migración *sine permissum*¹⁴ se trata¹⁵.

¹¹ Véase sobre ésta: Isin, Engin F. and Saward, Michael (Eds.), *Enacting European Citizenship*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013; Dolejšiová, Ditta and García López, Miguel Angel (Eds.), *European citizenship in the process of construction: challenges for citizenship, citizenship education and democratic practice in Europe* Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009.

¹² Véase en ese sentido los artículos 21, 27, 28.3, 29, 32, 33 y 35 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. Norma transpuesta en España por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

¹³ Cfr. Acosta Arcarazo, Diego, “The Returns Directive: Possible Limits and Interpretation”, en Karin Zwaan (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011, p. 8.

¹⁴ Cuando hablo de *migrante sine permissum* me refiero a todas esas personas que se encuentran en el territorio de un país que no es jurídicamente el suyo y que no cuentan con el permiso de las autoridades migratorias para estar allí o al haber vencido el permiso que en su momento autorizó su entrada, sea cual sea

Situación que podría ser evaluada de diversas formas, pero que, en todo caso, enfrenta una inmediata complejidad operativa al existir tantas políticas migratorias o de extranjería, como Estados miembros de la Unión hay¹⁶. En donde además, en algunos Estados la migración *sine permissum* es considerada como un acto delictivo¹⁷, en tanto que en otros sólo se considera como una infracción administrativa. Lo que de entrada, nos podría mostrar que el hecho que se pretende regular de manera homogénea no es considerado de igual forma en todas las latitudes de la Unión Europea, existiendo unas sociedades (representadas en sus sistemas normativos) más tolerantes o menos represivas que otras. Pero también, que esa intención unificadora del Derecho de la Unión falla en un aspecto: no parte de las mismas e idénticas bases, al no existir una política migratoria única y uniformada¹⁸ en la Unión Europea¹⁹. Lo cual, parece normal y se convierte en un círculo interminable, pues la ausencia de uniformidad se sustenta en que los Estados no están dispuestos a ceder toda su soberanía representada en esas normas en favor de la Unión,

el origen de esa ausencia o pérdida de autorización. El término migrante *sine permissum* busca sustituir al jurídicamente correcto de conformidad con la literalidad de los tratados de derechos humanos: migrante ilegal. Así como a dos de los más difundidos en sustitución de éste que se considerara con connotaciones criminales y peyorativas, como lo son: migrante irregular o migrante indocumentado. Utilizando como concepto central de ese término al *permiso*, en razón de que el derecho de circulación y residencia como derecho humano reconocido a toda persona cuando se pretende ejercer más allá de las fronteras del país del cual no se es nacional, requiere para su correcta configuración jurídica del permiso del Estado al que se llega; ya que las normas que garantizan el libre movimiento sólo lo hacen dentro de las fronteras y reconocen la libre salida del territorio del cual se es nacional, pero sin garantía de ingreso y residencia en otro.

¹⁵ Cfr. González Saquero, Pablo, “La Directiva “retorno” y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11”, en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, No. 6, 2011, p. 16.

¹⁶ Cfr. Brochmann, Grete and Hammar, Tomas, *Mechanisms of Immigration Control: A Comparative Analysis of European Regulation Policies*, Berg, Oxford-New York, 1999, p. 1.

¹⁷ Véase por ejemplo Alemania, Francia o Italia, aunque éste último está en proceso de convertirlo en infracción administrativa.

¹⁸ Esto a pesar de que el art. 79.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que la UE desarrollará una política común de inmigración con un interés particular en la prevención de la inmigración ilegal y la trata de seres humanos.

¹⁹ Así lo confirma el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes en su *Informe Contar con la movilidad de toda una generación: seguimiento del estudio regional sobre la administración de las fronteras periféricas de la Unión Europea y sus repercusiones sobre los derechos humanos de los migrantes*, Consejo de Derechos Humanos, 29º período de sesiones, A/HRC/29/36, 8 de mayo de 2015, párr. 71.

pues como he insistido, es el último bastión de ésta, al ser una de las formas más simples y evidentes que los Estados tienen para demostrar su poder o autoridad soberana.

Lo anterior, como ha sido ampliamente estudiado, genera muchos problemas prácticos. Uno de ellos, que es el que me interesa en este trabajo, es el relativo a determinar quién tiene o debe tener la última palabra respecto a quién puede permanecer en el territorio de un Estado y quién debe abandonarlo en el marco de la Unión Europea. Especialmente cuando, no sólo están en contradicción dos normas o sistemas normativos, sino también, la interpretación que respecto a esos sistemas normativos han hecho el interprete constitucional último (Tribunal Constitucional) y el interprete europeo último (Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Problema que no sólo implica el determinar qué interpretación es (o debe ser) la definitiva, sino también con qué derechos cuentan las personas nacionales de terceros estados *sine permissum*, como un aspecto esencial de seguridad jurídica.

Situación que en el caso de España se ha presentado recientemente a partir de que la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto C-38/14 *Zaizoune*, al interpretar los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva de Retorno, estableció que el sistema español que ante la migración *irregular* establece como sanción multa o expulsión, como medidas optativas y excluyentes entre sí, se opone a la normativa europea. Mientras que, el Tribunal Constitucional (TC) desde el Auto 409/2007 y reiterado por última vez en la STC-145/2011 ha considerado constitucionalmente admisible ese sistema previsto en sus aspectos fundamentales en el artículo 57.1 y .3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Ley de Extranjería).

Ante esa situación, la respuesta más evidente pareciera ser que al tratarse de una norma nacional que no es la Constitución y una norma europea que obliga al Estado a transponer la esencia, objeto y fines de ésta en el sistema normativo nacional, la primacía del Derecho

de la Unión es la solución²⁰. Sin embargo, como antes señalé, no sólo es una aplicación de normas, sino que también involucra los derechos fundamentales de personas nacionales de terceros Estados e incide directamente en la facultad del Estado español para decidir quién permanece en su territorio. Esto es, mientras que el TC español ha considerado que el legislador de forma acorde con la Constitución puede decidir que ante la *migración irregular* la respuesta puede ser tanto multa (mantenerse en el territorio) como expulsión (salir del territorio); el TJUE sólo considera acorde con la normativa europea lo que asegure la segunda opción, sea de forma voluntaria o de forma coercitiva.

Ante todo lo que involucra la diferencia de criterio entre ambos tribunales, me parece que la respuesta no puede ser tan simple²¹. Menos cuando ninguno de los dos tribunales ha analizado con todo detalle la forma en la cual se implementa el que aquí denominaré sistema *multa-expulsión*. Especialmente, porque los dos tribunales se han quedado en el análisis de la Ley de Extranjería, sin observar los contenidos de su Reglamento que son los que determinan en última instancia el funcionamiento del sistema. Lo que significa que, ante el análisis incompleto de ambos tribunales, el debate y respuestas no pueden ser las mismas.

