

Facultad de Derecho



Medidas de restablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería

Autor: **Luz Zapata Learte**

Director: José María Gimeno Feliú

ABREVIATURAS	2
I. INTRODUCCIÓN	3
1.1 Cuestión tratada	
1.2 Razón de la elección del tema y justificación de su interés	
1.3 Metodología seguida en el desarrollo del trabajo	
II. Evolución legislativa sobre extranjería	6
1.- Regulación anterior a la Constitución	
A) Real Decreto de extranjería de 1852 de 17 de noviembre	
2.- Legislación post constitucional	
A) Ley Orgánica 7/1985 de extranjería, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. (Vigente hasta el 1 de febrero de 2000)	
B) Ley Orgánica 4/2000 de extranjería, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social	
C) Ley Orgánica 8/2000 de extranjería, 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	
D) 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	
3.- Directivas de la Unión Europea	
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	
III.- Medidas de multa y de expulsión en la jurisprudencia española	18
IV. Sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Sala Cuarta, de 23 de abril de 2015, en el asunto C 38/14 entre Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa y Samir Zaizoune	23
V. Jurisprudencia española tras la STJUE de 23 de abril de 2015	26
VI. Conclusiones	28
BIBLIOGRAFIA	31
ANEXO	133

ABREVIATURAS

art.(s): artículos(s).

CP: Código Penal.

edic.: Edición.

etc.: etcétera.

INE: Instituto Nacional de Estadística.

LO 4/2000: Ley Orgánica de Extranjería 4/2000.

p. (pp.): página(s).

ss.: siguientes.

(S)TTJUE: (sentencia) Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

(S)TS: (sentencia) Tribunal Supremo

(S)TSJ: (sentencia) Tribunal Superior de Justicia.

UE: Unión Europea.

1. INTRODUCCIÓN.

1.1 Cuestión tratada.

La cuestión tratada en este Trabajo de Fin de Grado son las distintas medidas impuestas por la Administración ante una infracción cometida por un ciudadano extranjero que se encuentre en situación de irregularidad. Estas medidas de carácter sancionador pueden ser la imposición de una multa o la expulsión del territorio nacional.

Tras la adopción de dichas medidas impuestas ante una situación de irregularidad de un extranjero dentro de nuestras fronteras, se restablece la situación de legalidad y regularidad administrativa que impone la normativa que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España, por ello el título de este trabajo fin de grado, *las medidas de restablecimiento de la legalidad de los extranjeros en España.*

Los extranjeros son los ciudadanos que carecen de nacionalidad española a efectos de la Ley. Esta definición de ciudadano extranjero se introduce en la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España que fue la primera ley posterior a la Constitución de 1978 que reguló la materia y así se ha mantenido en las leyes siguientes, incluyendo la Ley actual que regula la materia, la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero de sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹.

Los extranjeros que entran en territorio nacional pueden hacerlo acogiéndose a diferentes procedimientos. Pueden entrar de forma regular previa obtención de una autorización o permiso de residencia o de estancia. La primera autorización de residencia y/o trabajo se llama inicial es para un año y puede solicitarse desde el país de residencia o desde España, cuando existen circunstancias excepcionales, entre ellas la autorización de residencia para mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. Tras esta primera autorización cabe su renovación por autorizaciones de dos años y cuando el extranjero lleva cinco años de residencia puede solicitar una autorización de

¹ En adelante LO 4/2000. Esta Ley fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre y Ley Orgánica 2/2009 de 22 de diciembre.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

residencia de larga duración que tiene una duración de cinco años. La entrada puede realizarse de forma irregular, lo que hace que su situación en el territorio nacional y se encuentren fuera de la legalidad en nuestro país.

La regulación española sobre esta materia comenzó en 1852 y ha sido modificada posteriormente en reiteradas ocasiones, tras la entrada de España en la Comunidad Económica Europea (1986) por la transposición de la normativa comunitaria y por la obligada interpretación que ahora impone la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La forma de control de los extranjeros irregulares en España se ha llevado a cabo por dos medidas propias de potestad sancionadora: la imposición de multa o la expulsión del territorio nacional.

La potestad sancionadora viene regulada en el Título III de la Ley 4/2000, allí se regulan las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador. Las infracciones pueden ser leves, graves y muy graves. Las sanciones se imponen según la capacidad económica del extranjero. Las infracciones leves se castigan con multas que van desde los 500 euros hasta una multa económica de 10.001, multas que pueden elevarse hasta los 100.000 euros si la infracción es muy grave.

Tras la Directiva 2008/115/CE y la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015 se establece que la medida correcta ante una situación de ilegalidad de un extranjero residente en un país miembro de la UE debe ser la decisión de retorno a su país de origen, o un retorno forzoso si no ha habido lugar a un plazo para el retorno voluntario y salida del territorio.

1.2 Razón de la elección del tema y justificación de su interés:

La inmigración en España es desde la década de 1990, un fenómeno de gran importancia demográfica y económica. Según el INE 2011, a principio de enero de 2011 residían en el país casi 6,7 millones de personas nacidas fuera de sus fronteras (de los cuales más de un millón habían adquirido la nacionalidad española).

En unas pocas décadas, España ha pasado de ser un país generador de emigración a ser un receptor de flujo migratorio.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

Desde el año 2000, España ha presentado una de las mayores tasas de inmigración del mundo (de tres a cuatro veces mayor que la tasa media de Estados Unidos, ocho veces más que la francesa). En el año 2005 sólo era superada Europa por Chipre y Andorra. En la actualidad, sin embargo, su tasa de inmigración neta llega sólo al 0,99%, ocupando el puesto número 15 dentro de la Unión Europea. Es además, el noveno país con mayor porcentaje de inmigrantes dentro de la misma, por debajo de países como Luxemburgo, Irlanda, Austria o Alemania.

España es, además, el décimo país del planeta que más inmigrantes tiene en números absolutos, por detrás de países como Estados Unidos, Rusia, Alemania, Ucrania, Francia, Canadá o el Reino Unido.

En estos últimos años, y según el Instituto Nacional de Estadística tras observar el censo de 2014, el 10,7% de los residentes en España era de nacionalidad extranjera. A causa de la crisis económica que atraviesa España, del 2010 al 2011, se produjo un descenso por primera vez en la historia de 37.056 personas en cifras absolutas.

Las últimas medidas políticas en materia de inmigración pueden calificarse de restrictivas. El gobierno español rectificó decisiones anteriores y permite que los inmigrantes "sin papeles" volvieran a tener derecho a la atención primaria en los centros de salud, aunque no recuperaran la tarjeta sanitaria. La crisis de los refugiados de Siria y la decisión de la UE de expulsar a Turquía a los ciudadanos sirios en suelo europeo. Hemos de recordar que hay más de 4 millones de refugiados por la guerra en Siria (el 95 por ciento) en sólo cinco países: Turquía, Líbano, Jordania, Irak y Egipto.

La crisis de los refugiados sirios, ha conllevado la crisis del espacio Schengen². La reintroducción en cadena de los controles fronterizos en varios países de Europa empieza a arrojar dudas sobre el futuro del espacio Schengen.

Alemania, Austria, Eslovaquia y Holanda son algunos de los países que han respondido con esta drástica medida, de cerrar su frontera interior al alud de refugiados que está recibiendo Europa a raíz de las guerras que atenazan a Oriente Medio. Una

² El Acuerdo Schengen es la unión de 26 países de Europa (dos no pertenecientes a la Unión Europea) que adoptan su normativa interna y actúan en su política como si tuviesen una sola frontera común. España se adhirió en el año 1995.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

avalancha humana que está poniendo contra las cuerdas al Viejo Continente, pero que, sobre todo, deja en evidencia su incapacidad para responder de un modo unitario y coordinado a esta crisis humanitaria.

