

Doble Grado en ADE+Derecho

Curso 2021/2022

Evolución e impacto jurisprudencial en materia de las decisiones de retorno de los extranjeros en situación irregular: de la STJUE Zaizoune a la STS 1181/2021.

Diego Alejandro Muñoz Vallejo

Director/a: Iker Barbero González

Bilbao, a 15 de febrero de 2022



Índice de contenidos.

RESUMEN.	4
ABSTRACT.	4
LABURPENA.	5
ÍNDICE DE ABREVIATURAS.	6
I. INTRODUCCIÓN.	7
II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RETORNO DE EXTRANJERÍA.	12
2.1. Marco normativo de la decisión de retorno en la UE.	12
2.2. Las decisiones de retorno en la legislación española de extranjería.	15
2.3. Líneas jurisprudenciales de interpretación.	17
2.3.1. La «teoría de los datos negativos» construida por el TS.....	17
2.3.2. La sentencia Zaizoune. La expulsión como única medida sancionatoria posible.....	21
2.3.3. La sentencia MO. Sobre la aplicación directa de la Directiva de Retorno.	30
2.3.4. La nueva STS 1181/2021; un nuevo vuelco a la situación.	32
III. COMPATIBILIDAD DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA CON LA DIRECTIVA DE RETORNO.	35
IV. EFECTO PRÁCTICO DE LAS SENTENCIAS. APROXIMACIÓN AL CASO VASCO.	43
4.1. Efecto en la actuación administrativa.	43
4.2. Efecto en la actuación judicial.	46
V. CONCLUSIONES.	49
VI. BIBLIOGRAFÍA.	51

Índice de gráficos y tablas.

GRÁFICO 1. Países que registran un mayor número órdenes de retorno contra NTP (2016-2020).....	8
GRÁFICO 2. NTP hallados en situación irregular en la UE.....	9
TABLA 1. Número de NTCP hallados en situación irregular, órdenes de expulsión dictadas y ejecutadas, y tasa de ejecución en la UE y España (2011-2020)	10
GRÁFICO 3. Número de expulsiones y multas impuestas con fundamento en el art. 53.1.) LOEx (2010-2020).....	44
GRÁFICO 4. Número de expedientes incoados según el tipo de procedimiento empleado (2010-2020).....	45
GRÁFICO 5. Porcentaje de sentencias desestimatorias y estimatorias sobre instancia irregular en el JCA 5 Bilbao (2016-2021).....	47
GRÁFICO 6. Principales causas de archivo en procesos sobre situación irregular en el JCA 5 Bilbao (2016-2021).....	48

RESUMEN.

Este trabajo realiza un análisis de las diferentes líneas jurisprudenciales aplicadas a la hora de sancionar la estancia irregular conforme a Derecho español. La reciente STS 1181/2021, de 17 de marzo, marca un nuevo hito en el debate nacido a raíz de la controvertida STJUE «Zaizoune», en la medida en que prohíbe sancionar de ninguna manera, incluida la multa, a los nacionales de terceros países que se hallen en situación irregular cuando no consten circunstancias o hechos negativos en su contra. Con esta decisión se pone pausa, pero no fin, a la discusión sobre si el sistema sancionador previsto en la Ley Orgánica de Extranjería es compatible con la Directiva de Retorno, en tanto que queda pendiente que el TJUE se pronuncie de nuevo sobre la cuestión. No solo eso, sino que el pronunciamiento suscita diferentes incógnitas que solo el tiempo resolverá. En cualquier caso, resulta claro que la solución a esta larga controversia jurídica pasa por una intervención del legislador.

Palabras clave: estancia irregular; Zaizoune; Directiva de Retorno; multa; expulsión.

ABSTRACT.

This work carries out an analysis of the different jurisprudential lines applied when sanctioning irregular stay in accordance with Spanish law. The recent STS 1181/2021, of March 17th, marks a new milestone in the debate born as a result of the controversial «Zaizoune» sentence of CJEU, in so far as it prohibits punishing in any way, including fines, third-country nationals who are in irregular situation when there are no negative circumstances or facts against them. This decision puts pause, but not end, to the discussion on whether the penalizing system provided by the Organic Law on Foreign Affairs is compatible with the Return Directive, since it remains pending that the CJEU deliver again on the issue. Not only that, but the pronouncement raises different unknowns that only time will solve. In any case, it is clear that the solution to this long-standing legal dispute requires the intervention of the legislator.

Key words: irregular stay; Zaizoune; Return Directive; fine; expulsion.

LABURPENA.

Lan honetan, Espainiako zuzenbidearen arabera egonaldi irregularra zigortzeko aplikatu diren jurisprudenzia-ildoak aztertzen dira. Auzitegi Goreneko 1181/2021 epaiak, martxoaren 17an, mugari berria ezarri du EBJA-ren Zaizoune epai polemikoak sortutako eztabaidaren ondorioz; izan ere, egoera irregularrean dauden hirugarren herrialdeetako nazionalak ezingo zaie zigortu, ezta isun bidez ere, haien kontra zirkunstantzia edo gertaera negatiborik egon ezean. Erabaki honek Atzerritarrei buruzko Lege Organikoan ezarritako zehapen-sistema Itzulerako Direktibarekin bateragarria ote deneko eztabaidari pausa jarri dio, amaiera ez ordea, EBJAk berriz ere bere iritzia emango baitu gai honi buruz. Are gehiago, pronuntziamenduak denborak bakarrik ebatziko dituen ezezagun desberdinak sortzen ditu. Nolanahi ere, argi dago legegilearen esku-hartzea behar dela eztabaida juridiko luze hau konpontzeko.

Gako-hitzak: egonaldi irregularra; Zaizoune; Itzulerako Direktiba; isuna; kanporatzea.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.

ATC. Auto del Tribunal Constitucional.

ATSJCM. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La-Mancha.

BOE. Boletín Oficial del Estado.

CE. Constitución Española de 1978.

CGAE. Consejo General de la Abogacía Española.

CIE. Centro de Internamiento de Extranjeros.

FJ. Fundamento Jurídico.

LO. Ley Orgánica.

LOEx. Ley Orgánica de Extranjería.

LJCA. Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LPAC. Ley de Procedimiento Administrativo Común.

NTP. Nacionales de Terceros Países.

RELOEx. Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería.

STC. Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH. Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

STJCE. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

STJUE. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS. Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJPV. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

TC. Tribunal Constitucional.

TEDH. Tribunal Europeo de Derecho Humanos.

TFUE. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJCE. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TJUE. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TS. Tribunal Supremo.

TSJ. Tribunal Superior de Justicia.

TSJPV. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

UE. Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN.

La estancia o situación irregular ha generado grandes debates en la doctrina y jurisprudencia española en los últimos años; en concreto, a partir del fallo del TJUE en su sentencia *Zaizoune* de 2015. Mediante el mismo, e interpretando la Directiva 2008/115/CE, también conocida como Directiva de Retorno, el máximo intérprete del Derecho de la Unión concluye que, al contrario de la forma en que se venía interpretando la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), se establece la obligación de los Estados miembros de imponer una decisión de retorno a todos aquellos nacionales de terceros países que se hallen en situación irregular, sin que la sanción de multa suponga una opción factible en aras de cumplir con el principio de eficacia de la referida Directiva.