Así las cosas, con el fin de aportar un punto de vista que ha sido poco explorado, en primer lugar, describiré el sistema *multa-expulsión* contenido en la Ley de Extranjería, así como la forma en que ha sido evaluado por el TC para considerarlo constitucionalmente admisible. Con lo que destacaré sus virtudes, pero también el conjunto de críticas que ha recibido tanto el sistema, como las interpretaciones del Tribunal al evaluarlo.

²⁰ El TJUE consagró el principio de primacía en la sentencia *Costa contra Enel* del 15 de julio de 1964. Véase en relación a este principio: Kruis, Tobias, “Primacy of European Union Law — from Theory to Practice”, en *Ritsumeikan Law Review*, No. 28, 2011, pp. 269-279.

²¹ *Cfr.* Hartwig, Matthias, “El Tribunal Constitucional alemán y la Unión Europea – una relación entre soberanos y la solución de ambigüedades”, Universitat Pompeu Fabra, Documento de Trabajo, Barcelona, 2008, pp. 4-5, disponible en: https://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Hartwigx_Matthias.pdf (consultado el 10 de enero de 2016).

En segundo lugar, analizaré el contenido de la Directiva de Retorno en cuanto a su objeto y el porqué, a partir de eso, el TJUE estableció que el sistema *multa-expulsión* español se opone a la normativa europea. En este análisis acudiré al conjunto de sentencia que ha dictado el TJUE en relación a la Directiva de Retorno a fin de establecer si en algún otro caso se ha llegado a una conclusión diferente o cuál sería el sistema o modelo que sí se ajusta a los mandatos del Derecho de la Unión.

Con esos elementos de estudio, en tercer lugar, estableceré, por una parte, si en verdad existe contradicción entre normas e interpretaciones. Esto es, si en realidad se están analizando los mismos supuestos de hecho a los cuales se dirigen las normas. Por otra parte, ante esa aparente contradicción, dónde están los puntos coincidentes y divergentes, pero sobre todo, destacaré el aspecto que considero han omitido en sus análisis tanto el TC como el TJUE que hace que ninguna de las dos interpretaciones sea del todo correcta, con lo que el sistema *multa-expulsión* en realidad no ha sido debidamente analizado para determinar con toda precisión su constitucionalidad y adecuación con la normativa europea. Finalmente, estableceré algunas ideas a manera de conclusión.

II. El sistema “multa o expulsión” español constitucionalmente admisible

Para entender el sistema *multa-expulsión*, lo primero que se debe establecer es quién se encuentra de manera *irregular*²² en territorio español. De conformidad con el artículo 53.1 a) de la Ley de Extranjería, está en esa situación quien no ha obtenido la prórroga de estancia, quien carece de autorización de residencia o quien tiene caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que la persona interesada no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente²³.

²² Con el fin de evitar confusiones terminológicas, en el análisis que sigue utilizaré el término *irregular* al ser el que utiliza la Ley de Extranjería y la Directiva 2008/115/CE, a pesar de que, como he señalado *supra* nota 14, considero más afortunado por su connotación el de *sine permissum*.

²³ Véanse, por ejemplo, arts. 51, 61, 71, 82, 93, 109 y 150 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (Reglamento LOEx).

Lo que significa que se trata de personas que están dentro del territorio español, que han entrado de forma autorizada, pero que han perdido y/o no renovado dicha autorización de estancia o residencia en el plazo legalmente establecido. Lo que también significa que no se refiere a las personas que ingresan o pretenden ingresar sin autorización²⁴, a quien como lo señala la Disposición adicional décima de la ley de Extranjería: cruzan irregularmente la frontera. Es decir, a quienes se les puede iniciar un procedimiento de expulsión, y no sólo denegar la entrada en frontera o devolver²⁵.

Precisado lo anterior, se debe destacar que encontrarse de manera *irregular* se considera una infracción grave de la Ley de Extranjería [artículo 53.1 a)], misma que se sanciona con multa de 501 hasta 10.000 euros [artículo 55 a)]. Lo que significa que para el legislador español, la sanción primaria²⁶ por encontrarse irregularmente en territorio español es una multa de eminente naturaleza administrativa.

Pese a lo anterior, encontrarse irregularmente, como infracción grave, también puede ser sancionado con expulsión del territorio español [artículo 57.1], aunque en ningún caso, dice la Ley de Extranjería, podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa [artículo 57.3]. Es decir, que la expulsión es una sanción secundaria²⁷, alternativa y excluyente de la multa²⁸.

²⁴ Cfr. Moya Escudero, Mercedes (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000)*, Comares, Granada, 2001, pp. 844 y 845

²⁵ Cfr. Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, No. 18, noviembre de 2001, p. 415.

²⁶ Cfr. Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, STS 7749/2005, de 9 de diciembre, fundamento jurídico 4º; y Boza Martínez, Diego, “El procedimiento sancionador en general y, particularmente, los procedimientos de expulsión”, en Boza Martínez, Diego; Donaire Villa, Francisco Javier y Moya Malpeira, David (Coords.), *Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 271.

²⁷ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, STS 7749/2005, de 9 de diciembre, fundamento jurídico 4º.

²⁸ Cfr. Calvo Rojas, Eduardo, “El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares”, en Álvarez-Cienfuegos Suárez, José Ma. (Dir.), *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, p. 193.

Un problema del sistema *multa-expulsión* es que en la Ley de Extranjería no se establece de manera expresa, ni concreta, cuando la misma situación de encontrarse irregularmente hace aplicable la multa y cuándo la expulsión. Lo más que se dice es que la expulsión se podrá aplicar en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa²⁹. Aspecto altamente controvertido y que es lo que en gran medida ha centrado todos los análisis que el TC ha desarrollado al evaluar la constitucionalidad del artículo 57.1 antes referido.

Vale la pena destacar que el sistema *multa-expulsión* por encontrarse *irregularmente* en España se incorporó al sistema jurídico español en diciembre del año 2000 con la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [artículo 57]. El texto original de la Ley Orgánica 4/2000 no lo preveía [artículo 53], sancionaba el encontrarse irregularmente sólo con multa. Mientras que la originaria Ley de Extranjería de 1985, ni siquiera preveía esa posibilidad. Aunque ambas normas sí lo preveían para otros supuestos³⁰.

A pesar de que contra la Ley Orgánica 8/2000 antes mencionada se interpuso recurso de inconstitucionalidad³¹ por el Parlamento Vasco el 22 de marzo de 2001, en el que, entre otras cosas, se consideraban contraria a la Constitución la redacción del artículo 57.1 por ser contraria a los principios de seguridad jurídica, interdicción de la arbitrariedad de los

²⁹ Esta *vaguedad* normativa en gran medida fue acotada por el Tribunal Supremo con su sentencia de 9 diciembre 2005 (Recurso de casación nº 5824/2002) fundamento jurídico 4º; en la que estableció que, en los supuestos de estancia y permanencia irregular, la sanción principal en la Ley Orgánica 4/2000 era la de multa y la sanción más grave y secundaria la de expulsión. Por lo que, en los supuestos de imposición de esta sanción secundaria y agravada, se justificara por referencia a "una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal". Esto es, que para la expulsión se debía motivar en "otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias", distintos de la permanencia ilegal, si los mismos constaban en el expediente.