1.3 Metodología seguida en el desarrollo del trabajo.

Este Trabajo Fin de Grado comienza con un análisis de la historia legislativa española dividida en dos etapas, que tiene como punto de inflexión la Constitución Española.

Primero, la regulación anterior a la Constitución, que se corresponde con la primera legislación sobre extranjería de nuestro país, la Ley Orgánica 7/1985. Después, la regulación posterior a la Constitución con las distintas leyes aprobadas por el parlamento español, la Ley Orgánica sobre extranjería 4/2000 y las posteriores; y por último, las directivas comunitarias que afectan a España como Estado Miembro de la Unión Europea.

Seguidamente, un análisis de las dos medidas controladoras de la legalidad de los extranjeros, como son las medidas de multa y expulsión, y su motivación en las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales de nuestro país, tanto en los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas comunidades autónomas, como en el Tribunal Supremo.

Para finalizar con el análisis jurisprudencial, establecer un estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras su sentencia de 23 de abril de 2015, que cambió completamente la forma de imponer la sanción de expulsión y las consecuencias que ello tuvo en nuestra jurisprudencia.

Para acabar, las conclusiones personales tras el análisis del tema.

II. Evolución legislativa sobre extranjería:

2.1 Regulación anterior a la Constitución.

A) Real Decreto de extranjería de 1852:

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

Primero nos situaremos en el contexto histórico en el que se promulgó la norma. Nos encontramos en la segunda mitad del siglo XIX cuando se aprobó la Constitución Española de 1845.

Este RD establecía que eran extranjeros los siguientes:

Son extranjeros:

1. *Todas las personas nacidas de padres extranjeros fuera de los dominios de España.*

2. *Los hijos de padre extranjero y madre española nacidos fuera de estos dominios, si no reclaman la nacionalidad de España.*

3. *Los que han nacido en territorio español de padres extranjeros ó de padre extranjero y madre española, si no hacen aquella reclamación.*

4. *Los que han nacido fuera del territorio de España de padres que han perdido la nacionalidad española.*

5. *La mujer española que contrae matrimonio con extranjero*³.

Este Real Decreto ya establecía la posibilidad de que se castigase a los extranjeros indocumentados con la sanción de multa y/o expulsión. En el artículo 13 del RD 1852 se recogía la posibilidad de «*ser castigado como desobediente á la Autoridad con la multa de ciento á mil reales, y expulsado además del territorio español si el Gobierno así lo determinase en vista de lo que la Autoridad civil informe por el Ministerio de la Gobernación, y se acuerde en su consecuencia por este mismo y por el Ministerio de Estado*».

Esta norma determinaba la imposición de multa con una horquilla de cien a mil reales; junto a esta imposición de multa ante una situación de irregularidad, se establecía que bajo la decisión de la Autoridad civil y un informe del ministerio de la

³ Artículo primero del RD de 1852 de extranjería

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

Gobernación, se acordase además la expulsión. Por lo tanto, se establecía la posibilidad de imponer a los extranjeros las dos medidas sancionadoras, una posterior a la otra⁴.

En el siguiente artículo se establecían las consecuencias ante la llegada de extranjeros sin el título de viaje. Ante esta situación los extranjeros eran detenidos por las Autoridades, que daban cuenta al gobierno por el Ministerio de la Gobernación expresando siempre las circunstancias del caso. El Gobierno según este expediente administrativo decidía sobre la expulsión del extranjero, o decidía un lugar de residencia.

En el artículo 16 se imponía un delito castigado en el Código Penal de la época a aquellos extranjeros que ignoraban la orden de expulsión del país. Este artículo consideraba que la no ejecución de la orden de expulsión conllevaba un perjuicio para el interés público del estado, y lo consideraba como desobediencia grave; por todo ello, estaba tipificado dentro del Código Penal.

El RD 1852 fue la primera norma en regular una materia como la extranjería y supuso el inicio y la introducción en nuestra historia legislativa de las sanciones administrativas ante situaciones de irregularidad de los distintos extranjeros que cruzan nuestra frontera.

Esta norma estuvo vigente hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1119/1986 por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 7/1985 de 1 de julio de derechos y libertades de los extranjeros en España.

2.2 Legislación post constitucional.

A) Ley Orgánica 7/1985 de extranjería:

La Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España se promulgó por la necesidad de una norma básica que regulase el mandato constitucional del artículo 13 sobre las libertades que gozan los extranjeros en España y que, además, actualizase el Real Decreto de 1852.

⁴ Dato extraído de MURO CASTILLO, A. M. Y COBO DEL ROSAL, G. «LA CONDICIÓN DE NACIONAL Y EXTRANJERO EN EL CONSTITUCIONALISMO DECIMONÓNICO ESPAÑOL». Universidad de Extremadura / Universidad Rey Juan Carlos

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

La Ley prevé medidas aseguradoras para evitar posibles conflictos en la convivencia social ante la presencia de extranjeros irregulares. Por ello, esta Ley desarrolla las medidas específicas para impedir dichas situaciones.

Las salidas del territorio nacional se regulan primero en el artículo 20 de la Ley Orgánica. En este artículo se mencionan las salidas del territorio nacional. Estas salidas se clasifican en voluntarias u obligatorias. En este último caso hablaríamos de los supuestos de expulsión de los extranjeros y de su devolución a sus países de origen.

Las salidas obligatorias del país ante situaciones de irregularidad de los extranjeros se regulan a partir de los artículos 25 y ss. de la LO 7/1985. La Administración ostenta la potestad sancionadora ante el incumplimiento de los requisitos que marca la Ley imponer ante una infracción una sanción.

La LO 7/1985 regula primero la sanción de expulsión. En el artículo veintiséis se regulan los motivos por los que los extranjeros podrán ser expulsados del territorio nacional. Pues bien, la Ley enumera desde la letra a hasta la letra f los motivos por lo que puede aplicarse la sanción de expulsión.

Son los siguientes: encontrarse ilegalmente en territorio español, no haber obtenido permiso de trabajo, estar implicados en actividades contrarias al orden público, haber sido condenados fuera o dentro de España por una conducta dolosa castigada con pena privativa de libertad, salvo que los antecedentes se encontrasen cancelados, incurrir en falsedad al informar sobre su situación administrativa en el país, y carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

La Ley prevé la posibilidad de la detención preventiva o cautelar del extranjero mientras se realiza el expediente en caso de situación ilegal del extranjero, estar implicado en actividades contrarias al orden público o carecer de medios lícitos de vida. Esta detención se practicara ante el Juez de Instrucción en el plazo de 72 horas, y se pondrá a disposición de los centros de detenciones o en locales que no tengan carácter penitenciario.

La sanción de multa se prevé cuando no concurren alguna de las circunstancias del artículo veintisiete o aquellas circunstancias que afecten al régimen de entrada y

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

salida de los extranjeros. En este caso, las sanciones las llevara a cabo el Ministerio del Interior con multa de hasta dos millones de pesetas.

El presente artículo establecía la condición de que si el extranjero cometía una infracción que ya estaba castigada con la medida de expulsión, no podría conllevar la sanción pecuniaria.

B) Ley Orgánica 4/2000 de extranjería:

La Ley 4/2000, de 11 de enero, de las libertades y los derechos de los extranjeros en España y su integración social entró en vigor el uno de febrero del año 2000. La ley del 2000 tiene como finalidad la integración de los inmigrantes. Establece que serán los poderes públicos los que deben promover la integración y arraigo de los inmigrantes en nuestro país, a través de políticas sociales, culturales y económicas. El espíritu de esta norma puede considerarse de promoción al arraigo de los extranjeros, pues este será un requisito fundamental para considerar la integración de estos en el territorio y para descartar la sanción de expulsión, considerando que en el caso de una primera situación de irregularidad la sanción adecuada es la multa.

La Ley regula el régimen jurídico de los extranjeros, la entrada y salida del territorio español de los extranjeros que residen legal e ilegalmente en España.

