



Revista Digital de Derecho Administrativo
ISSN: 2145-2946
Universidad Externado de Colombia

LEIVA LÓPEZ, ALEJANDRO D.
La sanción administrativa por la estancia irregular de
extranjeros en territorio español. Multa *ad versus* expulsión
Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 29, 2023, pp. 275-295
Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n29.12>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503875206012>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

La sanción administrativa por la estancia irregular de extranjeros en territorio español. Multa *ad versus* expulsión

ALEJANDRO D. LEIVA LÓPEZ¹

RESUMEN

El fenómeno de la inmigración en España es una realidad que está en continuo cambio y que reclama un marco de actuación decidido en varios frentes, especialmente en el ámbito normativo. Los poderes públicos están llamados a ordenar legalmente los flujos migratorios, en armonía con los niveles de capacidad de acogida existentes. Así, en el presente trabajo examinamos régimen legal de las sanciones administrativas impuestas a extranjeros que se encuentran en situación irregular en territorio español, lo que requiere realizar un examen exhaustivo de los distintos pronunciamientos judiciales –españoles y europeos– que han ido configurando este sistema de sanciones en las distintas etapas. En particular, se analiza el régimen sancionador español para extranjeros irregulares desde la perspectiva de su compatibilidad con las disposiciones sobre retorno contenidas en la normativa europea.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Almería, Almería, España. Profesor ayudante doctor de la Universidad de Málaga, Málaga, España. Correo-e: alejandro.leiva@uma.es. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7981-3693>. Fecha de recepción: 11 de julio de 2022. Fecha de modificación: 13 de septiembre de 2022. Fecha de aceptación: 1.º de octubre de 2022. Para citar el artículo: LEIVA LÓPEZ, ALEJANDRO D., "La sanción administrativa por la estancia irregular de extranjeros en territorio español. Multa *ad versus* expulsión", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 29, 2023, pp. 275-295. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n29.12>.

Palabras clave: extranjeros, multa, expulsión, Directiva de Retorno, estancia irregular, derecho español.

The Administrative Infringement for Irregular Stay of Foreigners in Spanish Territory. Fine *ad versus* Expulsion

ABSTRACT

The phenomenon of immigration to Spain is a reality that is constantly changing and calls for a dedicated framework of action on several fronts, especially in the regulatory field. Spanish public powers are called upon to order migratory flows, in harmony with the existing reception capacity levels in the country. Thus, in the present paper we examine the legal regime of the administrative sanctions imposed on foreigners who are in irregular situation within Spanish territory, which requires an exhaustive study of the different Spanish and European judicial pronouncements that configure this system of sanctions in distinct stages. In particular, the Spanish sanctioning regime for irregular foreigners is analyzed from the perspective of its compatibility with the provisions related to return that are contained in European regulations.

Keywords: Foreigners, Fine, Expulsion, Return Directive, Illegal Residence, Spanish Law.

INTRODUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES SOBRE LA ESTANCIA IRREGULAR DE CIUDADANOS DE TERCEROS PAÍSES EN ESPAÑA

La inmigración lanza importantes retos a los poderes públicos. Los flujos migratorios deben ajustarse a la capacidad real de acogida del país y, en particular, desde la perspectiva de la capacidad real de inserción laboral. Destacadamente, España tiene un firme compromiso con los derechos humanos y por ello se debe favorecer a la plena integración de ciudadanos de terceros

países en España como eje central de la política de inmigración, garantizando así niveles adecuados de convivencia y de cohesión social entre la población autóctona y los inmigrantes. En particular, España ha firmado –en diciembre de 2018– el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular², el cual busca reforzar la integración de los inmigrantes, en aras de lograr un adecuado marco de convivencia de culturas e identidades.

La inmigración debe abordarse desde políticas que proyecten un enfoque positivo y en un marco de cooperación internacional, lo que va a contribuir a la conformación de una sociedad igualitaria y cohesionada³. El fenómeno migratorio constituye una realidad que presenta constantes cambios y que tiene un impacto social, económico y cultural muy destacado en España⁴. Por ello, el legislador español asume la ardua labor de adaptar la normativa vigente a los nuevos retos que van surgiendo. La estancia irregular de ciudadanos de terceros países en España debe ser mitigada de forma eficaz y desde el respeto a los derechos humanos. En este sentido, la normativa fija los medios e instrumentos de control de la inmigración irregular, así como los mecanismos sancionadores definidos al efecto. Además, la política migratoria debe promover un diálogo fluido con las organizaciones de inmigrantes, así como con otras organizaciones con interés en materia migratoria, lo que incluye a organizaciones sindicales y empresariales de representación más destacada⁵.

En el presente trabajo examinamos el marco normativo sobre las sanciones administrativas impuestas a ciudadanos de terceros países que se encuentren en situación irregular en España, lo que requiere analizar lo señalado al respecto en la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEX)⁶. Asimismo, la materia objeto de este trabajo requiere de un exhaustivo análisis de los pronunciamientos judiciales que han ido confeccionando el sistema de sanciones en las distintas etapas.

- 2 Tras un periodo de consultas de dieciocho meses de duración y un intenso proceso de negociaciones intergubernamentales, los Estados Miembros de la ONU acordaron adoptar este primer acuerdo global sobre un enfoque común en materia de inmigración internacional, en todas sus dimensiones.
- 3 ENRIQUE MÚGICA HERZOG, "Inmigración y políticas de inmigración", *Temas para el Debate*, n.º 136, 2006, p. 19.
- 4 MARÍA ELENA CRESPO ARCE, "¿Expulsión o salida voluntaria? En torno a la controvertida resolución judicial dictada el 23 de abril de 2015 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 23, 2016, pp. 1-2.
- 5 CARLOS GÓMEZ GIL, "Inmigración, crisis e involución: El acelerado cambio de paradigma en la política migratoria de España y sus efectos", en Enrique Conejero Paz, Alfonso Ortega Giménez y Mónica Ortega Roig (coords.), *Inmigración, integración, mediación intercultural y participación ciudadana*, Madrid: Editorial Club Universitario, 2010, pp. 25-29.
- 6 Ley Orgánica 4.º de 2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 10, 2000.

Además, se analiza este régimen legal español desde la perspectiva de su compatibilidad con la normativa europea sobre retorno de extranjeros: la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 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 adelante, Directiva de Retorno)⁷. En particular, esta directiva europea se refiere a la opción del retorno voluntario como una prioridad⁸. En el considerando diez se señala que debe preferirse el retorno voluntario al forzoso, concediéndose un plazo determinado –que por motivos justificados podrá ampliarse– para esa salida voluntaria. En este sentido, se emplaza a los Estados miembros a que asistan y asesoren a los extranjeros en materia de retorno, haciendo un uso adecuado de la financiación europea destinada a este fin.