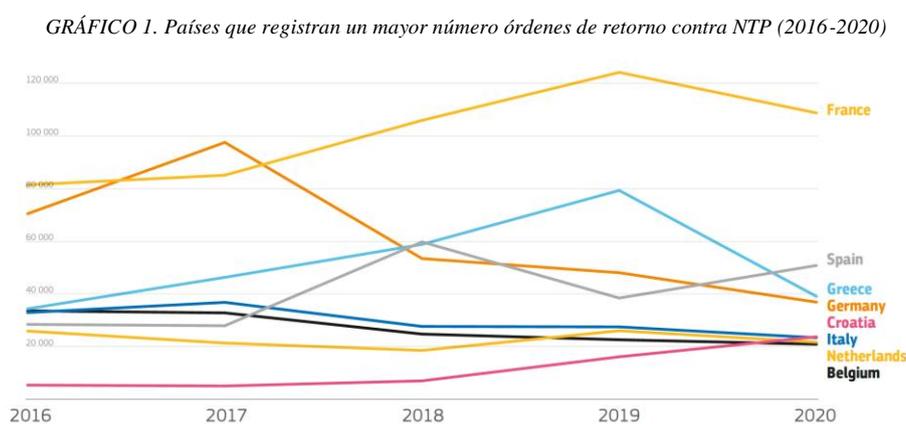
Con esta decisión se puso fin a la consolidada teoría de los datos negativos construida por el TS desde años atrás, pero dio comienzo un intenso debate sobre los aspectos controvertidos que la sentencia entraña. ¿Debe primar el principio de eficacia, aquel sobre el que se erige la Directiva de Retorno, sobre el principio de proporcionalidad, aquel que sustenta la teoría de los datos negativos? ¿Puede aplicarse un efecto directo a la decisión del TJUE y, por ende, a la Directiva de Retorno, cuando estando esta última en contradicción con la ley española supone un perjuicio para los particulares? ¿Se ha transformado el concepto de situación irregular? ¿Son compatibles la LOEx y la Directiva de Retorno? Numerosos autores, entre los que destacan GONZÁLEZ SAQUERO, CASTILLA JUÁREZ, RODRÍGUEZ CANDELA y, más recientemente, PEY GONZÁLEZ, VELASCO JIMÉNEZ y PLEITE GUADAMILLAS, han tratado de dar respuesta a todos los interrogantes suscitados por la referida decisión.

Las incógnitas, en mayor o menor medida, siguen sobre la mesa de debate en la actualidad; más aún después de la reciente STS 1181/2021, de 17 de marzo, por la que el Alto Tribunal decide que la situación irregular deberá ser sancionada mediante la expulsión en aquellos casos en los que se observen circunstancias negativas en el nacional de tercer país, o no será sancionada. Sin duda alguna, esta decisión constituye un punto de inflexión en esta controversia jurídica, toda vez que, a priori, reconoce la posibilidad que una nacional de tercer país en el que no concurren circunstancias o hechos negativos no pueda ser sancionada de ninguna de las maneras; ni mediante la sanción de multa, como contempla la LOEx, ni mediante la sanción de expulsión, como impone la Directiva

de Retorno. El impacto que el fallo tendrá sobre el fenómeno de la estancia irregular será del todo notable, tal y como anticipan las siguientes cifras.

De acuerdo a Investigación por Causa¹, el número de inmigrantes irregulares que residía en España en 2019 era de entre 390.000 y 470.000, esto es, entre el 11-13% de los inmigrantes extracomunitarios, y aproximadamente el 0,8% de la población total española. A partir de ahí, y atendiendo a los datos publicados por Eurostat², es posible afirmar que España es el quinto Estado Miembro en el que más nacionales de terceros países en situación irregular se encuentran desde 2011 hasta 2020, solo por detrás de Grecia, Alemania, Francia y Hungría. En concreto, son 553.325 los nacionales de terceros países hallados en situación irregular en territorio español, un 7,74% de la totalidad de los cifrados en toda la Unión Europea.

De todos aquellos que han sido encontrados en situación irregular, las autoridades españolas han ordenado la expulsión³ en el periodo 2011-2020 de 445.275 personas. Nuevamente, ello la sitúa en el quinto lugar dentro de la relación de Estados miembros que mayores órdenes de retorno imponen, alcanzando el 10,28% del total de órdenes de retorno dictadas por la totalidad de la Unión Europea. De hecho, si se atiende a los últimos años, España ha llegado a situarse hasta en segundo lugar en cuanto al número de órdenes de retorno se refiere, tal y como se observa en el GRÁFICO 1.



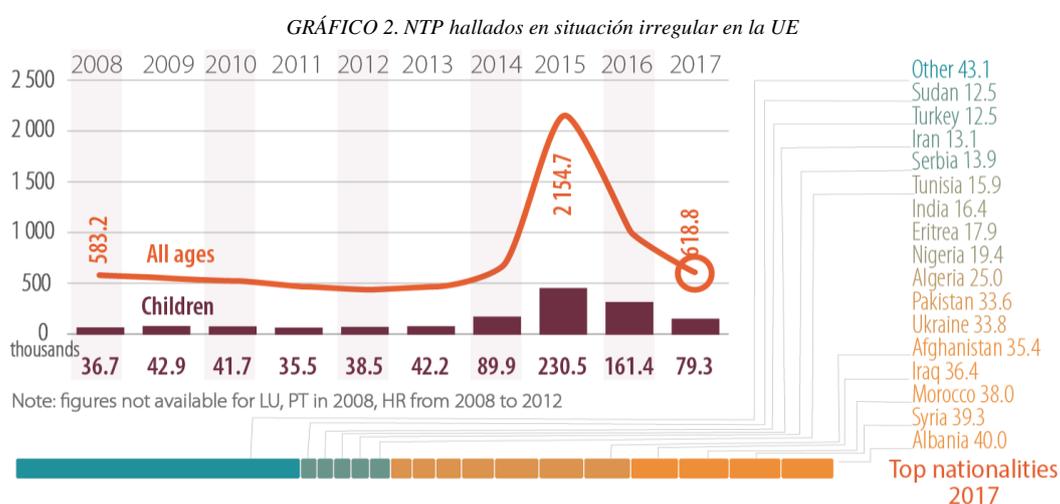
Fuente. Annual Report on Migration and Asylum 2020. European Migration Network.

¹ FANJUL, G., GÁLVEZ-INIESTA, I. (2020). Extranjeros, sin papeles e imprescindibles: Una fotografía de la inmigración irregular en España. *Fundación porCausa*.

² Eurostat. Migration and Asylum. Managed migration. Database: migr_eipre; migr_eiord; migr_eirtn.

³ Se hace referencia a las decisiones de retorno, que incluyen tanto las órdenes de expulsión propiamente dichas como los acuerdos de devolución. Asimismo, en el caso de las órdenes de expulsión propiamente dichas, estas no se refieren exclusivamente a los supuestos de situación irregular, si bien es cierto que, según BOZA MARTÍNEZ (2019, p. 313), «la inmensa mayoría de las expulsiones ejecutadas en España [...] lo han sido por estancia irregular. [...] En total, desde 2005 a 2018, de las 126.866 expulsiones ejecutadas, el 70% lo han sido por estancia irregular».

No obstante, y aquí radica una de las cuestiones principales del debate que nos interesa, la distribución de tales órdenes de expulsión no ha sido uniforme a lo largo de los años. Muy al contrario, los años en que mayores órdenes de expulsión se tramitaron fueron 2011 (73.220) y 2012 (60.880), siendo 2017 (27.340) aquel que presenta un menor número. No solo eso, sino que en el periodo 2011-2015 se ordenaron alrededor de 40.000 expulsiones más que en el periodo que se extiende hasta 2020. Ahora bien, la situación en España no se correspondía con la de la totalidad de la UE, puesto que precisamente el año 2015 fue aquel en el que mayor número de nacionales de terceros países se hallaron en los Estados miembros según el GRÁFICO 2.