La salida del territorio español podrá realizarse de manera libre o de manera obligatoria.

Dentro de la Ley diferenciamos⁵ distintos conceptos de devolución, que tienen un carácter muy similar y sin embargo, abordan realidades diferenciadas y, en ocasiones tienen diferente naturaleza:

Devolución: Es la medida que se puede adoptar cuando un extranjero es interceptado intentando entrar en España de manera irregular o cuando habiendo sido expulsado previamente es detenido en España estando vigente la prohibición de entrada.

⁵ Dato obtenido de TOLOSA TRIBIÑO,C. «La devolución de extranjeros: comentario a la STS de 12 de marzo de 2013», Revista de Derecho Migratorio y Extranjería num.33/2013 . Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2013.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

Expulsión: Es una sanción que se puede imponer al extranjero que está en España en situación irregular y que, en caso de ejecutarse, implica la repatriación de la persona.

Retorno: Es la situación que se produce cuando, por falta de los requisitos necesarios para la entrada en el país, se acuerda el regreso del extranjero al país de procedencia. Según el art. 60.1 LO 4/2000 «Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen».

La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento

Salida obligatoria: Es la medida que sigue a toda resolución administrativa por la que se deniega a un extranjero una solicitud de asilo, de prórroga de estancia, de autorización de residencia o de su renovación. Implica que se le concede un plazo para que voluntariamente abandone España.

Así lo regula el artículo 28 de la Ley. Los casos de salida obligatoria del país los establecerá el Código Penal y la misma ley. La ley establece igualmente que el Ministerio del Interior podrá prohibir de manera excepcional la salida del territorio siempre que sea por razones de seguridad nacional o de salud pública.

Los casos de salida obligatoria del país son los que marca esta ley. Se encuentran recogidos en el párrafo tercero del artículo 28 y son los siguientes motivos: expulsión por orden judicial prevista en el CP, expulsión o devolución por resolución administrativa marcada por la citada Ley, por denegación de autorización de residencia o falta de autorización, y por último, el cumplimiento del plazo en que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

Dentro del régimen jurídico de los extranjeros se recogen los supuestos de hecho por lo que se impone al extranjero sanciones administrativas según la comisión de distintas infracciones, que estarán graduadas en leves, graves y muy graves.

Primero, hablaremos de las sanciones de multa que impone la Ley. La sanción de multa es una sanción administrativa pecunaria que se impone al extranjero ante la comisión de una infracción también de carácter administrativa.

Las sanciones se recogen en el artículo 55, según la comisión de las infracciones tipificadas dentro del artículo anterior. Tras una infracción leve, la multa será de 500 €; las infracciones graves con multa de 501 hasta 10.000€; y tras la comisión de una infracción muy grave se impondrá una multa desde 10.001 hasta 100.000€.

En el artículo 57 se recoge la sanción de expulsión del territorio. La expulsión del territorio procederá siempre en los casos tipificados en la Ley y deberá ser siempre motivada mediante resolución de la Administración competente para llevarla a cabo. La expulsión, aparte de tener que ser siempre motivada, tendrá que atenerse también al principio de proporcionalidad. Así lo marca el párrafo primero del citado artículo, y lo han marcado la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶.

También sobre el citado principio de proporcionalidad, ha habido numerosos comentarios de la doctrina⁷. Se ha concluido que dicho principio conlleva la valoración de los hechos en los que se funda la infracción y teniendo presente, en todo caso dicho principio, se exige tener en cuenta la atención al grado de culpabilidad del extranjero, daño producido o riesgos derivados de la infracción y su trascendencia, y, asimismo, se han de valorar las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor.

La expulsión por lo tanto, siempre se realizara tras una infracción, tras una conducta tipificada como muy grave del artículo 54 párrafo 1 y tipificada como grave del artículo 53 párrafo 1 letras a, b, c, d y f. el principio de proporcionalidad se aplica en

⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, en la Sala Tercera de 19 de julio de 2007 en su Fundamento Jurídico tercero.

⁷ RODRÍGUEZ GOMEZ, M. Y del MORAL GARCIA, A. «Comentario al artículo 57 de la Ley de Extranjería». ESTUDIOS Y COMENTARIOS LEGISLATIVOS (CIVITAS). Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2011.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

la Ley de manera que en lugar de la sanción de multa, deberá aplicarse proporcionalmente, según la infracción cometida, la sanción de expulsión. La administración correspondiente previamente deberá haber tramitado el expediente administrativo del extranjero sobre los hechos que han constituido la infracción, tal y como se establece en la Ley.

En el mismo artículo, al final del párrafo segundo, se establece como causa de expulsión del extranjero de nuestro país, la comisión de un delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año. La ley no diferencia si la comisión del delito se ha producido dentro o fuera del territorio nacional, simplemente el delito tiene que estar tipificado también en nuestro ordenamiento jurídico como delito sancionado con pena de prisión.

Se establece la imposibilidad de imponer al extranjero las dos sanciones administrativas, las sanciones de multa y de expulsión a la vez.

En la LO 4/2000 se regulan también los efectos de la expulsión del territorio español. La expulsión de un extranjero conllevará la prohibición de entrada en el territorio español. La duración de esta prohibición se determinará según las circunstancias, datos negativos y según el expediente administrativo: es decir, se determinará la duración de la prohibición según la peligrosidad de la conducta del extranjero en nuestro país, si por ejemplo, ha delinquido y tiene condena en firme privativa de libertad.

La duración general de dicha prohibición será de cinco años. Excepcionalmente, la prohibición podrá imponerse durante diez años si concurren circunstancias que determinen que la conducta del extranjero supone una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, tal y como marca la Ley.

C) Ley Orgánica 8/2000 de extranjería:

La ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, reformó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

La LO 8/2000 introdujo modificaciones en el régimen jurídico de los extranjeros y en lo relativo a su régimen sancionador. La exposición de motivos de la ley establece que se han cometido reformas para reforzar las medidas relativas a la lucha contra la inmigración ilegal y también una mejora de los mecanismos para evitar la inmigración ilegal.

La reforma incluye en el contenido de la Ley Orgánica, conforme a los compromisos internacionales suscritos por España, como miembro de Schengen, sanciones a los transportistas que trasladen a extranjeros hasta el territorio español sin verificar que cumplen los requisitos para la entrada.

Respecto a las sanciones dirigidas contra el tráfico de personas, se introducen medidas para profundizar en la lucha contra dicho tráfico y explotación de seres humanos, permitiendo el control de determinadas actividades vinculadas al mismo o facilitando la neutralización de los medios empleados por los traficantes.

Por otra parte, partiendo de que en un Estado de derecho es necesario establecer los instrumentos que permitan hacer efectivo el cumplimiento de las normas, en este caso, de aquéllas que rigen la entrada y permanencia en territorio español, se ha introducido como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio español, pretendiéndose, con ello, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal, al nivel de otros Estados miembros de la Unión Europea, que cuentan en sus ordenamientos jurídicos con la posibilidad de expulsar a los extranjeros que se encuentran en esta situación, un criterio que se refleja en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere.

La reforma de la LO 4/2000 estableció como periodo mínimo de duración de la prohibición de entrada en el país tres años, en vez de cinco. Esto supuso una disminución en el periodo de prohibición de entrada en el país de los extranjeros que habían sido expulsados.

D) Ley Orgánica 2/2009

La inmigración es una realidad que está en constante cambio. Por ello, el legislador está obligado a adaptar su normativa reguladora, si quiere que la misma

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

proporcione soluciones efectivas a los nuevos retos que se plantean. Junto al cambio migratorio que sufría nuestro país durante esos años, se suma la aprobación en el seno de la Unión Europea de distintas directivas que transformaron el derecho de extranjería en la UE. Todo ello exigía a los poderes públicos cambios en el ordenamiento jurídico para poder adaptar la situación actual al derecho.

También, diversos recursos de constitucionalidad motivaron la necesidad de reforma de la LO de extranjería⁸.