³⁰ *Cfr.* Calvo Rojas, Eduardo, "El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares", *op. cit.*, p. 193.

³¹ Para una visión completa de los recursos interpuestos contra esa Ley, véase: Álvarez Rodríguez, Aurelia, "Ocho sentencias y un auto del Tribunal Constitucional. (Balance definitivo de los recursos presentados sobre la inconstitucionalidad de la LO 8/2000)", *Documentos de trabajo*, Universidad de León, 2008. Disponible en: http://www.icam.es/docs/ficheros/200606120004_6_13.PDF (Consultado el 11 de enero de 2016).

poderes públicos (art. 9.3 CE), al principio de proporcionalidad en materia sancionadora y, en definitiva, al principio de legalidad consagrado en el art. 25.1 CE; dicho recurso fue resuelto más de 6 años después en la STC 260/2007, de 20 de diciembre.

Para el momento en el que se resuelve el recurso antes mencionado, ya había sido dictado por el Pleno del TC el Auto 409/2007, de 6 de noviembre, por medio del cual se inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo. Con lo que en la STC 260/2007 se sigue y confirma (fundamento jurídico 3º) lo establecido en el citado Auto, desestimando la inconstitucionalidad del artículo 57.1 de la Ley de Extranjería.

En el referido Auto se llegó a esa conclusión, al dar respuesta, por una parte, a si el artículo 57.1 vulneraba o no el principio de legalidad (art. 25.1 CE), particularmente del régimen de *lex certa* o taxatividad al no contener una pauta para determinar cuándo es aplicable la multa y cuándo la expulsión (art. 9.3 CE), lo que deja a la Administración a actuar sin pauta ni límite. Por otra parte, si dicho artículo infringía el principio de eficacia de la Administración (art. 103 CE), ya que por medio de la multa se “monetariza” la entrada ilegal (sic), y se deja de cumplir el papel disuasorio de la conducta que se trata de reprimir.

En relación a la legalidad-taxatividad, en esencia, el TC afirma, siguiendo algunos de sus precedentes vinculados con esos temas, que:

“[L]a norma cuestionada no contiene [...] habilitación en blanco a la Administración, tal como sostiene el órgano promotor de la presente cuestión. En primer lugar, el art. 57, apartados 5 y 6 de la Ley Orgánica 4/2000 acota negativamente el ámbito de aplicación de la sanción de expulsión. En segundo lugar, el art. 55, apartado 3 establece criterios para la aplicación de dicha sanción al regular la graduación de las sanciones establecidas en la Ley. Finalmente, el art. 50 remite a lo establecido en el art. 131 de la Ley 30/1992 en concreción del principio de proporcionalidad y los criterios de graduación de la sanción a aplicar en el curso de un procedimiento

administrativo que deberá acomodarse a las exigencias del art. 20, apartado 2 de la misma Ley Orgánica 4/2000.”³²

Con lo que concluye que, en un examen preliminar, el precepto cuestionado cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los arts. 25.1 y 9.3 CE, pues la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave [art. 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000] y, por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma Ley o por la remisión de ésta a la Ley 30/1992.³³

En cuanto a la duda respecto a la eficacia de la actividad administrativa por el sistema *multa-expulsión*, el TC simplemente estableció que eso debía “considerarse notoriamente infundad[o] por cuanto que, en el caso concreto, la norma no incide en la eficacia de la actividad administrativa a la que se refiere el art. 103.1 CE.” Con lo que, pese a lo que se afirmaba por el Juzgado respecto a que la aplicación de la multa hacía ineficaz el fin de la norma, el TC no encontró problema alguno en ello. Como tampoco lo vieron el Abogado del Estado y la Fiscalía General del Estado cuando presentaron sus argumentos y alegaciones en el trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, según se refleja en los antecedentes del Auto.

De esta forma, el TC desde el ATC 409/2007 y confirmado en la STC 260/2007 consideró constitucionalmente admisible el sistema *multa-expulsión* contenido en el artículo 57.1 de la Ley de Extranjería. Admitiendo implícitamente la posibilidad de que la persona sancionada se mantenga en el territorio y que la aplicación de una excluye a la otra.

³² Tribunal Constitucional, Auto 409/2007, de 6 de noviembre, fundamento jurídico 6º.

³³ *Ibidem.*, fundamento jurídico 7º.

Pero no sólo eso. Ese criterio se ha mantenido idéntico a pesar de la aprobación de la Directiva 2008/115/CE y de que en parte, como consecuencia de eso³⁴, se reformó una vez más la Ley de Extranjería por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Destacando que con esa reforma, el legislador español incorporó en el artículo 57.1 únicamente que: “en atención al principio de proporcionalidad”, se puede aplicar en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español. Porción normativa que no estaba presente en los textos anteriores y que se corresponde con lo que el TC había señalado en el ATC 409/2007. Lo demás del referido artículo se mantuvo igual.

Así, en la STC 186/2013, de 4 de noviembre, el TC confirma (fundamento jurídico 4º) su validación constitucional al sistema *multa-expulsión* contenido en el artículo 57.1 de la Ley de Extranjería, agregando que: “tanto en el supuesto del apartado 1 como en el del 2 [del artículo 57] cabe la imposición de cualquiera de las dos sanciones [multa o expulsión], dejando la propia ley, por tanto, margen a la ponderación administrativa, sin que la expulsión opere *ope legis*.”

Criterio que mantiene y confirma el TC en la STC 145/2011, de 26 de septiembre (fundamento jurídico 4º). Tal y como también lo había hecho en la STC 140/2009, de 15 de junio (fundamento jurídico 3º) y STC 212/2009, de 26 de noviembre (fundamento jurídico 4º), a pesar de que estas últimas sentencias son anteriores a la reforma legal antes mencionada que sirvió para la transposición de la Directiva 2008/115/CE³⁵, aunque posteriores a la publicación de dicha Directiva en el Diario Oficial de la Unión Europea³⁶.

³⁴ Cfr. Moya, David, “La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009”, en Vidal Fueyo, Ma. Del Camino (Coord.), *La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 56.

³⁵ Cfr. Aguelo Navarro, Pascual, “La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión general de la reforma (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)”, en Vidal Fueyo, Ma. Del Camino (Coord.), *La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 74

³⁶ DOUE, Núm. 348, de 24 de diciembre de 2008, páginas 98 a 107 (10 págs.)

Con lo que, parece evidente que desde su inclusión legal en diciembre del año 2000 y aun con la transposición de la Directiva de retorno en diciembre de 2009, el legislador español ha considerado útil y necesario el sistema *multa-expulsión* previsto en la Ley de Extranjería (excluyente, alternativo y proporcional), en tanto que el TC lo ha considerado constitucionalmente admisible siempre que ha sido sometido éste a su jurisdicción.