Fuente. Data on Returns of irregular migrants. European Parliament.

Sin embargo, como es sabido, el hecho de que se imponga una orden de expulsión no implica necesariamente que esta sea cumplida. Si se toma el mismo periodo anterior, los datos muestran que España es el sexto Estado Miembro que mayor número de retornos garantiza (139.130, el 8,80% del total de la Unión). A pesar de ello, tanto en España como en el conjunto de la Unión Europea se observa una clara tendencia de reducción del número de retornos efectivos, fundamentalmente a partir de 2016, tal y como se observa en la TABLA 1.

TABLA 1. Número de NTCP hallados en situación irregular, órdenes de expulsión dictadas y ejecutadas, y tasa de ejecución en la UE y España (2011-2020)

		2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	TOTAL	PROMEDIO
NTP hallados en situación irregular	UE	420.540	394.060	394.855	606.850	2.085.465	924.035	563.825	572.195	627.900	557.455	7.147.180	714.718
	España	68.825	52.485	46.195	47.885	42.605	37.295	44.625	78.280	62.865	72.265	553.325	55.333
Órdenes dictadas	UE	437.155	434.280	373.035	404.715	458.625	426.255	450.390	456.660	491.195	396.435	4.328.745	432.875
	España	73.220	60.880	32.915	42.150	33.495	27.845	27.340	59.255	37.890	50.285	445.275	44.528
Órdenes ejecutadas	UE	140.510	152.495	160.925	146.360	176.220	202.890	175.085	163.445	164.565	99.340	1.581.835	158.184
	España	23.350	18.865	17.285	15.150	13.315	10.185	10.785	12.560	12.370	5.265	139.130	13.913
Tasa de ejecución	UE	32,14%	35,11%	43,14%	36,16%	38,42%	47,60%	38,87%	35,79%	33,50%	25,06%		36,58%
	España	31,89%	30,99%	52,51%	35,94%	39,75%	36,58%	39,45%	21,20%	32,65%	10,47%		33,14%

Fuente. Elaboración propia a partir de EUROSTAT (*migr_eipre*; *migr_eiord*; *migr_eirm*).

De hecho, mientras en 2011 el 32,14% de las órdenes de retorno dictadas en la UE se cumplía (el 31,89% en España), en 2020 apenas se ejecutan el 25,06% (el 10,47% en España). Más aún, con la excepción del 2013, 2015 y 2017, el resto de años desde 2011-2020 la tasa de ejecución de las órdenes de retorno dictadas en España siempre se ha situado por debajo de la media de la UE. Además, aquellos años en los que fue superior la diferencia respecto a la tasa de ejecución de la UE fue mínima. Es por ello que autores como FERNANDEZ BESSA, BRANDÁRIZ GARCÍA y BOZA MARTÍNEZ consideran que la relación entre las decisiones de retorno dictadas y las efectivamente ejecutadas en España sea baja, permitiendo «constatar un fracaso del sistema» (BOZA MARTÍNEZ, 2019, p. 317). Con todo, resulta que en el estudiado periodo de 2011-2020, la UE logró expulsar de media al 36,58% de los ciudadanos a los que había ordenado el retorno; España, por su parte, al 33,14%. Así pues, los datos muestran que las diferencias entre el conjunto de la UE y España no fueron tan drásticas como en un primer momento se pensaba.

En este contexto, el presente trabajo tiene como propósito principal realizar un recorrido por las diferentes líneas jurisprudenciales aplicadas por los tribunales en los últimos 10 años, esto es, desde la teoría de los datos negativos hasta la expuesta en la referida STS 1181/2021, de 17 de marzo. En concreto, el trabajo se iniciará con un análisis del marco normativo que entra en conflicto, esto es, la Directiva de Retorno y la LOEx, resaltando aquellos aspectos que mayor trascendencia cobran en el debate jurídico. El objetivo de

este primer examen es conseguir una visión panorámica de la forma en que el ordenamiento español sanciona la estancia irregular.

Con posterioridad, ya en el apartado 2.3., se procederá con el estudio pormenorizado de cada una de las corrientes interpretativas sobre la estancia irregular establecidas por el TS y el TJUE en orden cronológico, de modo que las diferencias entre ellas sean fácilmente identificables. A la hora de realizar el examen de cada una de dichas corrientes, no solo se tendrá en cuenta la decisión judicial por medio del cual se instauraron, sino también las posturas que los organismos o entidades oficiales, la doctrina académica y los diferentes órganos judiciales de menor instancia adoptaron ante la misma.

El tercer punto del estudio se dedicará a realizar un análisis crítico de las distintas interpretaciones observadas con anterioridad, proponiendo la solución jurídica que, en mi opinión, mejor corresponde a Derecho. A estos efectos, se comprueba la importancia que los principios de eficacia y proporcionalidad deben tener en este debate. También se hace mención a los efectos que el reciente pronunciamiento del TS desatará en el corto plazo.

Por último, el apartado cuarto se ocupa de mostrar el impacto o incidencia que los pronunciamientos judiciales del TJUE y el TS han tenido en la actuación de la Administración y la praxis judicial de los juzgados de primera instancia. Para analizar la forma de actuar de la Administración, se atenderá al número de procedimientos de extranjería incoados con fundamento en la infracción del art. 53.1.a) LOEX contra nacionales de terceros países en situación irregular en la CAPV desde 2010 hasta 2020, mostrando interés sobre el tipo de procedimiento empleado y el tipo de resolución (multa o expulsión) emitida. La información manejada es la proporcionada por el Observatorio Permanente para de la Inmigración (OPI) a raíz de la solicitud de acceso a la información pública formulada en marzo de 2021 al amparo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El efecto en la *praxis* judicial, en cambio, se medirá a partir de los registros mantenidos por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N°5 de Bilbao, facilitados durante el periodo de realización de las prácticas curriculares del grado desde octubre a diciembre de 2021. En concreto, se cuantificarán el número de recursos contencioso-administrativos incoados desde 2016 contra decisiones administrativas que tengan su fundamento en el art. 53.1.a) LOEX, prestando atención al tipo de procedimiento empleado, el tipo de resolución mediante la cual ha finalizado el proceso (sentencia, auto o decreto), el sentido estimatorio o desestimatorio del fallo y, en su caso, la imposición de la sanción de multa

o expulsión. Se toma este órgano judicial como muestra de lo que, probablemente, haya podido ocurrir en el resto de juzgados de Bizkaia y, con ciertos matices, del País Vasco. Su representatividad queda justificada por el hecho de que los juzgados de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen su sede en las capitales de provincia; en el caso de Bizkaia, Bilbao. Además, a esto tenemos que añadir, como expresan BARBERO GONZÁLEZ et. al en su estudio sobre detención, internamiento y expulsión de extranjeros en el País Vasco, que la gran mayoría de intervenciones policiales en este ámbito tienen lugar en este contexto urbano. En consecuencia, estos juzgados conocen de todos aquellos recursos que se formulen por nacionales de terceros países que se encuentren en Bizkaia contra las decisiones de la Subdelegación del Gobierno en esta provincia, así como de los recursos contra decisiones de la Subdelegación del Gobierno en otras provincias siempre que el extranjero resida en Bizkaia, pues así lo permiten los foros territoriales previstos en la LJCA (art. 14.1 LJCA).

II. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RETORNO DE EXTRANJERÍA.