En el Título III se introducen modificaciones, con el objetivo de reforzar la lucha contra la inmigración irregular. Se prevén nuevas infracciones para evitar actuaciones fraudulentas, estas situaciones sería las de los matrimonios de conveniencia, la promoción de la inmigración irregular por medios indirectos o el falseamiento de los datos para el empadronamiento. Con la misma finalidad se propone el aumento de las sanciones económicas para todas las infracciones. Se modifica el artículo 53 de la LO 4/2000, en el que se regulan las infracciones graves; el artículo 57 queda redactado de tal manera que si concurren razones de orden público o de seguridad nacional, o si el extranjero fuese titular de una autorización de residencia válida expedida por otro Estado miembro, se le advertirá, mediante diligencia en el pasaporte, de la obligación de dirigirse de inmediato al territorio de dicho Estado. Si no cumpliera esa advertencia se tramitará el expediente de expulsión.

El artículo 58 regula los efectos de la expulsión y devolución. Como en la ley anterior, la expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español. La duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años.

Sin embargo, la Ley 8/2000 prevé que cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, podrá imponerse un período de prohibición de entrada de hasta diez años.

2.3 Directivas de la Unión Europea.

⁸ Preámbulo I de la Ley Orgánica 2/2009 de extranjería.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

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.

La Directiva se publica en el DOUE con el fin de establecer una política de inmigración común y la lucha contra la inmigración ilegal. Surge la obligación para los estados miembros de que se impliquen en la lucha contra la inmigración ilegal de conformidad con los principios generales del derecho comunitario. La Directiva establece la necesidad de que se aplique de manera individualizada, teniendo en cuenta otros factores además de la situación irregular del extranjero.

La Directiva reconoce como legítimo que los Estados Miembros hagan retornar a los nacionales de los terceros países en situación irregular, siempre y cuando existan sistemas de asilo justos y eficientes que respeten plenamente el principio de no devolución.

También establece que debe preferirse el retorno voluntario al forzoso, es decir, como último recurso la expulsión. De esta manera, la Directiva concede una ampliación del plazo de la salida voluntaria del Estado Miembros siempre que se considere necesario por las circunstancias específicas. De esta manera, estos Estados deben facilitar el retorno voluntario, ofreciendo una mayor asistencia y mejor asesoramiento para el retorno.

La Directiva de retorno impone la necesidad de controlar el retorno forzoso, la expulsión de los territorios de los distintos Estados Miembros. Junto a este retorno forzoso, deberá adoptarse una medida de dimensión europea, mediante el establecimiento de una prohibición de entrada que impida tras la expulsión que se vuelva a producir una entrada y estancia indeseada e injustificada en el territorio de todos los Estados miembros. Esta prohibición no debería exceder de los cinco años, pero pueden tenerse en cuenta otras circunstancias para prolongar esta prohibición de entrada, como el hecho de tener varias medidas de expulsión o entrar en otro estado miembro teniendo en vigor una prohibición de entrada.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

El objeto de la Directiva es el establecimiento de normas y procedimientos comunitarios que deben aplicar los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de irregularidad.

En el capítulo segundo de la directiva se regula la finalización de la situación irregular. Esta situación irregular de un nacional de un tercer país acabará con la decisión de retorno adoptada por un Estado miembro. Esta decisión se tomara siempre y cuando el ciudadano nacional de un tercer estado no concurra en alguna de las circunstancias excepcionales recogidas en el artículo 6, en el apartado segundo al quinto:

- Si el extranjero tiene un permiso de residencia expedido por otro estado miembro deberá dirigirse de inmediato a ese territorio.
- Si otro Estado miembro se hace cargo del nacional de un tercer estado, y en este caso, será el estado miembro que se ha hecho cargo del nacional el que aplicará la decisión de retorno.
- Cuando el nacional de un tercer estado pueda ser benefactor de un permiso de residencia o autorización por razones humanitarias; en este caso, no podrá adoptarse una decisión de retorno.
- Si el nacional de un tercer estado tiene pendiente en el momento de ejecución de la decisión de retorno una renovación de un permiso de residencia u otra autorización que otorgue un derecho de estancia en el territorio del Estado miembro.

Antes de aplicar las decisiones de retorno del artículo 6, se tendrá que tener en cuenta por parte de las autoridades nacionales de los respectivos estados miembros: el interés superior del niño, la vida familiar y el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate. Así mismo, la finalización de la situación irregular empezará con la salida voluntaria. En la salida voluntaria se concederá un plazo voluntario que será de entre siete y treinta días.

Y por último, se regula la expulsión en el artículo 8 de la Directiva. La expulsión se impondrá para hacer cumplir la decisión de retorno siempre y cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

III. Medidas de multa y de expulsión en la jurisprudencia española.

Los órganos jurisdiccionales de nuestro país han decidido en sus sentencias imponer según los casos de los extranjeros y sus circunstancias, las medidas de multa o de expulsión.

El Tribunal Supremo imponía la sanción de expulsión siempre a todos los extranjeros en situación irregular, sin justificación e imponiendo la medida más grave para el extranjero. Sin embargo, en el año 2005 el Tribunal Supremo estableció una doctrina jurisprudencial tras la STS de 12/2005, sobre la justificación de la sanción administrativa de expulsión frente a la sanción de multa ante la concurrencia de hechos negativos en el expediente administrativo:

El art. 57.1 expresa con claridad que la sanción ordinaria en estos casos es la multa y que para aplicar la sanción de expulsión es preciso:

- Que esté basada en principio de proporcionalidad.
- Que se adopte previa tramitación del correspondiente expediente.
- Que se adopte una resolución motivada.
- Que valore los hechos que configuran la infracción.

Si se trata de un extranjero con autorización de residencia de otro Estado de la UE, debe dirigirse a ese territorio (art. 57.5); si es de larga duración sólo se puede expulsar fuera de la UE, en supuestos tasados y con consulta a ese Estado. Si no procede su devolución a ese Estado.

Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la **permanencia ilegal**, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros **datos negativos** sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora.

Implica la jurisprudencia que ha de motivarse excepcionalmente la sanción de expulsión y que no en todo caso es obligada la misma.

Son hechos negativos:

- La poca estancia irregular. No es hecho negativo (STS de 20 de diciembre de 2007) escueta estancia.
- La dilatada estancia irregular. No puede considerarse hecho negativo, pues permite con estancia de tres años adquirir la autorización de residencia.
- Antecedentes policiales. No es hecho negativo sino deriva en condena con sentencia penal firme (STS 9 de octubre de 2007)
- Entrada ilegal. No es un hecho negativo (STS 28 de noviembre de 2008).
- Indocumentación. Sí es un hecho negativo (STS 15 de octubre de 2007).
- Nacionalidad falsa y el pasaporte falso son hechos negativos en el expediente administrativo (STS 8 de noviembre de 2007 y STS 27 de mayo de 2008).

Más sobre los hechos negativos:

- **Antecedentes penales**, aún por pequeñas condenas o inferiores a 1 año, incluso con hijos menores a su cargo (STSJ AR 22 de marzo y 27 de junio de 2013). Sí se considera como hecho negativo pues con ello no se puede obtener autorización inicial si no están cancelados. Si están cancelados será entonces cuando no es un hecho negativo (STSJ AR 2 de mayo de 2013).

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

- Son hechos negativos tres denegaciones de permisos, sin haber conseguido la regularización y sin haber cumplido la advertencia de salida (STSJ AR 23 de enero de 2013).
- Sin embargo una orden de devolución no cumplida, no imputable al extranjero con arraigo, no es un hecho negativo (SSTSJ AR 31 de enero, 2 de mayo, 26 de junio y 23 de julio de 2013).
- Prohibición de entrada. Justificada en diez años, por condena lesiones con instrumento peligros (STSJ AR 28 de diciembre de 2012).