1. APROBACIÓN DE LA LOEX: LA MULTA COMO REGLA GENERAL

De conformidad con lo dispuesto en la LOEX, la estancia irregular de extranjeros en territorio español, si no concurre ninguna circunstancia agravante, constituye una infracción administrativa sancionable mediante multa, sustituyendo así a la sanción de expulsión. Pero esta sustitución de la expulsión por una multa ha sido objeto de un intenso debate en los tribunales, pues se ha planteado la posible incompatibilidad de esta regla con la normativa europea. Antes de entrar a analizar la materia, debemos subrayar que, según dispone la LOEX, el acto de expulsión de extranjeros como consecuencia de la estancia ilegal en territorio español presenta carácter sancionador, de forma que este será calificado como una medida de naturaleza sancionadora⁹.

El artículo 53.1.a del LOEX define como infracción grave el encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, por no presentar autorización de residencia o por tener esta caducada por más de tres meses, siempre que el extranjero no hubiese solicitado la renovación de esta autorización de residencia en el plazo establecido reglamentariamente. Por su parte, el artículo 55.1.b de la citada norma dispone

7 La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y de Consejo. Normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Estrasburgo, *Diario Oficial de la Unión Europea*, n.º 348/98, 2008.

8 MANUEL LANCHÁ MUÑOZ, "La Directiva de Retorno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, vol. 35, 2014, pp. 211-228.

9 CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO, "Exigencias de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria. La sentencia del Tribunal Supremo 22 de diciembre de 2005", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 11, 2006, pp. 165-166.

que las infracciones graves serán sancionadas con multa de €01 a €0.000. No obstante, según señala el artículo 57.1, la multa se va a poder sustituir por la expulsión del extranjero del territorio español, conforme al principio de proporcionalidad. Por tanto, la simple permanencia ilegal –sin que concurran otros hechos negativos– se sancionará con multa, de manera que si la Administración quiere sancionar con expulsión, deberá motivarlo suficientemente en el expediente administrativo correspondiente. Para que tenga lugar la expulsión debía observarse, además de la propia permanencia ilegal, la concurrencia de datos negativos sobre la conducta del extranjero de una entidad suficiente para justificar la sanción. Pero en este punto la técnica jurídica no fue acertada, ya que la norma no precisaba ni tipificaba esos "hechos o datos negativos" que determinaban la expulsión¹⁰.

Tras esta regulación, se sucedieron numerosos pronunciamientos judiciales. El Tribunal Supremo (SSTS 8138/2005, del 22 de diciembre¹¹; 280/2006, del 31 de enero; 2332/2006, del 21 de abril; 1230/2007, del 22 de febrero; 2379/2008, del 27 de mayo; entre otras) aclaró –de forma temprana– que en este sistema definido en la LOEX, la sanción principal establecida para extranjeros por la mera permanencia ilegal es la multa, necesitando la sanción más grave y excepcional –la expulsión– de una motivación específica, distinta o complementaria de la permanencia irregular en territorio español. Al ser la expulsión una sanción más grave que la multa, debe la Administración especificar las situaciones fácticas y jurídicas que concurren y los motivos que justifican la imposición de la misma, atendiendo al daño o riesgo derivado de la infracción administrativa y al principio de proporcionalidad. Cabe destacar que el propio Tribunal Constitucional –en el auto del Pleno 409/2007, del 6 de noviembre–, cuya interpretación debe vincular a todos los jueces y tribunales (ex artículo 5.1 LOPJ¹²), aprobó la constitucionalidad de una interpretación de la LOEX que, en base al principio de proporcionalidad, permitía definir la multa como regla general.

10 JOSÉ RAMÓN CHAVES GARCÍA, "La expulsión de extranjeros: Una incertidumbre interpretativa judicial insostenible", *Al Día Aranzadi*, n.º 55, 2005, pp. 1-8.

11 Tribunal Supremo Español, sentencia 8138/2005 del 22 de diciembre de 2005, RCA 6096/2003. ES:TS:2005.

12 "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

2. LA DIRECTIVA DE RETORNO Y LA INCOMPATIBILIDAD DE LA SANCIÓN DE MULTA: LA EXPULSIÓN COMO REGLA GENERAL

2.1. LA DIRECTIVA DE RETORNO

Este sistema implantado en la LOEX comenzó a ser cuestionado a partir de la aprobación de la Directiva de Retorno. De su articulado se desprende un claro objetivo consistente en introducir un régimen de expulsión y retorno efectivo¹³. La norma obliga a los Estados miembros a dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en el territorio que se trate (artículo 6.1), así como también los obliga a tomar todas las medidas necesarias para hacer cumplir esta decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo determinado para la salida voluntaria o cuando no se haya cumplido por parte del extranjero con la obligación de retorno dentro del plazo señalado al efecto para la salida voluntaria (artículo 8.1). Así pues, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en sentencias del 28 de abril de 2011^[14] y de 6 de diciembre de 2011^[15], hizo una lectura estricta de esta directiva y subrayó que los Estados miembros debían proceder, a la mayor brevedad, a asegurar la eficacia de los procedimientos de retorno de extranjeros en situación irregular, lo que lleva implícito el deber de llevar a cabo la expulsión de estos. Es por ello que a partir de esta jurisprudencia europea se empezó a dudar acerca de si era necesario modular las interpretaciones realizadas hasta la fecha, debiendo ser revisadas las normas que permiten elegir entre la multa y la expulsión de los extranjeros en situación irregular en territorio español (STS 988/2013, del 12 de marzo^[16]).

Cabe significar que, en un primer momento, el TJUE (sentencias del 22 de octubre de 2009^[17] y del 6 de diciembre de 2012^[18]) se pronunció a favor de cualquier

- 13 TERESA FAJARDO DEL CASTILLO, "La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 13, n.º 33, 2009, pp. 453-499; y DIEGO ACOSTA ARCARAZO, "The good, the bad and the ugly in EU migration law: Is the European Parliament becoming bad and ugly?", *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, n.º 1, 2009, pp. 19-39.
- 14 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-61/11 PPU del 28 de abril de 2011. EU:C:2011:268.
- 15 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-329/11 del 6 de diciembre de 2011. EU:C:2011:807.
- 16 Tribunal Supremo Español, sentencia 988/2013 del 12 de marzo de 2013, RCA n.º 343/2011. ES:TS:2013:988.
- 17 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-261/08 del 22 de octubre de 2009 y sentencia Asunto C-348/08 del 22 de octubre de 2009. EU:C: 2009:648. La sentencia tuvo por objeto resolver dos peticiones de decisión prejudicial realizadas por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (España). La decisión interpretó el artículo 62 de la Constitución Española (apartados 1.º y 2.º), así como los artículos 5.º, 11 y 13 del

sistema de multas adoptado por un Estado miembro, aduciendo que la sanción pecuniaria no impide en modo alguno que se lleve a cabo el procedimiento de retorno del extranjero, y por tanto, el derecho comunitario no se opone a que exista un sistema de multas para casos de estancias irregulares. Sin embargo, en fecha 23 de abril de 2015^[19], el TJUE dictó una sentencia (caso Zaizoune) en la que declaraba la incompatibilidad entre el sistema español de multas y la Directiva de Retorno.