La mejor forma de iniciar este trabajo consiste en realizar un conciso esquema sobre los instrumentos normativos que regulan la situación irregular en España, pues no han sufrido importantes alteraciones en los últimos años. De hecho, desde que se transpuso la Directiva de Retorno por medio de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, la normativa en relación a las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador no ha cambiado, a pesar de que LOEx sí ha sufrido cinco modificaciones en ese periodo de tiempo. Así pues, se procede a continuación a exponer los principales puntos que tanto la normativa comunitaria como nacional comprenden acerca de la cuestión objeto de estudio.

2.1. Marco normativo de la decisión de retorno en la UE.

El principal instrumento normativo en el ámbito de la UE que centra su atención en la estancia irregular es la Directiva 2008/115/CE, que «establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular» (art. 1). El contenido de la Directiva de Retorno está dirigido a la consecución de una «política efectiva de retorno como un elemento

necesario de una política migratoria bien gestionada» (considerando 4º), en el marco de lo dispuesto en el art. 79.1 TFUE. El contenido descrito en la citada Directiva es el que posteriormente se incorporaría a la LO 4/2000 por medio de la LO 2/2009⁴.

Lo primero que hace la Directiva es determinar, en su artículo tercero, el significado que adquieren determinados términos en el contexto de la misma, conocedora de la disparidad de conceptos empleados en los diferentes Estados miembros. Así, y en lo que aquí interesa, define la «situación irregular» como «la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada» establecidas en el Código de fronteras Schengen o en ese Estado miembro. Este concepto de estancia irregular puede llegar a denominarse como «neutro», en la medida en que tiene en cuenta el incumplimiento de la normativa de inmigración, pero no ninguna circunstancia o hechos complementarios a la misma.

Asimismo, la Directiva diferencia tres términos íntimamente relacionados, como «retorno», «decisión de retorno» y «expulsión». El «retorno» se concibe como el proceso a seguir para lograr la salida de un nacional de un tercer país a otro país, que puede ser el de origen, el de tránsito o un tercer país. La «decisión de retorno», en cambio, se trata del acto por el que se declara irregular la situación de un nacional de un tercer país y se impone una obligación de retorno. Finalmente, la «expulsión» consiste en «la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro».

Pues bien, teniendo lo anterior, en cuenta, el art. 6 establece la finalidad principal de la Directiva, esto es, que los Estados miembros dicten una «decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio». A la hora de dictar dicha decisión de retorno, «se tendrán debidamente en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar y el estado de salud del nacional de un tercer país de que se trate» (art. 5). Quedan exceptuados los supuestos previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6.

Conforme al art. 7, dicha decisión de retorno establecerá un plazo de salida voluntaria, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, que podrá ser prorrogado, reducido e, incluso, suprimido, en atención a las circunstancias concretas del caso.

⁴ Al menos este era el propósito según el preámbulo de esta ley, en el que se mencionaba la transposición de la Directiva 2008/115/CE junto con el objetivo de «aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular».

Se procederá con la expulsión del extranjero en situación irregular, tomando todas las medidas tendentes a asegurar la eficacia de la decisión de retorno, de acuerdo con el art. 8, 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. Además, en atención al art. 11, las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada, bien si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, bien si la obligación de retorno no se ha cumplido.

Así, resulta claro que la Directiva persigue optimizar la eficacia de los procedimientos de retorno, primando este criterio sobre otros. Es por ello que la Directiva se entiende «sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la Directiva» (art. 4.3), o lo que es lo mismo, mientras aseguren la agilidad y eficacia de los retornos. La condición de compatibilidad con la Directiva es totalmente innovadora, en tanto que «las directivas en materia de inmigración legal suelen permitir las disposiciones nacionales más favorables sin incluir la exigencia expresa de que sean conformes con la Directiva» (GONZÁLEZ SAQUERO, 2015, p. 146).

No obstante, la Directiva no es el único instrumento normativo que las instituciones de la UE han empleado para asegurar la consecución de los objetivos de la política migratoria. En este sentido, las Recomendaciones, que sugieren una línea de actuación sin imponer obligaciones legales a quienes se dirige, y las Comunicaciones de la Comisión, únicamente vinculantes para esta última, han contribuido a clarificar la interpretación del contenido de la Directiva.

En lo que a las primeras se refiere, destaca la Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. A través de la misma, la Comisión se propone solventar los obstáculos operativos, técnicos y de procedimiento, garantizando un enfoque integrado y coordinado en el conjunto de los Estados miembros.

También merece ser señalada la Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. Este Manual sustituye al que figura en la Recomendación de

la Comisión C (2015) 6250. Tal y como dispone su título, esta Recomendación va dirigida a comunicar a las autoridades competentes de cada Estado miembro, incluida la policía, la guardia de fronteras, las autoridades de inmigración, el personal de los Centros de Internamientos de Extranjeros (CIE) y los órganos de supervisión, la forma en que deben proceder con las tareas relacionadas con el retorno, de modo que se obtenga una mayor homogeneidad en los procesos y, con ello, también una mayor eficacia. De hecho, el Manual de Retorno consigue aclarar, con un mayor grado de precisión, las cuestiones recogidas en la Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017.

En el caso de las Comunicaciones, la Comisión se dedica a emitir informes sobre diferentes aspectos relacionados íntimamente con la inmigración dentro del marco de la UE. De una manera más detallada, la Comisión se encarga de presentar cuál es la manera en que la UE desarrolla su política migratoria, no solo desde un punto de vista jurídico, sino también funcional (programas y acciones emprendidas, formas de financiación, colaboración entre instituciones, etc.⁵).

Desde que se aprobara la Directiva de Retorno, son varias las Comunicaciones dictadas sobre esta materia: la COM (2014) 199, sobre la política de retorno de la UE; la COM (2015) 453, que presenta el Plan de Acción de la UE en materia de retorno; la COM (2017) 200, relativa a una política de retorno más eficaz en la Unión Europea – Un Plan de Acción renovado; la COM (2020) 609, relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo; y la COM (2021) 120, relativa a la estrategia de la UE sobre retorno voluntario y reintegración.

2.2.Las decisiones de retorno en la legislación española de extranjería.

La LOEx es la encargada de regular el estatuto jurídico de los extranjeros nacionales de terceros Estados, de acuerdo con lo previsto en su art. 1. Se desarrolla por medio del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009; en adelante, RELOEx

⁵ Entre otros, se hace mención al Programa de Ayuda al Retorno Voluntario, al Enfoque Global de la Migración y la Movilidad, a la Organización Internacional para las Migraciones, al Centro Internacional para el Desarrollo de Políticas Migratorias, al Sistema de Información de Visados, al Sistema de Información Schengen, al Fondo Europeo para el Retorno, a FRONTEX, y a la Red Europea de Migración. Todos ellos logran formar un sólido y complejo entramado institucional cuyo propósito es asegurar el cumplimiento efectivo de la Directiva de Retorno.

La LOEx tipifica como infracción grave 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» (art. 53.1.a) LOEx). En resumen, una persona se encuentra en situación irregular cuando permanece en el territorio español sin cumplir con las exigencias derivadas de la ley. Nuevamente, el concepto de estancia irregular previsto en la LOEx, al igual que el previsto en la Directiva de Retorno, es «neutro».