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, en la Sentencia número 369/2007 de 26 de febrero de 2007 se pronunció sobre los requisitos necesarios para la sustitución de la sanción de expulsión por la sanción de multa. Establece lo siguiente: sólo concurren los requisitos que justifican la suspensión de la medida de expulsión u orden de salida del territorio nacional en los casos en los que el interesado se encuentre en situación de arraigo familiar, social y económico, cuya ruptura supondría un perjuicio de difícil reparación, pero no en los casos en los que el arraigo no se acredite. La sentencia analiza la conducta del extranjero y valora que la situación es subsumible en el art. 53 a) LO 4/2000.

La sentencia aborda el tema también sobre la proporcionalidad de las sanciones, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Julio de 1999, en la que se especificaba que la multa era una medida menos eficaz para la consecución de la finalidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado perseguida por el legislador (STC número 136/1999).

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia número 1269/2006 de 3 de noviembre se discutía también si se vulneraba el principio de proporcionalidad por el cambio de una sanción de expulsión a una sanción económica. Sin embargo, durante el procedimiento no se prueba que se haya causado algún tipo de indefensión por la vulneración del principio de proporcionalidad.

La sentencia establece en sus fundamentos jurídicos que la medida de expulsión no tiene naturaleza de sanción excepcional, que sin embargo; si es más restrictiva que la multa, que supone el ejercicio de una potestad discrecional que a la vez

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

exige una motivación suficiente para no crear indefensión, y por último, que la imposición de una multa no cambiaría la situación de ilegalidad del extranjero, y al no poder atender sus necesidades mínimas tampoco podría hacer frente a la sanción pecunaria, por lo que no se cumpliría con el restablecimiento de la legalidad.

El Tribunal Superior de Justicia del país Vasco, en su sentencia número 857/2006 de noviembre impone la sanción de multa, y no la sanción de expulsión, a una ciudadana nacional de Rumanía que se encontraba irregularmente en territorio nacional y carecía de autorización para residir en nuestro país. Este caso es relevante pues se trata de un ciudadano de la Unión Europea, por lo que se le aplica el RD 240/2007⁹. Sin embargo, por tener el pasaporte en vigor con el sello de entrada y ser ciudadana de la Unión Europea, el TSJ del País Vasco considera que no se debe imponer la sanción de expulsión sino la de multa.

En 2014, el Tribunal Superior de Justicia del país Vasco, en su sentencia número 338/2014 de 16 de junio también concede al extranjero irregular una sanción de multa en vez de la sanción de expulsión. En este caso, el residente tenía en su expediente administrativo los siguientes hechos negativos: no tenía permiso de residencia en nuestro país, pues el permiso de autorización de residencia y trabajo se había extinguido; tenía arraigo familiar en nuestro país, pues vivía con su esposa e hijo; y había sido condenado por un delito contra la salud pública.

El TSJ del País Vasco considera que pese a encontrarse en situación de irregularidad debe mantenerse la convivencia con el hijo menor de edad, pues ésta es una circunstancia favorable para el extranjero. Por lo tanto, se le impone una sanción de multa de 501€.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia número 751/2014 de 17 de diciembre, que establece la sanción de multa a un extranjero que alega arraigo a pesar de haber permanecido en España durante un corto periodo de tiempo, pero que la sala considera que no hay suficientes hechos negativos que justifiquen la imposición de la medida. La sentencia en su fundamento quinto establece:

⁹ 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

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

«Por otra parte cuando la permanencia ilegal constatada abarca un reducido lapso temporal que pugna con la idea de todo arraigo o interés objetivo que sea digno de protección frente a la medida de expulsión, ha de considerarse proporcionada esta medida ya que el juicio de proporcionalidad pasa por un ejercicio de comparación entre la sanción -expulsión- y el sacrificio que comporta para el sancionado -abandono de las raíces en el país- de modo que una breve estancia temporal, línea apuntada por la sentencia de 25 de abril de 2012 de esta misma Sala que en relación a la expulsión de quien llevaba tan solo tres meses irregularmente en España, precisa que "en esas condiciones de tan exiguo lapso temporal no puede hablarse de arraigo alguno, en congruencia con la falta absoluta de alegato o prueba sobre tal integración, de manera que la sanción de expulsión resulta plenamente proporcionada a la permanencia ilegal dado que es la medida de signo contrario al hecho infractor».

La sentencia sostiene que para imponer la sanción de expulsión ha de contarse siempre con la suficiente motivación, pues si existe alguna circunstancia excepcional, como arraigo familiar, «si poseen intensa fuerza reveladora de un patente y real enraizamiento en nuestro país que evidencie lo desproporcionado de la expulsión», ha de imponerse multa. La sanción de expulsión no se impone por no existir suficientes motivos para ello, pues la Sala establece que la estancia irregular en el país no es suficiente motivo para la expulsión; por lo tanto, impone la sanción pecunaria.

La Sentencia de 27 enero 2006 (RJ 2006\354) del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado y confirma la sanción de multa al extranjero. Se trata de un caso en el que ni en la resolución ni en el expediente administrativo se encuentran expresamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la sanción general de multa que prevé el ordenamiento jurídico. La Administración en el supuesto hecho que estamos tratando no sancionó al demandante por entrada ilegal en el territorio nacional, sino exclusivamente por permanencia ilegal en el territorio nacional.

La sentencia de 24 junio de 2008 (RJ 2008\421) del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la Sentencia de 30

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

de enero de 2003 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, sobre expulsión del territorio nacional. El recurso establece que la Administración ha optado por la sanción más grave sin dar **justificación** alguna por ella.

El TS sobre la motivación establece lo siguiente: *«La motivación es precisamente un mecanismo de control con función de garantía que posibilita el conocimiento de las razones por las cuales la Administración actúa cuando dispone de diversas posibilidades, todas igualmente válidas. De esto modo el interesado es conocedor del motivo o razón que invoca la Administración para adoptar esa concreta decisión y, en consecuencia, el afectado por la misma puede contraponer las alegaciones y medios de defensa que estime oportunos en salvaguarda de sus intereses así como posibilita el control por parte de los Tribunales del actuar administrativo»*. Se concluye en la sentencia que no hay ningún elemento o hecho relevante que haga imponer la sanción de expulsión, por lo que se desestima el recurso interpuesto por el Abogado del Estado y se impone la sanción de multa.

IV. Sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015.

En esta resolución judicial se realiza un análisis jurídico sobre la adecuación del Derecho sancionador previsto en la LO 4/2000 en relación con la *Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular*, más concretamente respecto al sistema de expulsión y multa contenido en la Ley de Extranjería española.

Lo que la Sentencia viene a cuestionar concretamente, según mi punto de vista, es el hecho de que en la práctica, cuando la Administración o una resolución judicial viene a descartar la imposición de la sanción de expulsión, y la sustituye por la multa pecuniaria, sin tomar ninguna otra medida alternativa y complementaria, lo que realmente se está haciendo es, precisamente, *“poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil”* (apartado 39 de la STJUE).

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

El Sr. Zaizoune, de nacionalidad marroquí, fue interceptado el 15 de julio de 2011 en territorio español por las fuerzas de orden público.

Al no haber podido presentar sus documentos de identidad en ese momento, el interesado fue detenido y se inició contra él un procedimiento administrativo de expulsión del territorio español.

Ese procedimiento administrativo finalizó por resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa, en la que se dictaba su expulsión del territorio español, además de la prohibición de entrada durante cinco años.

Dicha resolución fue motivada por la situación irregular del Sr. Zaizoune en España, a efectos de lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Ley Orgánica de Extranjería, así como por sus antecedentes penales en dicho Estado.

Interpuesto recurso la Sala del País Vasco realiza al Tribunal Europeo la siguiente pregunta, interponiendo una cuestión prejudicial: A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?»

El razonamiento del TJUE fue el siguiente.