2.2. EL IMPACTO DEL CASO ZAIZOUNE: LA INCOMPATIBILIDAD DE LA SANCIÓN DE MULTA CON LA DIRECTIVA DE RETORNO

Cabe significar que la norma de desarrollo de la LOEX –el Real Decreto 557/2011, del 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la LOEX (en adelante, Reglamento de Extranjería)²⁰– estableció que la sanción de multa iba a ir acompañada por un requerimiento imperativo de abandono voluntario del territorio español en un plazo de 15 días –prorrogables– y por la advertencia de sanción de expulsión para el caso de incumplimiento de este requerimiento (artículo 24). En este punto se observa cómo el extranjero en situación irregular que no cumple la sanción de multa –acompañada del requerimiento voluntario de retorno– podría retrasar el abandono del país hasta llegado el momento en que los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado le requieran de nuevo y se le incoe un nuevo

Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 15 de marzo de 2006, por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen). En este caso, en relación con el sistema de multas y expulsión español, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que existía compatibilidad entre la norma europea y un sistema de multas, en tanto esa resolución sancionadora pecuniaria se notifica al extranjero irregular junto a la advertencia de que abandone el territorio, que caso de no cumplirla supondrá la expulsión inmediata.

- 18 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-430/11 del 6 de diciembre de 2012, EU:C:2012:777. La sentencia tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal di Rovigo (Italia). El órgano jurisdiccional italiano preguntó si la Directiva de Retorno debía interpretarse en el sentido de que se oponía a una normativa italiana que sanciona al extranjero irregular con una pena de multa, que puede ser sustituida por una pena de expulsión o por una pena de arresto domiciliario. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea entendió que era compatible una normativa italiana que sancionaba al residente irregular con pena de multa, porque ello no impedía que se adoptase y ejecutase la decisión de retorno del extranjero irregular, a los efectos del cumplimiento efectivo de la Directiva de Retorno.
- 19 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-38/14 del 23 de abril de 2015, EU:C:2015:260.
- 20 Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 103, 2011.

procedimiento preferente de expulsión²¹ –que no contempla un requerimiento voluntario de retorno y que podrá ir acompañado de la medida preventiva de internamiento en un CIE, en aras de garantizar la eventual repatriación–, lo que puede demorarse muchos meses o, incluso, años. Por ello, esta situación podría dejar sin efecto las pretensiones reales de expulsión y repatriación de extranjeros en situación irregular que inspiran la Directiva de Retorno, y sobre este punto se ha suscitado un intenso debate. Así las cosas, el caso Zaizoune –que tiene origen en una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco– tuvo por objeto la interpretación de los artículos 6.1 y 8.1 de la Directiva de Retorno, en tanto debía analizarse si la regla contenida en la norma española era compatible con norma europea. A diferencia de lo que venía ocurriendo hasta la fecha, el TJUE concluyó en esta sentencia que la Directiva de Retorno se oponía a un sistema de multas frente a estancias irregulares de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, lo que ha contado con sendos apoyos de la doctrina²². Por tanto, el TJUE da un giro drástico en la materia al entender que la norma europea se opone a un sistema que impone a los extranjeros irregulares, dependiendo de las circunstancias, una sanción de multa o una sanción de expulsión, rechazando así que ambas sanciones puedan ser excluyentes entre sí. La Directiva de Retorno no impedía que el legislador español definiese una sanción de multa por la estancia irregular, pero lo que no podía suceder es que esta se contemplase como alternativa a la expulsión. Concebir la multa como alternativa constituye una infracción de la directiva europea.

La sentencia deja claro que la norma española que permite la sustitución de la expulsión del extranjero en situación irregular por una multa es incompatible con la Directiva de Retorno, sin que ello requiera eliminar el precepto español (artículo 57, LOEX), en tanto cabe inaplicarlo directamente sin necesidad de plantear recurso de inconstitucionalidad o cuestión prejudicial. Y desde muy temprano los juzgados de lo contencioso-administrativo y los tribunales superiores de justicia españoles se acogieron a esta tesis, admitiendo que, en

21 Tras la reforma de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, operada por la Ley Orgánica 2/2009, que incluyó un nuevo procedimiento ordinario –junto al preferente–, la Dirección General de la Policía Nacional y de la Guardia Civil aclaró –a través de la Circular 1/2010 del 25 de enero– que el procedimiento preferente se aplicaría directamente si el extranjero en situación irregular había sido sancionado con multa y no había retornado en el plazo establecido (ex artículo 24 RD 557/2911).

22 Véanse Andrew Geddes y DIEGO ACOSTA ARCARAZO, ““The development, application and implications of an EU rule of law in the area of migration policy”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n.º 2, 2013, pp. 179-193; y PABLO GONZÁLEZ SAQUERO, “La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva ‘retorno’ (sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-38/14, Zaizoune)”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 55, 2015, pp. 133-158.

base al principio de primacía del derecho comunitario, se debía aplicar de forma directa la Directiva de Retorno²³. Se reconocía que una norma nacional contraria al derecho europeo, a pesar de no anularse ni derogarse, verá suspendido su carácter obligatorio.

La directiva permite que los Estados miembros adopten disposiciones más favorables (como es el caso de la multa) para aquellas personas a quienes se apliquen (artículo 4.3), pero el sistema previsto en la normativa española no podría calificarse como compatible con la directiva. La sanción de multa es una opción que la Directiva de Retorno excluye de forma inequívoca, ya que esta tiene como finalidad la salida de aquellos ciudadanos de terceros países en situación irregular en territorio español, siendo esto incompatible con una sanción de multa que no contempla la salida. Y esto así a pesar de que el artículo 28 LOEX se refiere a una orden de salida obligatoria, ya que esta es inconcreta e ineficaz, pues no fija un tiempo razonable para su ejecución ni tampoco define mecanismos adecuados para garantizar su efectividad; lo que convierte a esta orden de salida en contraria a la normativa europea. En este sentido, entiende el tribunal que un sistema de multas podría frustrar el retorno del extranjero, lo que implicaría despojar de su efecto útil a la directiva. Los Estados no pueden aplicar normas que pongan en peligro la consecución de los objetivos definidos en la Directiva de Retorno, pues lo contrario supondría privarla de su efecto útil²⁴.