III. El sistema de “multa o expulsión” español opuesto a la Directiva 2008/115/CE

La Directiva 2008/115/CE, como antes se estableció, fue transpuesta en el sistema jurídico español por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. A pesar de ello, se mantuvieron algunas diferencias no menores en el contenido de una y otra³⁷ por la naturaleza que tienen las directivas³⁸, que para el análisis que aquí desarrollo resulta importante destacar.

En primer lugar, es importante destacar que en la Directiva 2008/115/CE se considera "situación irregular" [art. 3.2] la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro. Por lo que, a diferencia de la Ley de Extranjería, en la Directiva se incluye la entrada³⁹, no sólo la estancia y residencia.

³⁷ Cfr. Moya, David, “La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009”, *op. cit.*, p. 58. Este autor, trata de explicar las diferencias que había, señalando que: “se explica por la intención de introducir el nuevo sistema gradualmente y salvaguardar la realidad nacional...”

³⁸ Ripoll Servent, Ariadna, “The European Parliament and the ‘Returns’ directive: The end of radical contestation; the start of consensual constraints?”, en Sussex European Institute, Working Paper No 117, July 2010, p. 16.

³⁹ Elemento de gran relevancia en los análisis de la migración *sine permissum*, ya que por medio de este verbo se pueden incluir situaciones diferentes a la pérdida o falta de renovación de estancia y/o permanencia en los que se presume una entrada con permiso del Estado. Lo cual puede plantear debates muy diferentes.

En tanto que se entiende por "expulsión" la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro [art. 3.5]. Siendo "retorno" el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso [art. 3.3]. En España esa diferencia de dos momentos no es tan clara, además de que se reserva el término "retorno" a procedimientos con fines humanitarios o desvinculados de la aplicación de sanciones administrativas⁴⁰.

La "situación irregular" en ninguna parte de la Directiva se considera como una infracción, falta o delito. Sino tan sólo como el incumplimiento (dejar de cumplir) de condiciones de entrada, estancia o residencia. La calificación de la situación la reserva la Directiva 2008/115/CE a la decisión de los Estados, ante la diversidad de los sistemas vigentes al momento de su aprobación⁴¹.

Al tener por objeto la Directiva el que los Estados establezcan las normas y procedimientos comunes para el retorno de los nacionales de terceros países en situación *irregular* [art. 1], su fin último es que esas personas salgan del territorio del Estado miembro en el que se encuentren, del territorio de la Unión Europea, sea de manera voluntaria o por expulsión⁴².

A pesar de eso, la Directiva autoriza a los Estados a que no la apliquen en casos de denegación de entrada⁴³ y retorno vinculado a cuestiones penales⁴⁴ o extradición [art. 2.1 a) y b)]. Con lo que no hay duda alguna que se dirigen a quienes se encuentran sin autorización, esto es, a quienes están dentro del territorio del Estado y han dejado de cumplir con las condiciones que les permitieron entrar, estar y residir.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, artículos 35 (menores no acompañados), 40 (exenciones para obtener un contrato de trabajo), 59 y 59 bis (víctimas de trata de personas).

⁴¹ Cfr. González Saquero, Pablo, "La Directiva "retorno" y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11", *op. cit.*, pp. 10-11.

⁴² Cfr. Sánchez Fernández, Alejandra, "Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE", en *Persona y Derecho*, Vol. 68, No. 1, 2013, p. 166.

⁴³ Supuesto que en el caso de España se actualiza de conformidad con el artículo 26.2 y 60 de la Ley de Extranjería, no con el multicitado 53.1 a).

⁴⁴ Correspondiente con el muy controvertido supuesto contenido en el artículo 57.2 de la Ley de Extranjería.

Como se observa, la Directiva no prevé la aplicación de sanciones económicas. Ante la *irregularidad* la única opción disponible es el retorno, sea voluntario [art. 7] o por expulsión [art. 8]. Esto, a pesar de que existen algunas situaciones concretas que exceptúan su aplicación [art. 6.2 a .5], en esencia por tener autorización otorgada por otro Estado miembro o por estar pendiente el procedimiento de renovación correspondiente.

Ante ese panorama y lo descrito en el apartado anterior, el 17 de diciembre de 2013, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco planteo ante el TJUE una petición de decisión prejudicial en la que, en esencia, preguntó si era compatible con los artículos 4.1, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008, la normativa y jurisprudencia nacional que permiten sancionar la situación *irregular* de un extranjero exclusivamente con sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión⁴⁵.

A esa pregunta, la Sala Cuarta del TJUE por sentencia de 23 de abril, en el asunto C-38/14 *Zaizoune*, respondió en el sentido de considerar que la normativa nacional española no responde a las exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE.

Lo anterior, porque de acuerdo con la interpretación del TJUE, ningún precepto de dicha Directiva, ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario autorizan un sistema que, ante la estancia *irregular* de personas nacionales de terceros países, se pueda imponer, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, menos si éstas son excluyentes entre sí.

Por lo que, al considerar que la normativa nacional española (sistema *multa-expulsión*) pone en peligro la realización de los objetivos que se buscan con la Directiva de retorno, al

⁴⁵ Véase página 12 del Auto de 17 de diciembre de 2013.

privarla de su efecto útil, tanto porque puede frustrar como demorar el retorno, el TJUE concluye que el referido sistema se opone a la normativa europea.

Conclusión similar a la que había llegado la Primera Sala del TJUE en sentencia de 6 de diciembre de 2012, en el asunto C 430/11 *Md Sagor*⁴⁶, en el que analizó el sistema italiano que sancionaba la estancia *irregular* con una pena de multa que podía ser sustituida por una pena de expulsión o por una pena de arresto domiciliario.

En ese caso, consideró que la acción penal que conducía a la pena de multa no obstaculizaba el procedimiento de retorno establecido en la Directiva 2008/115/CE⁴⁷, ya que la imposición de la pena pecuniaria no excluía la posibilidad de expulsar, al autorizarse en el Decreto Legislativo no. 286/1998 que la pena de multa pudiera ser sustituida por una pena de expulsión. Por lo que, aún cuando la sustitución es optativa y no imperativa, el TJUE lo considera compatible con la normativa europea, no importando que sea de naturaleza penal⁴⁸.

Lo que en ese caso no consideró compatible fue lo relacionado con la sustitución de la pena de multa por una pena de arresto domiciliario, al considerar que eso no contribuía a que se pudiera llevar a cabo el retorno (voluntario o por expulsión), que es el fin que busca la Directiva 2008/115/CE. Por lo que al impedirse que se trasladara físicamente a la persona en situación *irregular* fuera del Estado miembro, la pena de arresto domiciliario sustitutiva de la de multa, retrasa y obstaculiza el retorno, poniendo en riesgo el objeto de la referida

⁴⁶ En relación a esta sentencia véase: Pickering Sharon y Ham Julie (Eds.), *The Routledge Handbook on Crime and International Migration*, (Part IV, Migration, Crime and Law), Routledge, Oxon, 2015.