«Por consiguiente, aun cuando, desde un punto de vista formal, las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación de los artículos 4, apartados 2 y 3, y 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, tal circunstancia no obsta para que el Tribunal de Justicia proporcione todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan ser útiles para resolver el litigio principal.

En este caso, debe señalarse que, como ha confirmado el Gobierno español en las observaciones que formuló en la vista, el concepto de «expulsión» contenido en la resolución de remisión incluye, simultáneamente, una resolución de retorno y su ejecución. Por lo tanto, la interpretación del artículo 8, apartado 1, de la Directiva

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

2008/115, que trata de la ejecución de la decisión de retorno, es también pertinente a efectos del asunto principal.

Resulta del auto de remisión que, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales.

En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno

Asimismo, ha de señalarse que, cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera del Estado miembro

Por otra parte, debe recordarse que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible

Así, respecto a las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo que resulten más favorables para el nacional de un tercer país, contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, es preciso señalar que ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí».

La respuesta a la cuestión prejudicial por parte del Tribunal fue: La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

V. Jurisprudencia española tras la STJUE de 23 de abril de 2015.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 2017/2015 de 14 septiembre: desestima el recurso de apelación por no haber acreditado por la parte actora la concurrencia de las razones de carácter socio político, de conflicto bélico y humanitario alegado. El actor se encontraba irregularmente en territorio español, el tribunal establece que la situación irregular y la falta de acreditación de entrada en el país son suficientes para justificar la opción de expulsión frente a la multa.

Todo ello validado por la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta sentencia¹⁰ refuerza de modo considerable el deber de los Estados de proceder cuanto antes a asegurar la eficacia de los procedimientos de retorno de los extranjeros en situación irregular, eficacia que implica para los Estados miembros «la obligación de llevar a cabo la expulsión, tomando todas las medidas necesarias».

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

Culminado con la reciente sentencia del TJUE del 23 de abril de 2015. El TSJ de Andalucía concluye¹¹ de la siguiente manera: *«De lo anterior se desprende que una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva».*

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 1945/2015 de 11 septiembre:

Se alega por parte del recurrente que la expulsión del territorio nacional le causaría graves perjuicios, pues alega verdadero arraigo laboral, social y económico en España. Sin embargo, la Sala establece que el recurrente no ha acreditado con pruebas y de manera fehaciente el arraigo alegado. Además, el recurrente tiene en su expediente administrativo una condena penal por un delito de agresión sexual, que ya es incompatible con cualquier tipo de arraigo.

Por lo tanto, pese a ser la sentencia posterior a la nueva doctrina jurisprudencial del TJUE, no nombra a la sentencia del 23 de abril; aun así sigue la doctrina y desestima el recurso de apelación y confirma la medida tomada por la Administración, la expulsión del actor del territorio nacional.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 62/2016 de 15 enero

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 17 de junio de 2015:

A la vista de la STJUE cambia el criterio anterior de revisar la existencia de hechos negativos que han de acreditarse y motivarse y confirma la expulsión. La aplicación al caso de la expresada doctrina obliga a desestimar el recurso de apelación interpuesto, porque comprobada la situación de irregularidad del recurrente, la autoridad nacional competente ha adoptado correctamente una medida de expulsión -que incluye, simultáneamente, una resolución de retorno y su ejecución-, sin que la misma pueda ser

¹¹ Fundamento Jurídico Octavo de la STSJ de Andalucía sentencia número 2017/2015 de 14 de noviembre.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

sustituida por multa y sin que concurran las posibles excepciones a que alude la sentencia del TJUE ya citada.

STSJ de Murcia de 20 de julio de 2015. Dicha sentencia aplica la STJUE, pero anula la expulsión, al considerar que primero ha de darse un requerimiento al extranjero para que retorne a su país de forma voluntaria.

En aplicación de esta normativa, vemos, como antes decíamos, que aquella decisión de retorno, al no ponerse de manifiesto ninguna de las circunstancias que se recogen en el artículo 7, apartado 4 de la Directiva, -que existiera riesgo de fuga, o hubiera desestimado una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o que se tratara de persona que representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional- debe adoptarse otorgando la Administración un plazo al ahora recurrente, entre siete y treinta días, para la salida voluntaria. Debiendo proceder, una vez transcurrido aquel plazo sin tener lugar la misma, a la expulsión, en el sentido de ejecución de aquella obligación de retornar, correspondiendo entonces la imposición de la prohibición de entrada.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de julio de 2015.

La parte recurrente alega para no aplicar la STJUE que es posterior a los actos recurridos, y continúa en su alegación que al ser el supuesto de hecho anterior en el tiempo no debe aplicarse la nueva doctrina jurisprudencial que procede de Europa.

La Sala fundamenta que el principio de irretroactividad de las disposiciones favorables no se extiende a nueva jurisprudencia, como es el nuevo caso con la aplicación de la STJUE de 23 de abril.

La Sala continúa con su fundamentación y establece que la Directiva estaba en vigor en el momento en que se dictó el acto y que por lo tanto, ello es lo relevante. Por lo cual, se aplica la medida de expulsión del territorio nacional a la parte recurrente.

VI. Conclusiones.

En el presente trabajo se ha llevado a cabo un análisis de las dos medidas que toma la Administración ante la situación de irregularidad de los ciudadanos extranjeros

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

en el territorio nacional. Las dos sanciones son resultado del principio de proporcionalidad y de motivación suficiente por parte de la Administración competente. Ambas medidas son el resultado de ambos principios, aunque la más grave de las dos, la sanción de expulsión, es la más recurrida por parte de los extranjeros por estas razones; los apelantes quieren que se reconozcan que son medidas exageradas que pueden conllevarles grandes prejuicios, pues se ven obligados a abandonar España.

Sin embargo, estos extranjeros se encuentran en situación de irregularidad en nuestro país: ello quiere decir que o no tienen un permiso de estancia¹² en vigor para residir en nuestro país o que el permiso que les concedía la residencia en el país se encuentra caducado o no ha conseguido la segunda renovación. Por estas razones, las medidas de expulsión o de multa suponen el restablecimiento de la legalidad de la situación de los extranjeros, puesto que se encontraban en situación ilegal o irregular en el país y la medida de expulsión supone que su situación administrativa se encuentre regularizada.

Desde mi punto de vista, y tal y como he leído en varias sentencias de Tribunales españoles, la sanción de expulsión es la más adecuada, o de manera más adecuada, la decisión de retorno o salida voluntaria del país.

Primero, porque la medida pecunaria muchas veces no es secundada por el extranjero. Esto se funda en las situaciones económicas poco favorables en las que sobrevive un ciudadano extranjero en situación irregular, que no tiene permiso en vigor para trabajar en nuestro país y que por ello, no pueden hacer frente a la sanción de multa que le es impuesta.

Segundo, porque así lo establece la Directiva de Retorno, 2008/115/CE, en su artículo sexto cuando habla de la finalización de la situación irregular con la decisión de retorno. Como he explicado anteriormente, el art. 6 habla primero de una decisión de retorno o salida voluntaria al país de origen del extranjero y posteriormente, habla del supuesto de hecho si no pudieses lograrse el retorno o la salida voluntaria podría establecerse una orden de expulsión junto con una prohibición de entrada si el Estado Miembro lo decidiese. Por lo tanto, vería más lógica la decisión de retorno en primer

¹² Los permisos de estancia se encuentran regulados a partir del artículo 30 de la LO 4/2000.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

caso ante la comisión de una infracción del art. 53.1 a) LO 4/2000 y sí el extranjero la obviase, imponer una sanción de expulsión.

La decisión de retorno o salida voluntaria me parece una opción más acertada, puesto que el extranjero tiene la oportunidad de volver a su país de origen voluntariamente sin verse coaccionado y sin una prohibición de entrada al país. Además, esto le posibilita para volver a entrar en el país de forma adecuada, con los permisos necesarios para la estancia y encontrándose de forma regular aquí.