Así las cosas, a partir de esta importante sentencia europea de 2015 se tumba el criterio al que estaban sujetos abogados y jueces españoles, al impedirse la imposición de la sanción de multa a aquellos nacionales de terceros países en situación irregular en territorio español. A partir de entonces, por aplicación del principio de primacía, la Administración española debía imponer la sanción de expulsión como regla general, en lugar de la multa, y los tribunales de lo contencioso-administrativo tendrían que ratificar este nuevo criterio europeo. A los extranjeros en situación irregular –aún no existiendo circunstancias agravantes– se les abriría un expediente de expulsión, que podrá tramitarse por procedimiento ordinario o preferente, siendo el procedimiento general aplicable el ordinario. A pesar de ello, el procedimiento preferente sería aplicado con frecuencia, al apreciarse con facilidad las causas que lo habilitan: que el extranjero dificulta su expulsión o supone un riesgo para el orden público, la seguridad nacional o la seguridad pública, así como para casos

23 Véanse, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria n.º 77/2019 del 15 de marzo y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid n.º 419/2017 del 5 de junio. Sobre este punto, véase JOSÉ LUIS RODRÓGUEZ CANDELA, "Interpretación y seguimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 23 de abril de 2015 (Zaizoune)", *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18, 2019, p. 73.

24 Sobre la preservación del efecto útil de las directivas, véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-329/11 del 6 de diciembre de 2011, EU:C:2011:807 y Asunto C-61/11 PPU del 28 de abril de 2011, EU:C:2011:268.

en que exista riesgo de incomparecencia (artículo 63.1, LOEX). En este orden de cosas, el procedimiento preferente no va a otorgar un plazo voluntario de salida y permitirá acometer el internamiento del extranjero en un CIE (artículo 63.2, LOEX), mientras que el procedimiento ordinario otorgaría al extranjero un plazo de cumplimiento voluntario de retorno –entre siete y treinta días– y no lleva aparejado, en ningún caso, el internamiento del extranjero (artículo 63 bis.2 y 3, LOEX)²⁵. Aunque en este punto cabría observar cómo algunas de las causas que justifican la adopción del procedimiento preferente (lo que supone no conceder plazo alguno para la salida voluntaria) no armonizan suficientemente con las previstas en la Directiva de Retorno, la cual reserva esta posibilidad solo a casos de (artículo 7.4): riesgo de fuga; si se desestima solicitud de permanencia por ser infundada o fraudulenta; y riesgo para el orden público, seguridad pública o seguridad nacional. En este sentido, cabe destacar cómo el riesgo de incomparecencia no es contemplado en la directiva como causa que permita la denegación del periodo voluntario de retorno. Además, tal y como señala la directiva, esta definición del riesgo de incomparecencia tendría que venir definido en una ley española, no siendo admisible que venga contemplado en una circular de la Comisión General de Extranjería y Fronteras²⁶. Así como también podría ser cuestionable, cuando menos, el hecho de que en estas excepciones (ex artículo 7.4) las disposiciones de la LOEX se practiquen para extranjeros que faciliten la inmigración clandestina (artículo 54.1.b, LOEX) y para aquellos que presenten antecedentes penales (artículo 57.2)²⁷, por suponer ello un riesgo para el orden y la seguridad pública.

Por otro lado, mención especial merece la prohibición de entrada que lleva aparejado el expediente de expulsión (artículo 58.2, LOEX): para el caso del procedimiento ordinario, si el extranjero irregular abandona el territorio en el plazo de salida voluntaria, no se le aplicará tal prohibición; mientras que en el procedimiento preferente sí se aplicará esta prohibición, salvo que el extranjero abandone el país en tanto se formaliza el expediente de expulsión. Además, cabe subrayar que el procedimiento preferente es el que venía aplicándose hasta la novedosa sentencia del caso Zaizoune para aquellos casos en que, tras sancionarse con multa y requerimiento voluntario de retorno, el extranjero no abandonase el territorio nacional en el plazo establecido de quince días.

25 Sobre la concesión de un plazo voluntario a través del procedimiento ordinario, el artículo 63bis fue introducido en la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, Ley 2/2009, del 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, del 11 de enero, *Boletín Oficial del Estado*, n.º 299, 2009.

26 Circular 1/2010 de la Comisión General de Extranjería y Fronteras.

27 Sobre este punto se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-554/13 del 11 de junio de 2015, EU:C:2015:377, aduciendo que el hecho de que un extranjero haya sido condenado penalmente no justifica, por sí solo, que este represente un riesgo para el orden público (ex artículo 7.4, Directiva de Retorno).

Por tanto, se hizo valer la regla general de la expulsión, siendo solo admisible que se aplique la multa o que se estime improcedente la expulsión cuando se den los casos tasados del artículo 6.1 (apartados 2 a 5) de la Directiva de Retorno, cuando el extranjero: (1) posea la autorización de estancia expedido por otro Estado miembro; (2) sea asumido por otro Estado miembro; (3) obtenga permiso de residencia autónomo, o de otra autorización, por razones humanitarias o de otro tipo; o (4) tenga pendiente la renovación del permiso de residencia u otra autorización, lo que suspende el procedimiento de expulsión.

A raíz de esta sentencia, la interpretación del TJUE fue acogida por los distintos órganos jurisdiccionales españoles de forma dispar. Por un lado, el Tribunal Supremo se posicionó a favor de la directiva, al amparo del principio de primacía del derecho de la UE, mientras que los Tribunales Superiores de Justicia señalaron que no procedía aplicar el efecto directo de la directiva europea cuando ello perjudique a los derechos de los extranjeros²⁸.