Atendiendo a la redacción dada por el legislador, la sanción que lleva aparejada la anterior infracción tiene una doble naturaleza. En principio, y con carácter general, «las infracciones graves [serán sancionadas] con multa de 501 hasta 10.000 euros», conforme a lo establecido en el art. 55.1.b) LOEx. No obstante, y con fundamento en el art. 57.1 LOEx y el art. 242 RELOEx, cuando los infractores sean extranjeros y realicen, entre otras, la conducta prevista en el referido art. 53.1.a) LOEx, «podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad⁶, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español [...] mediante resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción».

Esta medida tiene su origen en el art. 28.3, apartados, b) y c) LOEx, los cuales disponen que la expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa, la denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español y la falta de autorización para encontrarse en España, conllevan todas ellas la salida obligatoria del territorio nacional. En consecuencia, la resolución administrativa dictada en cada uno de los supuestos referidos «contendrá la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país» (art. 24.1 RELOEx). En otras palabras, existe un deber de salida independiente de que se imponga la sanción de expulsión.

Más aún, la expulsión «lleva consigo la prohibición de entrada en territorio español» (arts. 58.1 LOEx y 245.2 RELOEx), cuya vigencia no excederá de cinco años, salvo que el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, supuestos en los que la duración de la prohibición puede extenderse hasta los diez años. A pesar de lo anterior, la ley recoge una

⁶ Principio consagrado igualmente en el art. 55.3 LOEX, que obliga a que la graduación de las sanciones se ajuste a los «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».

serie de supuestos en los que la sanción de expulsión no podrá ser impuesta (art. 57.5 LOEx). Con todo, «en ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa» (art. 57.3 LOEx).

El procedimiento administrativo que deberá seguirse para imponer dichas sanciones depende, nuevamente, del caso concreto. En términos generales, y atendiendo a los arts. 63.bis LOEX y 226 RELOEx, el procedimiento adoptado será el ordinario. No obstante, también podrá tramitarse el procedimiento preferente para la infracción prevista en el art. 53.1.a) LOEx cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias (arts. 63.1.II LOEx y 234 RELOEx): «a) Riesgo de incomparecencia; b) Que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de sus derechos; c) Que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional». Seguir un procedimiento u otro deviene fundamental, en la medida en que presentan un régimen jurídico bien diferente⁷.

2.3.Líneas jurisprudenciales de interpretación.

La interpretación que los tribunales han realizado sobre las fuentes arriba expuestas ha devenido fundamental a la hora de establecer importantes corrientes jurisprudenciales, las cuales eran provocadoras de importantes cambios en la realidad social. Téngase en cuenta que no se trata este de un ámbito del Derecho ajeno a los cambios de interpretación. De hecho, en los últimos 6 años se han puesto en práctica hasta tres corrientes jurisprudenciales, las cuales se resumen cronológicamente en las líneas siguientes.

2.3.1. La «teoría de los datos negativos» construida por el TS.

Inicialmente, con anterioridad a la aprobación de la LO 2/2009, el art. 57.1 LOEx contemplaba, al igual que lo hace actualmente, la posibilidad de castigar la estancia irregular (infracción prevista en el art. 53.1.a) LOEx) con la sanción de expulsión del territorio nacional, en lugar de con la sanción de multa. Sin embargo, no recogía de forma clara los criterios de los que debían valerse los órganos jurisdiccionales a la hora de decidir cuál de las dos medidas imponer. Concretamente, el mencionado art. 57.1 LOEx, en su versión publicada el 22 de enero de 2008, rezaba de la siguiente manera: «podrá

⁷ En términos concisos, y atención a lo previsto en los arts. 228 a 235 RELOEx, las diferencias radican en: a) los plazos para aportar cuantas alegaciones, documentos o informaciones se estimen convenientes y, en su caso, proponer las pruebas y concretar los medios de que pretendan valerse, practicar la prueba y contestar a la propuesta de resolución, todos ellos reducidos en el procedimiento preferente; b) la ejecutividad de las resoluciones que se dictan en el procedimiento preferente es inmediata, de modo que no cabe la concesión de un periodo de salida voluntaria.

aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo». Si se compara con su actual redacción, es clara la omisión al criterio de proporcionalidad y a la resolución motivada.

Es por esta razón que, ante la multitud de sentencias contradictorias en instancias inferiores, el TS decidió construir una sólida teoría interpretativa, conocida como «teoría de los datos negativos» o «hechos negativos», la cual atendía al principio de proporcionalidad. En efecto, consideraba el Alto Tribunal que, dado el mayor carácter restrictivo de la expulsión en comparación con la multa, la imposición de la primera exigía «la concurrencia de circunstancias específicas, distintas y complementarias de la pura permanencia ilegal» (STS 280/2006, de 31 de enero, FJ 5.3º; y STS 2379/2008, de 27 de mayo, FJ 2º). De hecho, se trataba de una exigencia ya prevista con carácter genérico por el legislador en el art. 55.3 LOEx, que obligaba a graduar las sanciones en atención a criterios de proporcionalidad, culpabilidad y, en su caso, al daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia.

Así, «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 multa⁸». En otras palabras, «solo en aquellos casos en los que, además de la permanencia irregular en España, concurren en el expediente administrativo del inmigrante datos negativos de suficiente entidad sobre su conducta, procedería imponer la sanción de expulsión» (FERNÁNDEZ ROJO, 2016, p. 242).

Los principales factores que han sido considerados como elementos o circunstancias negativas y, por tanto, válidos para justificar la sanción de expulsión en lugar de la sanción de multa son, conforme a la STSJ PV 1640/2018, de 29 de mayo (FJ 4º), «la existencia de una previa orden de salida obligatoria incumplida (STS de 22 de febrero de 2007); el hallarse, además, indocumentado⁹ e ignorarse cuándo y por dónde entró en España (STS 23 de octubre de 2007, Rec. 1624/2004, 5 de julio de 2007, Rec.1060/2004); disponer de

⁸ En este sentido, véanse las SSTs 8138/2005, de 22 de diciembre, 280/2006, de 31 de diciembre, 528/2006, de 10 de febrero, 2332/2006, de 21 de abril, 5642/2006, de 29 de septiembre, 1230/2007, de 22 de febrero, y 6172/2008, de 28 de noviembre, entre otras de la misma época.

⁹ Sobre los criterios jurisprudenciales a la hora de considerar a una persona indocumentada o no, véanse las SSTSJ PV 3371/2015, de 28 de octubre, 167/2015, de 28 de enero, 3368/2015, de 08 de octubre, Y 3729/2011, de 20 de diciembre.

documentación falsa (STS de 25 de octubre de 2007, Rec. 2260/2004); constar una previa prohibición de entrada (STS de 4 de octubre de 2007, Rec. 2244/2004); invocar una falsa nacionalidad (STS 8 de noviembre de 2007 Rec. 2448/2004)».

En sentido contrario, eran bien valorados a efectos de imponer la sanción de multa, el hecho de tener «documentación personal, como el pasaporte (SSTS 5512/2007 de 19 de julio; 3151/2008 de 24 de junio y 6172/2008 de 28 de noviembre, entre muchas otras), aun cuando fuese su carta de identidad nacional (STS 2823/2007 de 12 de abril), o una fotocopia de su pasaporte acompañada de una carta de identidad (STS 6047/2007 de 27 de septiembre), pues así su filiación era conocida; tener familiares en España (STS 7811/2005 de 22 de diciembre); realizar una actividad laboral aun cuando fuese sin documentación, pues al menos tenía una actividad lícita de vida (STS 1536/2007 de 9 de marzo), incluso si ésta fuese el alterne (STS 5215/2007 de 19 de julio)» (RODRÍGUEZ CANDELA, 2019, p. 70).