Con ello, considero, en primer lugar, que resulta necesario destacar la relevancia jurídica para el Derecho de Extranjería español de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 23 de Abril de 2015, Asunto C-38/14, no tanto por lo que dice expresamente, sino por todo aquello que se desprende de manera indirecta del contenido de esta resolución judicial.

Según mi opinión, entiendo que de la Sentencia no cabe interpretar en ningún momento que exista vulneración de la Directiva 2008/115/CE en la redacción actual de la LO 4/2000, que prevé la sanción de multa, sino más bien una corrección en la interpretación que de la misma se viene realizando en su aplicación práctica.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

BIBLIOGRAFIA

CHAVES GARCÍA, J.R. «La expulsión de extranjeros, callejón con salida.» *Revista Actualidad jurídica Aranzadi*. . Num.907. Año 2015. Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2015.

MURO CASTILLO, A. M. Y COBO DEL ROSAL, G. «La condición de nacional y extranjero en el constitucionalismo decimonónico español». Universidad de Extremadura / Universidad Rey Juan Carlos I.

NAVARRO MANICH, J.A. «La ejecución forzosa de las ordenes de expulsión mediante detención, privación de libertad e inmediata expulsión: la necesaria habilitación previa mediante acto administrativo dictado de conformidad con el principio de proporcionalidad». *Base de datos CENDOJ*.

RODRÍGEZ GOMEZ,M. Y del MORAL GARCIA, A. «Comentario al artículo 57 de la Ley de Extranjería». *Estudios y comentarios legislativos (Civitas)*. S. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2011.

SELMA PENALVA, A. «La expulsión de los ciudadanos extranjeros no europeos. Reflexiones críticas acerca de la indeterminación del artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000. » *Revista de derecho migratoria y extranjería*. Num.34. Año 2013 Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2013.

TOMÉ GARCÍA, J.A., «Autorización de expulsión prevista en el artículo 57.7 de la Ley de Extranjería». *Base de datos CENDOJ*.

TOLOSA TRIBIÑO,C. «La devolución de extranjeros: comentario a la STS de 12 de marzo de 2013», *Revista de derecho migratoria y extranjería*. Num.33. Año 2013 . Editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor. 2013.

RECURSOS WEB:

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

[https://es.wikipedia.org/wiki/Inmigraci%C3%B3n_en_Espa%C3%B1a#Consecuencias de la inmigraci.C3.B3n en Espa.C3.B1a](https://es.wikipedia.org/wiki/Inmigraci%C3%B3n_en_Espa%C3%B1a#Consecuencias_de_la_inmigraci.C3.B3n_en_Espa.C3.B1a)

<http://mugak.eu/revista-mugak/no-29/recorrido-por-las-leyes-de-extranjeria-en-espana>

[http://blog.sepin.es/2015/04/expulsion-o-multa-extranjero-en-situacion-irregular-tjue/.](http://blog.sepin.es/2015/04/expulsion-o-multa-extranjero-en-situacion-irregular-tjue/)

LEGISLACIÓN:

Real Decreto de extranjería de 1852 de 17 de noviembre.

Ley Orgánica 7/1985 de extranjería, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. (Vigente hasta el 1 de febrero de 2000).

Ley Orgánica 4/2000 de extranjería, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Ley Orgánica 8/2000 de extranjería, 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.

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.

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.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

ANEXO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 23 de abril de 2015

«Procedimiento prejudicial — Espacio de libertad, seguridad y justicia — Directiva 2008/115/CE — Normas y procedimientos comunes en materia de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular — Artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1 — Normativa nacional que, en caso de situación irregular, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión»

En el asunto C-38/14,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, mediante auto de 17 de diciembre de 2013, recibido en el Tribunal de Justicia el 27 de enero de 2014, en el procedimiento entre

Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa — Extranjería

y

Samir Zaizoune,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. L. Bay Larsen (Ponente), Presidente de Sala, y la Sra. K. Jürimäe, los Sres. J. Malenovský y M. Safjan y la Sra. A. Prechal, Jueces;

Abogado General: Sr. Y. Bot;

Secretario: Sra. L. Carrasco Marco, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de diciembre de 2014;

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de
extranjería-

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre del Gobierno español, por el Sr. A. Rubio González, en calidad de agente;
- en nombre del Gobierno polaco, por el Sr. B. Majczyna, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por las Sras. S. Pardo Quintillán y M. Condou-Durande, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto, en particular, la interpretación de los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, p. 98).
- 2 Dicha petición se ha presentado en un procedimiento incoado contra el Sr. Zaizoune en relación con su situación irregular en territorio español.

Marco jurídico

Directiva 2008/115

- 3 Los considerandos 2 y 4 de la Directiva 2008/115 indican lo siguiente:
 - «(2) El Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 pidió que se estableciera una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

normas comunes, para que las personas sean retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad.

[...]

(4) Es necesario fijar normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada.»

4 El artículo 1 de la Directiva 2008/115, que lleva por título «Objeto», establece lo siguiente:

«La presente Directiva establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos.»

5 El artículo 3 de la Directiva 2008/115 define una serie de términos a efectos de la misma Directiva. Concretamente, en el punto 4 de este artículo, se define la «decisión de retorno» como «una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno».

6 En el punto 5 de dicho artículo, la «expulsión» se define como «la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro».

7 Bajo la rúbrica «Disposiciones más favorables», el artículo 4 de la Directiva 2008/115 dispone, en sus apartados 2 y 3, lo siguiente:

«2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país.

3. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva.»

8 Conforme al artículo 6 de la misma Directiva, titulado «Decisión de retorno»:

«1. Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5.

2. A 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 se les exigirá que se dirijan de inmediato al territorio de dicho Estado miembro. En caso de que el nacional de un tercer país de que se trate no cumpla esta exigencia, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de orden público o de seguridad nacional, se aplicará el apartado 1.

3. Los Estados miembros podrán abstenerse de dictar una decisión de retorno contra 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 vigentes en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva. En ese caso, el Estado miembro que se haya hecho cargo del nacional de un tercer país de que se trate aplicará el apartado 1.

4. Los Estados miembros podrán, en cualquier momento, decidir 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. En este caso no se dictará ninguna decisión de retorno. De haberse ya dictado, se revocará la decisión de retorno o se suspenderá durante el periodo de validez del permiso de residencia o de otra autorización que otorgue un derecho de estancia.

5. Si el nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en el territorio de un Estado miembro tiene pendiente un procedimiento pendiente de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia, el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de dictar

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

una decisión de retorno hasta que finalice el procedimiento pendiente, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 6.

[...]»

- 9 El artículo 7 de la misma Directiva, titulado «Salida voluntaria», dispone en sus apartados 1 y 4:

«1. La decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 y 4. [...]

[...]

4. Si existiera riesgo de fuga, o si se desestimara una solicitud de permanencia legal por ser manifiestamente infundada o fraudulenta o si la persona de que se trate representara un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, los Estados miembros podrán abstenerse de conceder un plazo para la salida voluntaria [...]»

- 10 El artículo 8 de la Directiva, titulado «Expulsión», establece, en su apartado 1:

«Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7.»

Derecho español

- 11 El artículo 28, apartado 3, letra c), de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 10, de 12 de enero de 2000, p. 1139), en redacción dada por el apartado 28 del artículo único de la Ley Orgánica 2/2009 (BOE nº 299, de 12 de diciembre de 2009), vigente desde el 13 de diciembre de 2009 (en lo sucesivo, «Ley Orgánica de Extranjería»), dispone lo siguiente:

«La salida [del territorio español] será obligatoria en los siguientes supuestos:

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

[...]

- c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.»

12 En virtud de lo dispuesto en el artículo 51, apartado 2, de la Ley Orgánica de Extranjería las infracciones administrativas establecidas en ella se clasifican por su gravedad en «leves», «graves» y «muy graves».