3. NUEVO GIRO INTERPRETATIVO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: LA MULTA COMO REGLA GENERAL

Como hemos señalado, la sentencia Zaizoune desencadenó que la Administración tuviese que aplicar la expulsión del extranjero con permanencia ilegal, salvo en casos excepcionales que admitirían multa, a los que nos hemos referido *supra* (ex artículo 6.1, Directiva de Retorno). El TJUE sostenía que la aplicación de la sanción administrativa de multa, en lugar de la expulsión, podría menoscabar el efecto útil de la Directiva de Retorno. Por ello, en el periodo 2015-2020, la Administración española se ha basado en la Directiva de Retorno para utilizar la sanción de expulsión del extranjero con preferencia a la sanción de multa, lo que además ha contado con el aval de los tribunales de lo contencioso-administrativo españoles. Destacadamente, la STS 734/2019, del 30 de mayo²⁹, confirmó que las autoridades administrativas y judiciales españolas podían inaplicar las previsiones de la LOEX, para así hacer valer directamente la Directiva de Retorno, como exigía la sentencia Zaizoune. Pero esto, más adelante, se entendió que perjudicaba a los interesados, en el sentido que analizamos a continuación.

28 RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ, "Decisiones de retorno contra nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular en España: Consecuencias de la (supuesta) incompatibilidad de la Ley de Extranjería con la Directiva 2008/115 y de su ausencia de efecto directo vertical", *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 13, n.º 1, 2021, p. 12.

29 Tribunal Supremo Español, sentencia 734/2019 del 30 de mayo de 2019, Recurso de casación n.º 2674/2018. ES:TS:2019:1813.

A pesar de esta contundente jurisprudencia europea, el TJUE volvió a abordar la materia en su sentencia del 8 de octubre de 2020³⁰. En este caso, el TJUE vuelve a acogerse a la regla general de la multa, aduciendo que la Administración española no puede expulsar al extranjero con preferencia a la sanción de multa, ya que la Directiva de Retorno no puede ser utilizada por los EE. MM. para perjudicar a las personas³¹. Con anterioridad a la llegada de esta sentencia de 2020, casi en la totalidad de casos en que la policía localizaba a un extranjero en situación irregular, se procedía a la expulsión del territorio y se prohibía el acceso durante varios años³².

Así pues, con este nuevo fallo europeo, la multa sería la regla general y se reservaría la expulsión solo a casos en que se observen hechos negativos o motivos agravantes. En concreto, el TJUE entendió que un Estado miembro no podía aplicar directamente la sanción de expulsión –sin que existan circunstancias agravantes– con base en la Directiva de Retorno, en tanto la normativa española solo prevé esta sanción para extranjeros que incurran en circunstancias agravantes. Por todo ello, la Administración española no podría adoptar decisiones de retorno si no concurren circunstancias agravantes, ya que la norma española contempla la sanción de multa para esos casos³³. Esta sentencia estaba llamada a ocasionar que las oficinas de extranjería tuvieran que acordar la retroacción de actuaciones en relación con aquellos expedientes de expulsión en trámite o en vía de recurso, lo que habría implicado poner fin al procedimiento sancionador si no concurrían circunstancias negativas. Por tanto, tras este nuevo fallo europeo, se quería dejar a un lado las previsiones de la Directiva a favor de la expulsión y hacer valer la norma española (LOEX), al ser más favorable al extranjero. La medida de expulsión solo podría adoptarse ante circunstancias agravantes, adicionales a su propia situación irregular, y la Administración no podrá basarse directamente en lo establecido en la Directiva de Retorno, no pudiendo acordar la ejecución de una decisión de retorno (expulsión) si no se dan circunstancias agravantes³⁴.

30 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-568/19 del 8 de octubre de 2020, EU:C:2020:807.

31 En este punto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado, en varias ocasiones, que los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas para crear obligaciones perjudiciales a las personas (sentencias del 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, y del 12 de diciembre de 2013, Portgás, C-425/12, EU:C:2013:829).

32 CRISTINA VELASCO JIMÉNEZ, "Nueva doctrina sobre expulsión de extranjeros tras plantear cuestión prejudicial al Tribunal de la Unión un tribunal español", *Diario La Ley*, n.º 9786, 2021, pp. 1-8.

33 BENJAMÍN GÓRRIZ GÓMEZ, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite que a los extranjeros en situación irregular en España se les imponga una multa en lugar de la expulsión", *Diario La Ley*, n.º 9750, 2020, pp. 1-14.

34 Véase MARCK SAFJAN, "Normativa nacional que impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión de los nacionales de terceros países en situación irregular. TJ, Sala Sexta, S 8 Oct. 2020. Asunto C-568/19: Subdelegación

4. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: FIN DE LA MULTA Y EXPULSIÓN ANTE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

Sin embargo, tras esta importante sentencia del TJUE, el Tribunal Supremo fijó su doctrina casacional en torno a la regla general de la expulsión, abogando por la desaparición de la multa. Así, el Tribunal Supremo –en su sentencia 366/2021, del 17 de marzo³⁵– fijó como regla general, de nuevo, la sanción de expulsión, apoyándose en la doctrina fijada por el TJUE en la sentencia del caso Zaizoune. En este sentido, la sala se acoge a la doctrina del "acto aclarado" en relación con la incidencia de la Directiva de Retorno sobre el régimen definido en la LOEX.

En particular, el tribunal español señaló que la estancia irregular implica la expulsión y que no cabe, en ningún caso, sustituirla por multa. Una sanción de multa que sustituyese a la expulsión sería contraria a la Directiva de Retorno. El precepto controvertido –artículo 57.1, LOEX– debe ser interpretado para delimitar su alcance y de conformidad con los preceptuado en la normativa europea. La norma europea deja claro que la estancia irregular de un ciudadano de un tercer país en territorio español debe ser objeto de una decisión de retorno, por lo que el precepto español debe interpretarse en el sentido en que este extranjero irregular solo puede ser sancionado con expulsión. Por todo ello, la opción de multa que contiene el precepto citado no procederá en ningún caso.

En este orden de cosas, una vez aclarado que solo cabe la sanción de expulsión, habrá que determinar cuándo la situación de estancia irregular del extranjero exige dictar esta sanción. Para sancionar con expulsión será necesario estudiar cada caso de forma individual y apreciar la concurrencia de circunstancias gravantes, atendiendo al principio de proporcionalidad. Con ello, no cabría sancionar con multa, pero aumentarían las garantías formales y materiales de la expulsión.

Mientras el derecho español establece que la estancia irregular, sin que se den consideraciones subjetivos u objetivos de agravación de la conducta, constituye una infracción grave (artículo 53.1.a) que debe ser sancionada con multa (artículo 55.1.b) y, aplicando el principio de proporcionalidad, puede serlo también con expulsión (artículo 57.1), la Directiva de Retorno impone la obligación a los Estados miembros de dictar un acto administrativo que contenga la decisión de retorno, a la vez que exige que la finalización de la situación irregular de los extranjeros se lleve a cabo a través de un procedimiento transparente y justo. Así pues, esta decisión de retorno, tal y como

del Gobierno en Toledo (Conséquences de l'arrêt Zaizoune)", *La Ley Unión Europea*, n.º 86, 2020, pp. 1-13.