⁴⁷ El TJUE además de los dos casos que aquí se han citado, ha analizado la referida Directiva de retorno en 15 casos más desde noviembre de 2009 hasta octubre de 2015: Asunto C-357/09 PPU, *Said Shamilovich Kadzoev (Huchbarov)*; Asunto C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*; Asunto C-329/11 PPU, *Alexandre Achughbadian*; Asunto C-83/12 PPU, *Minh Khoa Vo*; Asunto C-534/11 PPU, *Mehmet Arslan*; Asunto C-383/13 PPU, *M.G., y N.R.*; Asunto C-297/12 PPU, *Gjoko Filev y Adnan Osmani*; Asunto C-146/14 PPU, *Bashir Mohamed Ali Mahdi*; Asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, *Adala Bero y Ettayebi Bouzalmate*; Asunto C-166/13, *Sophie Mukarubega*; Asunto C-249/13, *Khaled Boudjlida*; Asunto C-562/13, *Moussa Abdida*; Asunto C-554/13, *Z. Zh. y I.O.*; Asunto C-290/14, *Skerdjan Celaj*.

⁴⁸ Cfr. Majcher, Izabella, “‘Crimmigration’ in the European Union through the Lens of Immigration”, en *Detention Global Detention Project*, Working Paper No. 6, September 2013, p. 4.

Directiva. Especialmente si no se garantiza que la ejecución de la pena de arresto finalice tan pronto como sea posible el traslado físico del nacional de un tercer Estado fuera del Estado miembro de la Unión.

Con lo anterior, parece evidente que para el TJUE la Directiva 2008/115/CE rechaza cualquier normativa que, sin encontrar correspondencia con las excepciones de aplicación que contiene, niegue la posibilidad de que las personas nacionales de terceros Estados en situación *irregular* abandonen el territorio de la Unión Europea. Es decir, que de conformidad con esa Directiva, ante situaciones de estancia *irregular*, la única respuesta posible es que la persona abandone el espacio Schengen, sin importarle si se aplican o no para ello sanciones pecuniarias, y si éstas son de naturaleza administrativa o penal.

IV. Frente a lo no analizado del sistema *multa-expulsión* ¿qué interpretación prevalece, la del TC o la del TJUE?

Con lo descrito en los dos apartados anteriores, dar respuesta a la pregunta que intitula este apartado parece una misión sencilla⁴⁹ si atendemos a la primacía y el efecto directo del Derecho de la Unión.

Sin embargo, en este caso, aunque así pueda ser la respuesta, existe un problema de fondo tanto en la interpretación que ha hecho el TC como en la que ha hecho el TJUE que nos impiden concluir cuál es la interpretación más acertada. Esto, porque en ambos casos, los tribunales para resolver los cuestionamientos de adecuación normativa con la Constitución y con la normativa europea, respectivamente, se limitaron a analizar la norma contenida en la Ley de Extranjería, sin analizar el sistema concreto que se aplica en España a partir del contenido del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su

⁴⁹ A pesar de que tampoco es del todo sencilla cuando se trata de Directivas, como describe: Edward, David A.O., “Efecto directo y primacía del Derecho Comunitario. El problema especial de las directivas”, en *R.V.A.P.*, No. 42, 1995, pp. 35-42.

integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (Reglamento LOEx), que es lo que en mi opinión podría determinar si el sistema *multa-expulsión* se desarrolla de conformidad con la Constitución y con la Directiva 2008/115/CE.

En el caso del TC, la falta de revisión integral del sistema *multa-expulsión* no se debe a una omisión de éste, en primer lugar, porque a pesar de que en la primera oportunidad que tuvo para pronunciarse en relación a ese sistema (ATC 409/2007), de manera concreta cuando se le cuestionaba la legalidad y eficacia de éste, si bien podría haber desarrollado más argumentos en relación con la adecuación de la norma impugnada con el que artículo 25.1 CE que hacían desde varios ángulos inadmisibles la cuestión de constitucionalidad planteada, parecía claro en el nivel de análisis planteado que la Ley de Extranjería prohibía la aplicación simultánea de las dos sanciones. En segundo lugar, porque en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento Vasco (STC 260/2007) sólo se pidió la revisión del artículo 57.1 de la Ley de Extranjería, sin hacerse valer nada en relación con el Reglamento LOEx en ese momento vigente⁵⁰ que habría permitido mostrar de mejor forma la posible inconstitucionalidad del sistema *multa-expulsión*. Y, en tercer lugar, porque en ninguno de los recursos de amparo promovidos por la aplicación del artículo 57.1 (STC 140/2009, STC 212/2009, STC 145/2011) se estaba bajo el supuesto estricto del artículo 53 a) de la Ley de Extranjería, sino que además de la *situación irregular*, las personas tenían antecedentes que habían generado la aplicación de la expulsión sin opción a multa siguiendo los criterios⁵¹ establecidos por el Tribunal Supremo de España (TS), además de que en ninguno se planteó la posible inconstitucionalidad del sistema que a partir de esas normas legales se desarrolla en el Reglamento LOEx.

Por lo que hace al TJUE, esa falta de análisis del Reglamento LOEx se debió, por una parte, a la forma en la que se formuló la cuestión prejudicial que circunscribió el sistema *multa-*

⁵⁰ Véase *infra* notas 54 y 63.

⁵¹ Lo que se podría denominar como la doctrina jurisprudencial de los *hechos o datos negativos* que ha sostenido el Tribunal Supremo en al menos 80 sentencias desde la STS 7749/2005, de 9 de diciembre de 2005 (fundamento jurídico 4º), y hasta la STS 6172/2008, de 28 de noviembre de 2008 (fundamento jurídico 5º).

expulsión al contenido de la Ley de Extranjería y no a la norma que en la práctica se aplica en esos casos⁵². Por otra parte, a que el caso concreto que se analizaba ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco no era un caso de simple *situación irregular*, sino que, como los casos llevados ante el TC, por los antecedentes de la persona, la primera opción de sanción era la expulsión y no la multa atendiendo a la proporcionalidad y los criterios jurisprudenciales que respecto a ello ha establecido el TS⁵³.

En ese sentido, considero que ninguno de los dos tribunales ha analizado de forma integral el sistema *multa-expulsión* para los supuestos estrictos de mera *situación irregular*. En primer lugar, porque los dos tribunales no tomaron en cuenta que el referido sistema se materializa a partir de lo establecido en el artículo 24 del Reglamento LOEx⁵⁴ y, en segundo lugar, porque de conformidad con el contenido de sus sentencias, lo que para ellos es *situación irregular* va más allá de lo que establece bajo ese término tanto la Ley de Extranjería como la Directiva 2008/115/CE.