13 El artículo 53, apartado 1, letra a), de la Ley Orgánica de Extranjería incluye entre las infracciones «graves» el hecho de «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

14 Con arreglo al artículo 55, apartado 1, letra b), de la Ley Orgánica de Extranjería, la sanción aplicable en caso de infracción grave es una multa de 501 hasta 10 000 euros.

15 El apartado 3 del mismo artículo dispone que el órgano competente para imponer las sanciones 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.

16 De conformidad con el artículo 57 de la Ley Orgánica de Extranjería:

«1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d), y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción.

[...]

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

3. En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.

[...]»

17 El artículo 24 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, 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 [...], 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.

[...]»

Procedimiento principal y cuestión prejudicial

18 El Sr. Zaizoune, de nacionalidad marroquí, fue interceptado el 15 de julio de 2011 en territorio español por las fuerzas de orden público.

19 Al no haber podido presentar sus documentos de identidad en ese momento, el interesado fue detenido y se inició contra él un procedimiento administrativo de expulsión del territorio español.

20 Ese procedimiento finalizó el 19 de octubre de 2011, mediante una resolución de la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa en la que se dictaba su expulsión del territorio español, además de la prohibición de entrada durante cinco años.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

- 21 Dicha resolución fue motivada por la situación irregular del Sr. Zaizoune en España, a efectos de lo dispuesto en el artículo 53, apartado 1, letra a), de la Ley Orgánica de Extranjería, así como por sus antecedentes penales en dicho Estado.
- 22 El interesado presentó un recurso contra la citada resolución ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Donostia-San Sebastián, el cual anuló la resolución administrativa y sustituyó la expulsión por una multa.
- 23 La Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia ante el tribunal remitente. El citado tribunal observa que las normas nacionales de que se trata son interpretadas por el Tribunal Supremo español en el sentido de que la sanción principal para la infracción de estancia irregular de los nacionales de terceros países es la multa, siempre que no concurren circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional.
- 24 En este contexto, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«A la luz de los principios de cooperación leal y de efecto útil de las Directivas, ¿los artículos 4.2, 4.3 y 6.1 de la Directiva 2008/115 deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una normativa, como la nacional controvertida en el litigio principal y la jurisprudencia que la interpreta, que permite sancionar la situación irregular de un extranjero exclusivamente con una sanción económica que, además, resulta incompatible con la sanción de expulsión?»

Sobre la cuestión prejudicial

- 25 Con carácter preliminar, debe recordarse que, en el procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este Tribunal proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio de que conoce. Desde este punto de vista, corresponde, en su caso, al Tribunal de Justicia reformular las cuestiones que se le han planteado. En efecto, el Tribunal de

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

Justicia tiene la misión de interpretar cuantas disposiciones de Derecho de la Unión sean necesarias para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan resolver los litigios que se les hayan sometido, aun cuando tales disposiciones no se mencionen expresamente en las cuestiones remitidas por dichos órganos jurisdiccionales (sentencia *eco cosmetics* y *Raiffeisenbank St. Georgen*, C-119/13 y C-120/13, EU:C:2014:2144, apartado 32 y jurisprudencia citada).

- 26 Por consiguiente, aun cuando, desde un punto de vista formal, las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación de los artículos 4, apartados 2 y 3, y 6, apartado 1, de la Directiva 2008/115, tal circunstancia no obsta para que el Tribunal de Justicia proporcione todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que puedan ser útiles para resolver el litigio principal. A este respecto, corresponde al Tribunal de Justicia extraer del conjunto de datos aportados por el órgano jurisdiccional nacional y, especialmente, de la motivación de la resolución de remisión los elementos de ese Derecho que requieren una interpretación, teniendo en cuenta el objeto del litigio (véase, en este sentido, la sentencia *eco cosmetics* y *Raiffeisenbank St. Georgen*, C-119/13 y C-120/13, EU:C:2014:2144, apartado 33 y jurisprudencia citada).
- 27 En este caso, debe señalarse que, como ha confirmado el Gobierno español en las observaciones que formuló en la vista, el concepto de «expulsión» contenido en la resolución de remisión incluye, simultáneamente, una resolución de retorno y su ejecución. Por lo tanto, la interpretación del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, que trata de la ejecución de la decisión de retorno, es también pertinente a efectos del asunto principal.
- 28 Sentado lo anterior, con objeto de responder de forma útil al tribunal remitente, procede entender que mediante la cuestión planteada se pregunta si la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

- 29 Resulta del auto de remisión que, con arreglo a la normativa nacional controvertida en el procedimiento principal, tal como es interpretada por el Tribunal Supremo, la situación irregular de los nacionales de terceros países en territorio español puede ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales.
- 30 A este respecto, ha de recordarse que el objetivo de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de sus considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación. Además, en virtud de su artículo 1, esta Directiva establece las «normas y procedimientos comunes» aplicables por cualquier Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.
- 31 Como indica el apartado 35 de la sentencia *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio.
- 32 En efecto, una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades nacionales competentes deben, en virtud de dicho precepto y sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5 del mismo artículo, adoptar una decisión de retorno (sentencia *Achughbajian*, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 31). A este respecto, ningún dato del expediente remitido al Tribunal de Justicia permite suponer que el Sr. Zaizoune se encuentre en una de las situaciones contempladas en dichos apartados.
- 33 Asimismo, ha de señalarse que, cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, ya sea en el plazo concedido para la salida voluntaria, ya sea cuando no se ha fijado plazo alguno al efecto, el artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115 impone a los Estados miembros, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado, esto es, como dispone el artículo 3, punto 5, de la citada Directiva, al transporte físico del interesado fuera

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

del Estado miembro (véase, en este sentido, la sentencia Achughbadian, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 35).

- 34 Por otra parte, debe recordarse que tanto del deber de lealtad de los Estados miembros como de las exigencias de eficacia recordadas en particular en el considerando 4 de la Directiva 2008/115, se deriva que la obligación impuesta a los Estados miembros por el artículo 8 de la citada Directiva de proceder a la expulsión, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de ese artículo, debe cumplirse lo antes posible (véase la sentencia Sagor, C-430/11, EU:C:2012:777, apartado 43 y jurisprudencia citada).
- 35 De ello se deriva que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no responde a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15.
- 36 La facultad de los Estados miembros de establecer excepciones, en virtud del artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 2008/115, a las normas y a los procedimientos regulados en ésta no puede desvirtuar dicha conclusión.
- 37 Así, respecto a las disposiciones pertenecientes al acervo comunitario en materia de inmigración y de asilo que resulten más favorables para el nacional de un tercer país, contempladas en el apartado 2 de dicho artículo, es preciso señalar que ningún precepto de dicha Directiva ni ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permiten establecer un sistema que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.
- 38 En cuanto al apartado 3 del mismo artículo, debe señalarse que la facultad de establecer excepciones que contiene está supeditada al requisito de que las disposiciones más favorables para las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/115, adoptadas o mantenidas por los Estados miembros, sean compatibles con dicha Directiva. Ahora bien, habida cuenta del objetivo que persigue esta Directiva, recordado en el apartado 30 de la presente sentencia, y de las obligaciones que imponen claramente a los Estados miembros

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la misma Directiva, la citada compatibilidad no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema como el descrito en el apartado anterior de esta sentencia.

- 39 A este respecto, cabe recordar que los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva y, como consecuencia de ello, privarla de su efecto útil (véase, en este sentido, la sentencia Achughbaban, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 33 y jurisprudencia citada).
- 40 De lo anterior se desprende que una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y, en su caso, demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Achughbaban, C-329/11, EU:C:2011:807, apartado 39).
- 41 En atención a las consideraciones anteriores, debe responderse a la cuestión planteada que la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

Costas

- 42 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

-Medidas de reestablecimiento de la legalidad de los extranjeros en el derecho de extranjería-

La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

Firmas