35 Tribunal Supremo Español, sentencia 366/2021 del 17 de marzo de 2021. Recurso de casación n.º 2870/2020. ES:TS:2021:1181.

interpreta el TJUE, no puede atribuirse a la mera estancia irregular –como viene sucediendo en la LOEX–, sino que debe adoptarse de forma individualizada y sobre la base de criterios objetivos.

5. NUEVA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. LA MULTA COMO REGLA GENERAL

Tras la sentencia del Tribunal Supremo del 17 de marzo de 2021, no ha sido admisible la imposición de la sanción administrativa de multa por la mera estancia irregular sin que concurran hechos negativos. Solo tenía cabida la sanción administrativa de expulsión cuando se diesen hechos agravantes. Pero con la llegada de una nueva sentencia del TJUE del 3 de marzo de 2022^[36] se vuelve a la situación anterior: la multa como regla general. El ponente de la sentencia construye sus argumentos sobre la base de que la imposición de una multa no va a obstaculizar por sí misma el procedimiento de retorno que establece la Directiva de Retorno, la cual apuesta por una política eficaz de expulsión^[37] y permite a los Estados miembros sancionar como consideren oportuno la mera estancia irregular de ciudadanos de terceros países en sus territorios. Eso sí, la sentencia prioriza la ejecución voluntaria de la obligación de abandono del territorio, frente a la expulsión forzosa.

Este nuevo pronunciamiento vuelve a hacer valer la sanción administrativa de multa como regla general, en el sentido ya defendido en la STJUE del 8 de octubre de 2020, aunque ahora se ofrecen mayores garantías para el extranjero^[38]. Como se ha señalado, la sanción administrativa de multa va a venir acompañada de un requerimiento voluntario de retorno para el extranjero en un plazo determinado. En este punto, el tribunal europeo ha confirmado que la Directiva de Retorno no se opone a que, dentro de este plazo para abandonar

36 Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-409/2020 del 3 de marzo de 2022, EU:C:2022:148. Esta sentencia se dicta en el marco de una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Pontevedra, a través de auto del 20 de agosto de 2020. El órgano jurisdiccional español pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si la Directiva de Retorno debe ser interpretada en el sentido en que se opone a una normativa de un Estado miembro que sanciona la permanencia irregular de extranjeros, cuando no concurren circunstancias agravantes, primero con una sanción de multa que lleva aparejado un requerimiento voluntario de retorno y segundo, de no cumplirse este requerimiento –no se regulariza la situación ni se abandona el territorio español–, con una sanción de expulsión.

37 Artículo 6: “Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio”.

38 FRANCISCO COMINGES CÁCERES, “El Tribunal de Justicia de la UE valida la normativa española que prima la sanción de las situaciones de permanencia irregular de extranjeros con multa antes que expulsión STJUE de 03/03/2022, asunto C-409/20”, *Diario La Ley*, n.º 10033, 2022, pp. 1-15.

el territorio (treinta días), el nacional de un tercer país pueda regularizar su situación (por ejemplo, con la obtención de un permiso de residencia u otro tipo de autorización que otorgue derecho de estancia por motivos humanitarios o de otra naturaleza)³⁹. Por tanto, se reconoce la existencia de un plazo razonable de regularización, y en caso de que esta tenga lugar, se suspendería o revocaría la sanción de expulsión.

En aras de flexibilizar y de ofrecer mayores garantías al nacional de un tercer país, el TJUE también recuerda que es posible retrasar el momento de ejecución de la obligación de abandono del territorio (la expulsión) ante determinadas circunstancias subjetivas de especial importancia (*ex artículo 7.º, Directiva de Retorno*): duración de la estancia y existencia de niños escolarizados y otros vínculos familiares y sociales. Aunque en todo caso el plazo para el abandono voluntario del territorio debe prorrogarse durante el tiempo prudencial y estrictamente necesario para atender las circunstancias concretas de cada caso. Todo ello sin perder de vista que la Directiva de Retorno obliga a los Estados miembros a proceder a la sanción de expulsión lo antes posible.

De otro lado, se invoca el principio de proporcionalidad a la hora de valorar la oportunidad de la sanción administrativa de expulsión, para el caso de no existir regularización en el plazo voluntario para el retorno. La sentencia defiende que solo cabrá expulsión directa si, tras analizar cada caso de forma individualizada y objetiva, se apreciase: riesgo de fuga, desestimaciones de solicitudes de residencia por ser infundadas o fraudulentas, o riesgo para el orden y la seguridad pública o para la seguridad nacional (*artículo 7.4, Directiva de Retorno*). Además, tampoco habría inconveniente a que se prorrogue el plazo de salida voluntaria, si no concurriesen estas circunstancias señaladas, hasta que tenga lugar la mencionada regularización.

Por su parte, la normativa española no define ningún trámite a seguir para los casos en que esta regularización no tenga lugar, lo que supone incumplir el requerimiento voluntario de abandono del territorio español. En este sentido, solo cabría entender que ese incumplimiento debe ejecutarse de forma forzosa, lo que –en materia de extranjería– puede acometerse a través de la figura de la expulsión, cuyos trámites son definidos en la LOEX (procedimiento ordinario o preferente). Pero lo cierto es que la LOEX no autoriza a la Administración española para expulsar a extranjeros en estos casos de incumplimiento del requerimiento voluntario de retorno, lo que podría dejar sin efecto la orden de salida y, con ellos, se vulneraría la norma europea.

39 Puede observarse cómo el artículo 6.4 de la Directiva de Retorno permite a los Estados miembros conceder a un extranjero irregular, en cualquier momento, un permiso de residencia autónomo u otro tipo de autorización que otorgue derecho de estancia por motivos humanitarios o de otro tipo. De forma que si ya se hubiese dictado el requerimiento de retorno, durante el periodo de validez del permiso de residencia (o de otra autorización) se suspenderá o revocará esta decisión de retorno.