De esa forma, considero que es errónea la conclusión a la que llega tanto el TC como el TJUE respecto al sistema *multa-expulsión*. Pero en ambos casos, el error ha sido inducido por no exponerse ante éstos el sistema en su integralidad⁵⁵, esto es, con la claridad necesaria respecto a todos y cada uno de los supuestos en que es aplicado, las diferencias

⁵² A pesar de que esto ya le había sido informado al TJUE en las Conclusiones de la Abogada General Sra. Juliane Kokott presentadas el 19 de mayo de 2009 en los Asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08 María Julia Zurita García contra Delegación del Gobierno en Murcia y Aurelio Choque Cabrera contra Delegación del Gobierno en Murcia (Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia).

⁵³ En mi consideración, los *hechos o datos negativos* tampoco son la mejor solución para determinar cuándo corresponde multa y cuándo corresponde expulsión. Especialmente porque los “antecedentes policiales” pueden referirse a situaciones tan diversas que van desde participar en una diligencia de carácter administrativo hasta haber cometido un delito (según lo establece la Guardia Civil <https://www.guardiacivil.es/es/servicios/antecedentesgc.html#concepto>), por lo que en ningún caso deben tomarse como elemento único y suficiente para que todas califiquen de igual forma bajo esa amplia categoría de hechos o datos negativos.

⁵⁴ Artículo de contenido idéntico al art. 158 del Reglamento que antecede al actualmente vigente.

⁵⁵ Insisto en señalar que en el caso que aquí he referido al TJUE no se le explicó, pero ya se le había explicado (a la Sala Tercera) cómo funcionaba. Véase *supra* nota 52 e *infra* nota 61.

que hay en cada uno y lo que en realidad ocurre con los supuestos de mera *situación irregular* de las personas cuando se les sanciona con multa.

De hecho, la conclusión a la que llega el TJUE en relación a que la aplicación de la sanción de multa es excluyente de la sanción de expulsión, muestra lo que podría ser inconstitucional (25.1 CE) de dicho sistema al poderse aplicar 2 sanciones (pecuniaria y expulsión) a una persona por un mismo hecho y bajo un mismo fundamento⁵⁶. Aspecto que no ha sido observado por el TC por las características de los casos que han llegado a su jurisdicción y por el contenido de la Ley de Extranjería que parece prohibir eso.

Sin embargo, esto es así, porque el artículo 24 del Reglamento LOEx que regula las salidas obligatorias y que es el que se aplica en desarrollo de lo establecido en los artículos 53.1 a), 55.1 b) y 57.1 de la Ley de Extranjería⁵⁷, establece lo siguiente:

1. 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, o en los de denegación administrativa de solicitudes de prórrogas de estancia, de autorizaciones de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español, así como de las renovaciones de las propias autorizaciones o documentos, 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.

No contendrán orden de salida obligatoria las resoluciones de inadmisión a trámite de solicitudes dictadas de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

2. La salida obligatoria habrá de realizarse dentro del plazo establecido en la resolución denegatoria de la solicitud formulada, o, en su caso, en el plazo máximo de quince días contado desde el momento en que se notifique la resolución denegatoria, salvo que concurren circunstancias excepcionales y se justifique que se cuenta con

⁵⁶ En el mismo sentido: Rodríguez Candela, José Luis, “Infracciones y sanciones. Medidas de alejamiento del territorio nacional”, en *Materiales de los cursos sobre derecho de extranjería*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009, pp. 34-35.

⁵⁷ Cfr. Sánchez Ribas, Javier y Franco Pantoja, Francisco, *Reglamento de Extranjería 2011. Real Decreto 555/2011, de 20 de abril*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 44-45.

medios económicos suficientes; en tal caso, se podrá prorrogar el plazo hasta un máximo de noventa días. Una vez transcurrido el plazo indicado sin que se haya efectuado la salida, se aplicará lo previsto en este Reglamento para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

3. Si los extranjeros a que se refiere este artículo realizasen efectivamente su salida del territorio español conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, no serán objeto de prohibición de entrada en el país y eventualmente podrán volver a España, con arreglo a las normas que regulan el acceso al territorio español.

Lo que significa que, en la práctica⁵⁸, más allá de la Ley de Extranjería, en el sistema sancionador español la resolución gubernativa que sanciona la “mera estancia irregular” siguiendo un procedimiento ordinario no solo contiene una multa económica (que es la premisa incompleta de la que parte el TJUE y respecto a la cual no se ha pronunciado el TC), sino que conlleva asimismo e imperativamente la obligación legal de abandono del territorio español en el plazo de 15 días naturales (que se puede prorrogar hasta un máximo de 90 días si la persona carece de medios económicos suficientes), con la advertencia de sanción de expulsión en caso de incumplimiento de dicha obligación⁵⁹.

Si la persona no abandona el territorio una vez transcurrido el plazo indicado, se aplica lo previsto en el Reglamento LOEx para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley de Extranjería. Esto es, se da inicio a un procedimiento preferente de expulsión⁶⁰, en aplicación de los artículos 234 a) o b), 242, 245.2 y 246.5 a) del referido Reglamento⁶¹.

⁵⁸ Véase: Cláusula Segunda de la Circular 1/2010, de 25 de enero, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la LO 4/2000, de 11 de enero, de extranjería y recordatorio de otras actuaciones; Circular 1/2015 de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, Madrid, a 25 de mayo de 2015, disponible en: <http://www.intermigra.info/archivos/News0515/CIRCULAR12015rf.pdf>; Olías Laura, “Cómo afecta a España la sentencia europea que declara ilegal sustituir la expulsión por una multa”, en *eldiario.es*, 27/04/2015, disponible en: http://www.eldiario.es/desalambre/consecuencias-sentencia-europea-sanciona-Extranjeria_0_381812569.html

⁵⁹ Situación que pude confirmar al tener acceso a al menos 15 recursos de reposición presentados en contra de la multa por estancia irregular impuesta por las subdelegaciones de gobierno en las comunidades autónomas de Andalucía, Cataluña, Galicia, Madrid, Navarra y Valenciana.

⁶⁰ Así se instruye en la Circular 1/2010, de 25 de enero, cuya cláusula segunda, inciso 1, expresamente establece: “Se tramitará el procedimiento preferente cuando el extranjero se halle en situación irregular y, además concurra el hecho de:

Procedimiento que no se sigue cuando hay *hechos o datos negativos*, aunque en principio la causa de expulsión que se actualice sea la del artículo 53.1 a). En estos casos, por regla general se inicia directamente el expediente administrativo de expulsión con el fin de aplicar esa sanción⁶², al así autorizarlo el artículo 57.1 de la Ley de Extranjería y al haber sido avalado por la jurisprudencia del TS como del TC.

Atendiendo a lo anterior, es evidente que la aplicación de la sanción de multa no excluye la aplicación de la sanción de expulsión en España. Lo que significa que al parecer el TJUE se equivoca en su conclusión. Pero ¿se equivoca o con fundamento en el Reglamento LOEx se ha venido desarrollado un procedimiento que es contrario a lo establecido en la Ley de Extranjería —que deviene en inconstitucional por ser violatorio al principio *non bis in idem*?

No hay duda alguna que el hecho de que ni el TJUE, ni el TC hayan entrado al estudio de lo que establece el artículo 24 del Reglamento LOEx⁶³, uno porque no le fue mencionado, otro

[...]