Sin embargo, esta corriente interpretativa llegó a cuestionarse. De hecho, la falta de pautas de elección en la propia ley entre la sanción de multa y de expulsión motivó la tramitación de cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos ante el TC, aunque fue inadmitida a trámite por ATC 409/2007, de 6 de noviembre. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Oviedo fundamentó «la posible inconstitucionalidad del precepto legal en su contradicción con el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 CE), concretamente en su exigencia de *lex certa* o “taxatividad” al dejar indeterminadas las pautas o criterios para imponer una u otra sanción administrativa (multa o expulsión), lo que comportaría también infracción del art. 9.3 CE» (FJ 1º).

A este respecto responde el TC que «el hecho de que la sanción pueda imponerse con carácter potestativo, [...], sin fijar unos criterios específicos que sirvan como orientación para decidir sobre su imposición y graduación, no supone la consagración legal de una inadmisibile discrecionalidad a favor de la Administración sancionadora» (FJ 3º), ya que esta se encuentra limitada por la conducta tipificada (encontrase en situación irregular) y la concurrencia de los criterios establecidos en la misma ley (art. 55) o por la remisión de esta a la Ley 30/1992 (art. 50). Luego, la elección entre multa o expulsión no es discrecional, sino reglada¹⁰.

¹⁰ Ratifica este criterio el TC en su sentencia 260/2007, de 20 de diciembre.

Tras el pronunciamiento del TC, la «teoría de los datos negativos» se consolidó claramente dentro de la jurisdicción y la Administración¹¹. Asimismo, con la transposición de la Directiva de Retorno, se aprovechó para transformar dicha corriente jurisprudencial en Ley por medio de la LO 2/2009, reformando el art. 57.1 LOEx de manera que incorporase una referencia explícita al criterio de proporcionalidad. De este modo, es el mismo precepto el que obliga a las autoridades competentes a observar si concurren en el supuesto concreto circunstancias negativas que justifiquen la adopción de la sanción excepcional de expulsión pues, de otro modo, estarían constreñidos a adoptar la sanción de multa, configurada como castigo principal en la LOEx. A pesar de ello, dicha reforma no era necesaria en realidad, en tanto que el principio de proporcionalidad ya se incluía en términos generales en el art. 55 LOEx, del mismo modo que la exigencia de una resolución motivada es común a cualquier procedimiento, más aún si incumbe la potestad sancionadora.

Lo que sí quedó claro es que, en el marco de la «teoría de los datos negativos» del TS, referirse a la «mera estancia irregular» implicaba hablar de aquel nacional de un tercer país que, sin contar con la autorización de estancia o residencia impuesta por la LOEx, no contaba con hechos o circunstancias negativas en su contra, o incluso acogía circunstancias bien valoradas a la hora de decidir sobre la imposición de la sanción de multa en lugar de la de expulsión.

Merece ser traída a colación en este punto una sucinta referencia la STS 988/2013, de 12 de marzo, en la que, entre otras cuestiones, se analiza someramente la incidencia que la Directiva 2008/115 puede tener sobre la referida «teoría de los datos negativos». Así, en primer lugar, advierte el tribunal que el TJUE interpreta la Directiva de retorno «en términos que refuerzan 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"» (FJ 7º). A

¹¹ Algunos ejemplos son: sentencias del TSJ Madrid 4083/2015, de 15 de abril, y 4035/2015, de 31 de marzo; TSJ Cataluña 6768/2018, de 19 de marzo, y 580/2015, de 26 de febrero; TSJ de Castilla y León 5269/2014, de 25 de noviembre, y 4299/2014, de 23 de septiembre; TSJ Andalucía 1859/2015, de 6 de abril, y 1640/2015, de 16 de marzo; TSJ País Vasco 747/2015, de 5 de marzo, y 107/2015, de 12 de febrero; TSJ Murcia 517/2015, de de 6 de marzo y 20/2015, de 26 de enero; TSJ Canarias 3648/2014, de 24 de octubre, 2339/2014, de 6 de junio; TSJ Galicia 2835/2015, de 22 de abril, y 1460/2015, de 4 de marzo; TSJ de la Comunidad Valenciana 60/2015, de 16 de enero; TSJ Extremadura 1699/2014, de 30 de octubre; TSJ Castilla La Mancha 1650/2014, de 19 de mayo, y 1151/2014, de 15 de abril; TSJ Cantabria 331/2014, de 14 abril, y 404/2014, de 10 de abril.

continuación, señala que la jurisprudencia del TJUE puede generar cambios en la interpretación que hasta ese momento se hacía de la Directiva, así como en la aplicación de la normativa nacional en lo que a los criterios de elección entre la sanción de multa y expulsión se refiere¹². Con todo, lo cierto es que la jurisprudencia sentada por el TS no se vio alterada, a pesar de dejar constancia de su conocimiento de la interpretación que el TJUE hacía de la Directiva.

2.3.2. La sentencia Zaizoune. La expulsión como única medida sancionatoria posible.

Ahora bien, el sistema de dualidad de sanciones multa-expulsión, conforme a los criterios previamente señalados, se vio verdaderamente perturbado tras la adopción, por parte del TJUE, de la Sentencia de 23 de abril de 2015, Zaizoune, C-38/14, EU:C:2015:260. Por medio de la misma, el tribunal decidía sobre la cuestión prejudicial planteada por el TSJ País Vasco sobre la compatibilidad de la Directiva de Retorno con la normativa nacional en materia de situación irregular de nacionales de terceros Estados. En concreto, la cuestión prejudicial seguía la siguiente literalidad¹³: *«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?»*.

En cuanto a la decisión adoptada por el TJUE, esta es clara: la legislación española, en la medida en que contempla la posibilidad de aplicar la sanción de multa en determinados casos (cuando no concurren circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional), puede frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva de retorno y, en su caso, demorar el retorno, «menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva» (apartado 40).

Resulta sumamente interesante que el criterio empleado por el TJUE para resolver la controversia jurídica planteada sea el de la utilidad, eficacia o funcionalidad de la

¹² Así lo advirtió también FERNÁNDEZ ROJO (2016).

¹³ La cuestión prejudicial fue planteada por ATSJPV de 17 de diciembre de 2013.

Directiva, en lugar de ponderarlo junto a un principio básico en materia sancionadora como el de proporcionalidad. En este sentido, el tribunal se esmera a lo largo de todo su pronunciamiento por destacar la finalidad última de la Directiva, que no es otra que lograr una «política eficaz de expulsión y repatriación» (considerando 2º de la Directiva), esto es, el retorno de los nacionales de terceros Estados en situación irregular a su país de origen, de tránsito o, incluso, un tercero en el que sea aceptado.

Es por ello que deja claro que la «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» (apartado 31). De hecho, parece describir un proceso automático en lo que a la toma de decisiones se refiere, pues señala que «una vez comprobada la irregularidad de la situación, las autoridades competentes deben [...] adoptar una decisión de retorno», siendo las únicas excepciones alegables las previstas en el art. 6 de la Directiva (apartados 2 a 5).

Recuerda además el tribunal que la posibilidad de los Estados miembros de establecer excepciones dentro de su propia normativa, contemplada en el art. 4.3 de la Directiva, no es válida en el supuesto, ya que dichas excepciones deben ser compatibles con los propósitos de la Directiva» (apartado 38). Añade también 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» (apartado 39). Con este último inciso parece que el TJUE pretende aplicar efecto directo a la Directiva de retorno, si bien no llega a pronunciarse expresamente sobre este asunto.