6. A VUELTAS CON EL SISTEMA DE EXPULSIÓN E INEXISTENCIA DE MULTA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 337/2022, DEL 16 DE MARZO

Como se ha señalado, el Tribunal Supremo viene rechazando de forma inequívoca la interpretación del TJUE que propugna una doble sanción, en forma sucesiva, para extranjeros irregulares: primero, de multa con obligación de retorno, y para el caso de que no se regularice o se retorne, de expulsión (véase las STS 366/2021, del 17 de marzo; 750/2021, del 27 de mayo⁴⁰; y 210/2022, del 21 de febrero⁴¹). La sentencia del TJUE del 3 de marzo de 2022 declara que cuando no concurren circunstancias agravantes, se puede sancionar al extranjero irregular con una multa que lleva aparejada la obligación de retorno y, sucesivamente, con una orden de expulsión; pero el Tribunal Supremo se separa de esta tesis europea y concluye que la única sanción procedente es la de expulsión, y solo cuando concurren circunstancias agravantes que justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada.

Así las cosas, este sistema de sanciones en materia de extranjeros en situación irregular en España vuelve a dar un importante giro con la sentencia del Tribunal Supremo 337/2022, del 16 de marzo⁴². La novedosa sentencia discrepa de la reciente interpretación del TJUE sobre las sanciones de multa y expulsión de ciudadanos de terceros países en situación irregular, y vuelve a hacer valer la expulsión como regla general, contemplándola como única sanción posible. El Tribunal Supremo afirma que solo cabe sancionar la permanencia ilegal con expulsión –como ya lo hiciese en su sentencia 366/2021, del 17 de marzo de 2021–, lo que requiere apreciar la concurrencia de hechos agravantes o negativos. Por su parte, la estancia irregular sin agravantes no comportaría sanción administrativa de multa, así como tampoco expulsión.

Por ello, no cabe interpretar que la LOEX permita la opción de multa o expulsión al ciudadano de un tercer país en situación irregular. El fallo judicial señala que solo procederá la expulsión cuando concurren hechos agravantes,

40 Tribunal Supremo Español, sentencia 750/2021 del 27 de mayo de 2021. Recurso de casación n.º 1739/2020. ES:TS:2021:2339.

41 Tribunal Supremo Español, sentencia 210/2022 del 21 de febrero de 2022. Recurso de casación n.º 8384/2019. ES:TS:2022:653.

42 Tribunal Supremo Español, sentencia 337/2022 del 16 de marzo de 2022. Recurso de casación n.º 6695/2020. ES:TS:2022:988. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de un ciudadano extranjero contra la sentencia del 9 de septiembre de 2020, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la denegación de un recurso contencioso-administrativo que el ciudadano extranjero interpuso contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Valencia de 20/2/2018.

pero en caso de que esto no suceda, no debe existir una sanción pecuniaria. Por tanto, cuando no concurren circunstancias agravantes se debería imponer la orden de salida voluntaria en un plazo determinado, y en incumplimiento de la misma (por no tener lugar la regularización), solo cabría ejecutarla forzosamente a través de la sanción de expulsión (de conformidad con lo dispuesto en los artículos 57, 63, 63 bis y 64). Sin embargo, la LOEX, en su artículo 28, no autoriza a la Administración española a expulsar a aquellos extranjeros que desobedezcan la orden de salida, lo que deja sin efecto jurídico a esta y constituye una vulneración de la Directiva de Retorno⁴³. El artículo 28 LOEX regula la orden de salida, pero no define un procedimiento dirigido a hacer efectiva esta obligación y tampoco se sujeta el incumplimiento a la imposición de multa alguna⁴⁴. Por lo que la mera estancia irregular podrá cristalizar en el archivo sin sanción administrativa o, en su caso, en la sanción de expulsión.

En nuestra opinión, no es posible que para una misma situación de estancia irregular de un extranjero se pueda abrir un doble procedimiento administrativo sancionador –inicial de multa y posterior de expulsión–. No es admisible una doble sanción, aún siendo en forma sucesiva, de la estancia irregular, ya que el procedimiento sancionador debe tener carácter único.

CONCLUSIONES

La normativa española (LOEX) permite interpretar que existe la opción de multa o expulsión para aquellos ciudadanos de terceros países que se encuentran en situación irregular en territorio español. La mera estancia irregular –sin necesidad de apreciar circunstancias agravantes– constituye una infracción grave (artículo 53.1.a) que debe ser sancionada con multa (artículo 55.1.b) y, en aplicación del principio de proporcionalidad, puede ser sancionada con expulsión (artículo 57.1). Sin embargo, la Directiva de Retorno impone la obligación a los Estados miembros de dictar actos administrativos que contengan la decisión de retorno, lo que debe vehiculizarse a través de procedimientos transparentes y justos. Por ello, la sanción de expulsión no puede atribuirse a la mera estancia irregular –como parece admitir la LOEX–, sino que debe dictarse con base en criterios objetivos y de forma individualizada, lo que pasa por

- 43 Aunque cabe subrayar que el Reglamento de Extranjería (artículo 24.2) dispone que de no atenderse la orden de salida, se aplicará lo previsto para supuestos del artículo 53.1.a, Ley Orgánica sobre los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, lo que solo admitiría que, ante circunstancias agravantes y en base al principio de proporcionalidad, se imponga la sanción de expulsión.
- 44 JOSÉ MARÍA PEY GONZÁLEZ, “La historia interminable de la sanción por la estancia irregular del extranjero en el país. STS n.º 337/2022 del 16 de marzo, Rec. 6695/2020”, *Diario La Ley*, n.º 10051, 2022, pp. 3-4.

apreciar la existencia de hechos o circunstancias agravantes que justifiquen suficientemente la sanción a imponer.

Por su parte, el propio TJUE, en la sentencia del 3 de marzo de 2022, ha entendido que es posible una doble sanción, en forma sucesiva, para extranjeros irregulares que no incurren en circunstancias agravantes: primero, una sanción de multa con obligación de retorno, y para el caso de que no tenga lugar la regularización o no se retorne, otra sanción de expulsión. Sin embargo, en nuestra opinión y desde la perspectiva de la Directiva de Retorno, solo cabe imponer la sanción de expulsión –y no la multa–, lo que requiere apreciar la concurrencia de hechos o circunstancias agravantes en el extranjero: domicilio desconocido, desconocimiento del momento en que entra al país y del lugar por el que entró, situación de indocumentación, presentar antecedentes penales u otras análogas.

La mera estancia irregular, sin concurrencia de hechos negativos, no comportaría sanción administrativa –ni multa, ni expulsión–, aunque sí lleva aparentada una orden de salida voluntaria que, de no cumplirse, debería dar lugar a la sanción de expulsión, de conformidad con el principio de proporcionalidad. Sin embargo, la LOEX no autoriza a expulsar a extranjeros que desatiendan la orden de salida, y ello deja sin efecto a la misma. En este punto, la normativa debería fijar un plazo determinado de retorno para esa orden de salida, así como también deberían crearse instrumentos sólidos que den efectividad a dicha orden. Por tanto, la mera estancia irregular de un extranjero en territorio español (*ex* artículo 53.1.a, loex) podrá dar lugar al archivo de actuaciones –sin que tenga lugar la imposición de sanción administrativa– o, en caso de que concurran circunstancias agravantes, a la sanción de expulsión.