• si con anterioridad fue sancionado, por ejemplo, con sanción de multa por estancia irregular.”

A pesar de que dicha Circular hace mención al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; el artículo 158 de ese tiene la misma redacción y contenido que el artículo 24 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril; con lo que su aplicación ha venido siendo la misma ya que ni siquiera en la Circular núm. 2/2012 de la Dirección General de la Policía, de 16 de mayo de 2012, que buscó aclarar algunas polémicas generadas con la Circular 1/2010, modificó algo de lo que aquí se estudia.

⁶¹ Así fue reconocido en el trámite de los Asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08 ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en año 2009. En las conclusiones de la Abogada general, de manera expresa se establece: “Según el Gobierno español, la imposición de la multa no lleva aparejada la tolerancia de la estancia irregular. Por el contrario, los extranjeros de terceros países están legalmente obligados a abandonar el territorio nacional en 15 días. Si esto no sucede, se inicia un nuevo procedimiento sancionador por estancia continuada sin cumplimiento de los requisitos de estancia. Dado que ya se ha impuesto una multa, esto da lugar al inicio de un procedimiento de expulsión.”

⁶² *Cfr.* Ortega Martín, Eduardo, *Manual práctico de derecho de extranjería*, La Ley, Madrid, 2010, p. 609.

⁶³ Artículo que corresponde al 158 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; que fue derogado por el vigente Reglamento.

porque no le ha sido planteada la situación que genera su aplicación, han hecho que se haga presente una circunstancia que parece a todas luces irregular, contraria al principio *non bis in idem* y, con ello, violatoria de derechos fundamentales de personas extranjeras.

Como parece evidente, la violación del principio *non bis in idem* se presenta al momento en el que, después de aplicada la sanción de multa en un procedimiento ordinario y transcurrido el plazo para abandonar el país sin que se abandone, a la persona se le inicia un nuevo procedimiento, pero ahora preferente, que termina en la aplicación de la sanción de expulsión⁶⁴.

Como el TC lo estableció de manera muy precisa en el fundamento jurídico cuarto de la STC 77/2010, de 19 de octubre, el principio *non bis in idem* se sitúa bajo la órbita del art. 25.1 CE, a pesar de su falta de mención expresa, dada su conexión con las garantías de tipicidad y legalidad de las infracciones, y su contenido implica la prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que quepa apreciar una triple identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Estableciendo de manera clara el TC en la sentencia antes citada que sintetiza una serie de criterios jurisprudenciales previos que había dictado, que:

“Tal como hemos afirmado, la citada triple identidad de sujeto, hecho y fundamento “constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en bis in idem, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento”

⁶⁴ Véase *supra* nota 61.

[SSTC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5; y 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3; 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 c)].”

“[E]l citado principio constitucional impide que un mismo sujeto sea sancionado en más de una ocasión con el mismo fundamento y por los mismos hechos...”

“[E]l principio non bis in idem opera [...] proscribiendo, cuando exista una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la duplicidad de penas y de procesos penales y la pluralidad de sanciones administrativas y de procedimientos sancionadores, respectivamente [STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 b)].”

Identidad que se presenta cuando en aplicación del artículo 24 del Reglamento LOEx, después de aplicada una sanción de multa en procedimiento ordinario por incurrir en la infracción del artículo 53.1 a) de la Ley de Extranjería, se aplica a la misma persona, con ese mismo fundamento [53.1 a)] y por los mismos hechos (*irregularidad*) una sanción de expulsión pero ahora en un procedimiento preferente. Especialmente porque el hecho de incumplir con el pago de una multa o con una salida obligatoria (art. 28.3 Ley de Extranjería) no es considerado en los artículos 52, 53, ni 54 de la Ley de Extranjería como una infracción que pudiera ser considerada un nuevo hecho.

Lo cual se suma a la prohibición expresa contenida en el artículo 57.3 de la Ley de Extranjería de imponer conjuntamente las sanciones de expulsión y multa, además de lo aparentemente claro que establece el artículo 57.1 de la misma Ley al indicar que la expulsión podrá aplicarse “en lugar” de la multa. Así, aunque se desarrollan dos procedimientos diferentes, la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) que prohíbe el artículo 25.1 CE está claramente presente en la aplicación que se hace del Reglamento LOEx, a pesar de esa prohibición legal y constitucional.

Es posible que el TJUE al entender de la misma forma esta situación, considerara improbable que eso se estuviese presentando en España⁶⁵, más por la forma en la cual se le planteó la pregunta, entendiendo que si se aplicaba la multa era imposible aplicar la expulsión y, por tanto, al desconocer que la sanción de multa va acompañada de orden para abandonar el país, el incumplimiento de la Directiva 2008/115/CE se mostraba como evidente.

De esta manera, si el análisis se queda a un nivel de Ley Orgánica el sistema *multa-expulsión* parece constitucionalmente admisible⁶⁶ pero contrario a la normativa europea. En tanto que si se pasa al nivel de regulación y aplicación reglamentaria (práctico) de dicho sistema, la conclusión es inversa al volverse inconstitucional por violar el principio *non bis in idem* pero conforme con el fin que busca la Directiva 2008/115/CE.

Ante esa situación, lo que en todo caso habría que preguntarle al TJUE es si un sistema que aplica dos sanciones a una misma persona, por el mismo hecho y con el mismo fundamento, es acorde con la referida Directiva y la normativa europea en general. Si el fin que tiene la Directiva 2008/115/CE justifica lo que en aplicación del Reglamento LOEx se está llevando a cabo. Como necesario es que el TC se pudiera pronunciar por esa misma situación que parece ocultarse o negarse su existencia, pero que sí ocurre y se ha reconocido frente al TJUE como antes demostré. Aunque lo verdaderamente difícil parece ser que esas situaciones lleguen a la jurisdicción de ambos tribunales.

Con todo lo antes analizado, la respuesta a la pregunta con que se intitula este apartado ya no es tan simple, pues de inicio, todo parece indicar que ni la interpretación del TC, ni la del TJUE son acertadas, en la medida que ninguna de las dos ha estudiado en su integralidad al sistema *multa-expulsión* contenido en la Ley de Extranjería y desarrollado

⁶⁵ A pesar de que, como he insistido, en un caso previo bajo su jurisdicción ya se le había detallado lo que ocurría en esos casos. Véase *supra* notas 52 y 61.

⁶⁶ Aún con la complejidad que se mantiene para determinar con precisión cuándo corresponde aplicar la sanción de multa y cuando la de expulsión, como antes he establecido.

en el Reglamento LOEx. Con lo que, ambas interpretaciones son acertadas sólo de manera parcial y el problema de fondo persiste sin que ninguna dé la solución ni respuesta definitiva al sólo haber analizado una parte, pero no todo el referido sistema.