En consecuencia, la sanción de multa, que por su propia naturaleza no garantiza el retorno del extranjero en situación irregular, y por ello no cumple la finalidad disuasoria de la conducta que reprime, no tiene cabida dentro de los fines establecidos por la Directiva.

El contenido de la sentencia no se comprendió por un sector de la comunidad jurídica, el cual argumentaba sobre los siguientes puntos. En primer lugar, debido a que ya había habido pronunciamientos similares por parte del TJUE que reconocían, si bien no en las mismas circunstancias, la compatibilidad del sistema normativo español con la Directiva de Retorno. En concreto, son dos los casos que merecen ser considerados.

Por una parte, en el caso *Zurita García y Choque Cabrera*¹⁴ (C-261/08 y C-348/08, EU:C:2009:648), el TJUE manifestó la posibilidad de no decretar la expulsión en caso de tratarse de nacionales de un tercer país que se hallen en situación irregular por no cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia correspondiente. El supuesto de hecho incumbía la incoación de dos procedimientos administrativos sancionadores por infracción del art. 53.1.a) LOEx, resueltos con la imposición de la sanción de expulsión; y el tribunal fundamentaba la compatibilidad del sistema multa-expulsión previsto en la LOEx bajo el argumento de que «la resolución por la que se impone una multa no es un título que permita a un nacional de un tercer país en situación irregular permanecer legalmente en territorio español, [pues] al margen de si la multa se paga o no, dicha resolución se notifica al interesado con la advertencia de que debe abandonar el territorio [...], y que, si no obedece, podrá ser perseguido [...] y expulsado de formado inmediata» (apartado 65). No obstante, la norma a la luz de la cual se interpreta la LOEx no era la Directiva de Retorno, sino el Reglamento (CE) 562/2006, de 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).

Por otra, el TJUE decidía, por medio de la sentencia *Sagor*¹⁵ (C-430/2011, EU:C:2012:777), sobre si la Directiva de Retorno resultaba compatible con un ordenamiento que sanciona la estancia irregular con una pena de multa sustituible por una pena de expulsión o arresto domiciliario. En este caso, señala el tribunal que «la imposición de una pena pecuniaria [como lo es la multa] no impide de modo alguno que se adopte y se ejecute una decisión de retorno con pleno cumplimiento de los requisitos enunciados en los arts. 6 a 8 de la Directiva 2008/115» (apartado 36). Dicho de otra manera, a juicio del tribunal, la imposición de una multa no supone un obstáculo en la consecución del efecto útil de la Directiva. Sin embargo, no era el ordenamiento jurídico español el que se analizaba en este asunto, sino el italiano¹⁶.

El segundo argumento esgrimido en contra de la sentencia *Zaizoune* es que, en puridad, se encuentra «viciada», por cuanto tiene su origen en una mala formulación de la cuestión

¹⁴ Estudiado por ORDOÑEZ SOLÍS (2015), FERNÁNDEZ ROJO (2016), RODRÍGUEZ CANDELA (2019), CASTILLA JUÁREZ (2016), GONZÁLEZ SAQUERO (2015).

¹⁵ Estudiado por FERNÁNDEZ ROJO (2016), REIG FABADO (2015), RODRÍGUEZ CANDELA (2019), CASTILLA JUÁREZ (2016), GONZÁLEZ SAQUERO (2015).

¹⁶ Otros supuestos de hecho en los que también se interpretaba la Directiva 2008/115/CEE por parte del TJUE son los relativos a las sentencias de 28 de abril de 2011, *Hassen El Dridi*, C-61/11, EU:C:2011:268; y de 6 de diciembre de 2011, *Alexandre Achughbadian*, C-329/11, EU:C:2011:807).

prejudicial por parte del TSJ País Vasco¹⁷. Concretamente, de la redacción dada por el referido tribunal, se da a entender que la sanción a la estancia irregular consiste, única y exclusivamente, en una multa económica cuando, en realidad, dicha sanción lleva aparejada la advertencia al interesado de la obligatoriedad de su salida del país, la cual deberá producirse en el plazo establecido en la resolución o, en su caso, en el plazo máximo de 15 días desde la notificación de la misma (arts. 24.1 y 24.2 RELOEx).

Lo mismo opinó el Consejo General de la Abogacía Española (CGAE), que en su Circular 01/2015, de 15 de mayo, añade que «lo excluyente en el momento inicial de la fijación de la sanción por la estancia irregular – multa/expulsión – no impide lo sucesivo en el tiempo», es decir, que si bien la multa y la expulsión no se puede imponer conjuntamente, tal y como proscribió la LOEx en su art. 57.3, en caso de no cumplir voluntariamente con la primera en el plazo concedido, nada impide proceder con la expulsión, «quedando respetada la previsión del art. 8.1 de la Directiva». Más aún, el CGAE matiza que «con la imposición de la sanción de multa a la sola estancia irregular, la decisión de retorno no se aplaza, sino la "orden de retorno o salida obligatoria" acompaña a la propia sanción de multa», quedando para una segunda fase su ejecución en caso de incumplimiento. Este último aspecto deviene fundamental, en la medida en que lo que la Directiva de Retorno obliga a imponer es una «decisión de retorno», mas no una «expulsión».

Luego, es obvio que el supuesto de hecho a partir del cual el TJUE analiza la compatibilidad de la normativa española respecto a la Directiva de Retorno no se corresponde con la realidad, y de ahí que se comprenda mejor su cambio de criterio respecto a las sentencias Zurita García y Choque Cabrera, y Sagor¹⁸.

Ahora bien, se discute si la orden de salida prevista en el art. 24 RELOEx constituye una decisión de retorno en los términos previstos en la Directiva de Retorno. En opinión de GONZÁLEZ SAQUERO (2015, p.144), el deber legal de salida no puede imponerse «mediante coacción directa por la Administración ya que la LOEx no contiene la

¹⁷ El carácter viciado se aprecia claramente por el hecho de que, conforme al Derecho español y la interpretación que en ese momento se realizaba del mismo, se podría haber impuesto la sanción de expulsión al extranjero en situación irregular, en la medida en que concurrían en el mismo circunstancias agravantes. Luego, es evidente que no procedía aplicar la sanción de multa y, en consecuencia, no se observa la necesidad de plantear cuestión prejudicial.

Asimismo, según GONZÁLEZ SAQUERO (2015, p. 142), «La cuestión prejudicial simplifica la explicación de la regulación española y el TJ parte de esa descripción simplificada para resolver».

¹⁸ No obstante, tal y como apunta GONZÁLEZ SAQUERO (2015,), dicho error pudo haber sido remediado si la abogacía del Estado hubiera completado el conocimiento del Tribunal en la vista. CASTILLA JUÁREZ (2016), en cambio, opina que el TJUE ya debería haber conocido cómo funciona el sistema multa-expulsión de la LOEX a raíz del Caso Zurita García y Choque Cabrera.

habilitación legal expresa necesaria ni la regulación de las exigencias procedimentales que deban observarse para la ejecución forzosa de dicho deber». Es así en la medida en que el art. 104 LPAC únicamente permite la compulsión sobre las personas en los casos en que la Ley expresamente lo autorice. Razón por la cual concluye el autor que «esa orden a la que se refiere el art. 24 RELOEx no es más que una simple advertencia, un simple recordatorio de un deber de salida cuyo cumplimiento la Administración no puede asegurar adoptando medidas cautelares y no puede hacer cumplir coactivamente (ni *ex lege* ni *ex acto*). [...] La Administración solo puede proceder al retorno previa incoación de un expediente sancionador (que será el segundo, si previamente se instruyó otro que terminó con la imposición de multa más orden de salida) en el que se proponga precisamente la expulsión como sanción¹⁹».