Lo cierto es que el legislador español ha dejado la normativa sobre extranjería a merced de lo que estime la jurisprudencia. Son numerosos los pronunciamientos que han ido cambiando de criterio procedentes del Tribunal Supremo y del TJUE, a los que también se suman otros tantos que emanan de los tribunales superiores de justicia y de las primeras instancias jurisdiccionales. Así pues, lo recomendable sería que se modificase de una vez por todas la normativa española sobre extranjería, en aras de suprimir esta regla de la sanción de multa o expulsión, para con ello dar mayor certidumbre y seguridad a los ciudadanos de terceros países, al personal de servicio de las oficinas de extranjería y a los propios jueces. La LOEX debería reflejar el contenido y la esencia de la Directiva de Retorno, lo que pasa por definir la sanción de expulsión como regla general aplicable a extranjeros en quienes concurren circunstancias agravantes, haciendo desaparecer así a la sanción de multa. Lo contrario atentaría contra el principio de seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ACOSTA ARCARAZO, DIEGO. "The good, the bad and the ugly in EU migration law: Is the European Parliament becoming bad and ugly?". *European Journal of Migration and Law*, vol. 11, n.º 1, 2009.

CHAVES GARCÍA, JOSÉ RAMÓN. "La expulsión de extranjeros: Una incertidumbre interpretativa judicial insostenible". *Al Día Aranzadi*, n.º 55, 2005.

COMINGES CÁCERES, FRANCISCO. "El Tribunal de Justicia de la UE valida la normativa española que prima la sanción de las situaciones de permanencia irregular de extranjeros con multa antes que expulsión (STJUE de 03/03/2022, asunto C-409/20)". *Diario La Ley*, n.º 10033, 2022.

CRESPO ARCE, MARÍA ELENA. "¿Expulsión o salida voluntaria? En torno a la controvertida resolución judicial dictada el 23 de abril de 2015 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea". *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 23, 2016.

FAJARDO DEL CASTILLO, TERESA. "La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 13, n.º 33, 2009.

GEDDES, ANDREW, Y DIEGO ACOSTA ARCARAZO. "The development, application and implications of an EU rule of law in the area of migration policy". *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n.º 2, 2013.

GÓMEZ GIL, CARLOS. "Inmigración, crisis e involución: El acelerado cambio de paradigma en la política migratoria de España y sus efectos". En Enrique Conejero Paz, Alfonso Ortega Giménez y Mónica Ortega Roig (coords.), *Inmigración, integración, mediación intercultural y participación ciudadana*. Madrid: Editorial Club Universitario, 2010.

GONZÁLEZ SAQUERO, PABLO. "La regulación de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva 'retorno' (sentencia del Tribunal de Justicia, asunto C-38/14, Zaizoune)". *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 55, 2015.

GÓRRIZ GÓMEZ, BENJAMÍN. "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea admite que a los extranjeros en situación irregular en España se les imponga una multa en lugar de la expulsión". *Diario La Ley*, n.º 9750, 2020.

LAFUENTE SÁNCHEZ, RAÚL. "Decisiones de retorno contra nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular en España: Consecuencias de la (supuesta) incompatibilidad de la Ley de Extranjería con la Directiva 2008/115

y de su ausencia de efecto directo vertical". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, n.º 1, 2021.

LANCHA MUÑOZ, MANUEL. "La Directiva de Retorno a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, vol. 35, 2014.

MÚGICA HERZOG, ENRIQUE. "Inmigración y políticas de inmigración". *Temas para el Debate*, n.º 136, 2006.

PEY GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA. "La historia interminable de la sanción por la estancia irregular del extranjero en el país. STS n.º 337/2022 del 16 de marzo, Rec. 6695/2020". *Diario La Ley*, n.º 10051, 2022.

RODRÓGUEZ CANDELA, JOSÉ LUIS. "Interpretación y seguimiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 23 de abril de 2015 (Zaizoune)". *Revista Crítica Penal y Poder*, n.º 18, 2019.

SAFJAN, MARCK. "Normativa nacional que impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión de los nacionales de terceros países en situación irregular. TJ, Sala Sexta, S 8 Oct. 2020. Asunto C-568/19: Subdelegación del Gobierno en Toledo (Conséquences de l'arrêt Zaizoune)". *La Ley Unión Europea*, n.º 86, 2020.

TOLOSA TRIBIÑO, CÉSAR. "Exigencias de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria. La sentencia del Tribunal Supremo 22 de diciembre de 2005". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 11, 2006.

VELASCO JIMÉNEZ, CRISTINA. "Nueva doctrina sobre expulsión de extranjeros tras plantear cuestión prejudicial al Tribunal de la Unión un tribunal español". *Diario La Ley*, n.º 9786, 2021.

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-409/2020 del 3 de marzo de 2022.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-568/19 del 8 de octubre de 2020.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-554/13 del 11 de junio de 2015.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-38/14 del 23 de abril de 2015.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-430/11 del 6 de diciembre de 2012.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-329/11 del 6 de diciembre de 2011.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-61/11 PPU del 28 de abril de 2011.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-348/08 del 22 de octubre de 2009.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia Asunto C-261/08 del 22 de octubre de 2009.

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, sentencia 77/2019 del 15 de marzo de 2019.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia 419/2017 del 5 de junio de 2017.

Tribunal Supremo Español, sentencia 337/2022 del 16 de marzo de 2022.

Tribunal Supremo Español, sentencia 210/2022 del 21 de febrero de 2022.

Tribunal Supremo Español, sentencia 750/2021 del 27 de mayo de 2021.

Tribunal Supremo Español, sentencia 366/2021 del 17 de marzo de 2021.

Tribunal Supremo Español, sentencia 734/2019 del 30 de mayo de 2019.

Tribunal Supremo Español, sentencia 988/2013 del 12 de marzo de 2013.

Tribunal Supremo Español sentencia 2379/2008 del 27 de mayo de 2008.

Tribunal Supremo Español, sentencia 1230/2007 del 22 de febrero de 2007.

Tribunal Supremo Español, sentencia 2332/2006 del 21 de abril de 2006.

Tribunal Supremo Español, sentencia 280/2006 del 31 de enero de 2006.

Tribunal Supremo Español, sentencia 8138/2005 del 22 de diciembre de 2005.