V. A manera de conclusión

El sistema español *multa-expulsión* pone en evidencia uno de los mayores problemas actuales de los sistemas legales que regulan la migración y extranjería, que no es otro que su complejidad por sus variadas fuentes, su falta de uniformidad y claridad⁶⁷. Situación que genera que, como en el caso que se analiza, situaciones concretas que se están llevando a cabo en perjuicio de los derechos fundamentales de las personas migrantes extranjeras, queden fuera del radar de la adecuación constitucional y de la normativa europea y, con ello, del pleno respeto y garantía de los derechos fundamentales.

Estoy seguro que si el sistema *multa-expulsión* español es analizado de manera integral tanto por el TC como por el TJUE poniendo especial atención en los casos de mera *situación irregular*, no será considerado constitucionalmente admisible, ni acorde con la normativa europea. Lo primero, por la evidente violación del principio *non bis in idem* contenido en el artículo 25.1 de la CE. Lo segundo, apoyado en esto, por desarrollar un doble procedimiento con doble sanción incompatible también con la Directiva 2008/115/CE, aunque en última instancia pudiera satisfacer el objeto de ésta.

Aunque antes que eso, debería analizarse a nivel nacional la legalidad del Reglamento LOEx y circulares que buscan precisar la aplicación de la Ley de Extranjería y el referido Reglamento, ya que si se atiende al contenido de la Ley, todo parecería indicar que el TJUE llegó a una conclusión acertada al estar prohibido (art. 57.3) aplicar conjuntamente las

⁶⁷ Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, *Informe a la Asamblea General de Naciones Unidas 2013, (A/68/283 de 7 de agosto de 2013)*, Sexagésimo octavo periodo de sesiones, párr. 89 y Newland, Kathleen, “The governance of international migration: mechanisms, processes and institutions”, documento elaborado para el *Programa de Análisis de Políticas e Investigación de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales*, septiembre de 2005.

sanciones de multa y expulsión, tal y como parece también lo entendió el TC en sus análisis al obviarlo, por lo que consideró innecesario profundizar en ese punto y limitarse a buscar precisar cuándo puede ser aplicada una y cuándo puede ser aplicada otra.

En todo caso, lo que nos debe llamar la atención al cumplirse 30 años de que España forma parte de lo que hoy se conoce como Unión Europea es que, como en otras materias, ni la jurisdicción constitucional, ni la jurisdicción europea cuentan con los mecanismos suficientes y eficientes para que sean revisadas situaciones como la que aquí se ha estudiado. Especialmente, porque en pleno siglo XXI occidental, aunque las personas migrantes extranjeras tenemos reconocido el derecho a la tutela judicial, no siempre es efectiva. Pero no necesariamente por los tribunales, sino por el complejo contenido de las leyes de migración y extranjería, de los limitados mecanismos de defensa que prevén y de que, muchas de ellas en sus normas de desarrollo y aplicación práctica, han quedado más allá de lo constitucionalmente admisible y lo conforme con a la normativa europea.

VI. Bibliografía

- Acosta Arcarazo, Diego, “The Returns Directive: Possible Limits and Interpretation”, en Karin Zwaan (ed.), *The Returns Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2011.
- Aguelo Navarro, Pascual, “La reforma de la Ley de Extranjería. Una visión general de la reforma (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)”, en Vidal Fueyo, Ma. Del Camino (Coord.), *La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Calvo Rojas, Eduardo, “El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares”, en Álvarez-Cienfuegos Suárez, José Ma. (Dir.), *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- Castilla, Karlos, “Igualdad y ciudadanía en un contexto de migración mundial ¿Son conceptos compatibles desde una perspectiva de derechos humanos?”, *Informe 2013 L'Estat del Racisme a Catalunya*, S.O.S. Racisme, Barcelona, 2013.
- Comisión Europea, *La Europa sin fronteras. El espacio Schengen*, Migración y Asuntos de Interior, 2014, disponible en: <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e->

[library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_es.pdf](#) (consultado el 10 de enero de 2016)

- Dolejšiová, Ditta and García López, Miguel Ángel (Eds.), *European citizenship in the process of construction: challenges for citizenship, citizenship education and democratic practice in Europe* Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2009.
- Edward, David A.O., “Efecto directo y primacía del Derecho Comunitario. El problema especial de las directivas”, en *R.V.A.P.*, No. 42, 1995.
- González Saquero, Pablo, “La Directiva “retorno”y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11”, en *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, No. 6, 2011, p. 16.
- Hartwig, Matthias, “El Tribunal Constitucional alemán y la Unión Europea – una relación entre soberanos y la solución de ambigüedades”, Universitat Pompeu Fabra, Documento de Trabajo, Barcelona, 2008, pp. 4-5, disponible en: https://www.upf.edu/constitucional/actualitat/PDFs/Hartwigx_Matthias.pdf (consultado el 10 de enero de 2016).
- Iglesias Sánchez, Sara, *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: El régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, Reus, Madrid, 2010
- Isin, Engin F. and Saward, Michael (Eds.), *Enacting European Citizenship*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Kruis, Tobias, “Primacy of European Union Law — from Theory to Practice”, en *Ritsumeikan Law Review*, No. 28, 2011.
- Majcher, Izabella, “‘Crimmigration’ in the European Union through the Lens of Immigration”, en *Detention Global Detention Project*, Working Paper No. 6, September 2013, p. 4.
- Moya Escudero, Mercedes (Coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería (L.O. 4/2000 y L.O. 8/2000)*, Comares, Granada, 2001.
- Moya, David, “La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009”, en Vidal Fueyo, Ma. Del Camino (Coord.), *La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.
- Newland, Kathleen, “The governance of international migration: mechanisms, processes and institutions”, documento elaborado para el *Programa de Análisis de Políticas e Investigación de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales*, septiembre de 2005.
- Ortega Martín, Eduardo, *Manual práctico de derecho de extranjería*, La Ley, Madrid, 2010.

- Rodríguez Candela, José Luis, “Infracciones y sanciones. Medidas de alejamiento del territorio nacional”, en *Materiales de los cursos sobre derecho de extranjería*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009.
- Ripoll Servent, Ariadna, “The European Parliament and the ‘Returns’ directive: The end of radical contestation; the start of consensual constraints?”, en Sussex European Institute, Working Paper No 117, July 2010.
- Sánchez Fernández, Alejandra, “Inmigración y Derechos Humanos en la UE. Análisis de la directiva 2008/115/CE”, en *Persona y Derecho*, Vol. 68, No. 1, 2013.
- Sánchez Ribas, Javier y Franco Pantoja, Francisco, *Reglamento de Extranjería 2011. Real Decreto 555/2011, de 20 de abril*, Lex Nova, Valladolid, 2011.
- Sassen, Saskia, *¿Perdiendo el control? La soberanía en el era de la globalización*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2001.
- Sola Reche, Esteban, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la nueva Ley de Extranjería”, en *Anales de la Facultad de Derecho*, No. 18, noviembre de 2001.
- Waldron, Jeremy, “Immigration: a Lockean Approach”, en *Public Law Research*, Paper No. 15-37, NYU School of Law, May 2015.