El tercer razonamiento por el que se criticó la sentencia Zaizoune consistía en que generaba serios problemas de aplicación²⁰. Así llegó a calificarlo el TSJ País Vasco en su sentencia 395/2016, de 18 de febrero, en la que señalaba que la STJUE «inaplica vía interpretativa el régimen sancionador español en materia de extranjería, cuyo vértice era la sanción administrativa ora de multa ora de expulsión atendiendo al principio de proporcionalidad», lo que implica una interpretación *contra legem*. Asimismo, añade el órgano colegiado que es «dudoso que la Directiva de Retorno posea efecto directo, [pues] "una directiva no puede crear por sí misma obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede invocarse como tal contra dicho particular ante un órgano jurisdiccional nacional"(Asuntos C-152/84 Marshall, ap. 48 y Faccini Dori ap. 20²¹)». Termina precisando el tribunal que «el principio de seguridad jurídica se opone a que las directivas puedan por sí mismas crear obligaciones para los particulares, sin que

¹⁹ Comparte este criterio FERNÁNDEZ ROJO (2016, p. 245), que opina que «realmente entre estos dos procedimientos separaos pueden transcurrir años si el extranjero, cuando le es impuesta la multa, no abandona en quince días al país».

²⁰ Es así puesto que, a diferencia de lo que ocurría con los casos Hassen El Dridi y Achughbaban, que imponían límites a los Estados a la hora de sancionar la estancia irregular, en el caso Zaizoune el TJUE «exacerba la situación del extranjero infractor [ya que] La regulación española es, prima facie, más benigna para el extranjero» (GONZÁLEZ SAQUERO, 2015, p. 150).
que la contenida en la Directiva

²¹ En los mismos términos opinan GONZÁLEZ SAQUERO (2015), RODRÍGUEZ CANDELA (2019). Este último recuerda que «el TJUE ha declarado en reiteradas ocasiones que: “Una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una directiva no puede, por consiguiente, ser invocada, en su calidad de tal, contra dicha persona (véanse, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartado 48; de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 20, y de 7 de enero de 2004, Wells, C-201/02, Rec. p. I-0000, apartado 56).” (Apartado 108, Asunto Pfeiffer sentencia 5/10/2004 Gran Sala. Asuntos acumulados C-397/01 a C-403/01)».

quepa, además, invocar una eficacia directa *in peius* de la directiva en las relaciones verticales inversas, doctrina construida en el ámbito penal por el TJCE pero que es de aplicación en el ámbito sancionador administrativo en el que se configura la orden de expulsión en la LOEx²²». Estos razonamientos no fueron acogidos por el TS, tal y como se detallará más adelante. Sin embargo, sirven para dar cuenta de la disparidad de opiniones dentro de la propia jurisdicción administrativa, así como para conocer cuál fue el origen de la cuestión prejudicial planteada por el TSJ Castilla-La Mancha.

Con todo, la inmensa mayoría de los órganos jurisdiccionales y administrativos se decantaron por seguir lo dispuesto por la sentencia Zaizoune, de tal modo que atribuían un efecto directo a la Directiva de Retorno²³. Para ello, se argumentaba que «los Estados miembros (entre cuyos poderes se encuentra el judicial) no pueden aplicar una norma nacional contraria al derecho comunitario; el derecho nacional no se anula ni se deroga, pero su carácter obligatorio queda suspendido» (RODRÍGUEZ CANDELA, 2019, p. 73). Afirmaban los tribunales que, con fundamento en los principios de primacía y eficacia directa del Derecho comunitario, era posible la inaplicación de la LOEx, sin esperar a la derogación de la misma²⁴. Esta corriente de opinión encontraba apoyo en importantes pronunciamientos jurisprudenciales.

Por una parte, en la STS 6486/2012, de 20 de septiembre, que en su FJ 2.4º señala que «Las sentencias prejudiciales del TJUE tienen efectos vinculantes para el órgano jurisdiccional nacional que plantea la cuestión prejudicial, que ha de atenerse al criterio del Tribunal comunitario y en su virtud aplicarlo para cerrar el razonamiento jurídico que permita la resolución final del asunto planteado. La interpretación que concreta la sentencia del TJUE por la vía del artículo 256 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no tiene efectos de cosa juzgada sino de cosa interpretada por vía prejudicial

²² Esta misma postura fue mantenida por el TSJPV en sus sentencias 1633/2018, de 23 de mayo, y 1194/2016, de 15 de junio; así como por la sentencia del TSJ Madrid 4515/2017, de 26 de abril, y sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Orense 2011/2016, de 13 de octubre.

²³ La tesis de la aplicación automática de la sentencia del TJUE en los casos del art. 53.1.a) LOEX es la seguida mayoritariamente por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los distintos tribunales Superiores de Justicia. Así la sentencia del TSJ Galicia 1527/2016, de 23 de marzo; TSJ Castilla La Mancha en sus sentencias 1988/2015, de 15 de junio de 2015; TSJ Castilla León 5710/2015, de 9 de diciembre, y 5828/2015, de 4 de diciembre (recurso 143/2015); TSJ Aragón 928/2015, de 25 de junio, y 1780/2015, de 3 de diciembre (recurso 14/2015); TSJ Cataluña 2388/2016, de 17 de marzo, y 5164/2015, de 12 de junio; TSJ Baleares 250/2016, de 5 de abril, 556/2015, de 16 de junio, y 873/2015, de 25 de noviembre. Según FERNÁNDEZ ROJO (2016, p. 245), no cabía duda de que «la reciente sentencia del TJUE es vinculante e impide la imposición de la sanción de multa a los extranjeros que se encuentren en situación irregular».

²⁴ Algunas de las sentencias más claras en este sentido son la STSJ Cantabria 190/2019, de 15 de marzo; la STSJ Madrid 7559/2017, de 5 de junio; y la STSJ Andalucía 1311/2018, de 16 de enero.

pero de manera objetiva y abstracta. Sus efectos son erga omnes y todo aplicador de la norma interpretada debe entenderla desde el criterio emitido por el TJUE, por lo que se erige en auténtica interpretación con fuerza obligatoria desde que la norma --en el caso de autos, la Directiva autorización-- entró en vigor. Todo lo cual no es ni más ni menos que expresión del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el ordenamiento interno. La doctrina expuesta ha sido desarrollada en la sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (Asunto 106/77) en la que se señala que en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, hacer inaplicable de pleno derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos».

Se entiende, pues, que no se está ante un caso de efecto directo vertical descendente de la Directiva (proscrito por la jurisprudencia del TJUE), sino ante la aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario, que se atribuye a todo el derecho de la Unión Europea, originario o derivado, sea o no de eficacia directa. Es por ello que, en aquellos casos en que la norma nacional resulta contradictoria con la Directiva (ya sea por falta de trasposición de esta o por una deficiente o insuficiente trasposición), la norma nacional debe interpretarse de conformidad con las del ordenamiento de la UE (directamente aplicable o no), como manifestación del principio de primacía del derecho comunitario sobre el nacional.

Por otra, las STC 26/2014, de 13 de febrero, y 145/2012, de 2 de julio, y las SSTS 238/2015, de 2 de febrero, y 3270/2012, de 14 de mayo, las cuales venían a recordar que el Derecho de la UE ostenta las cualidades de primacía, prevalencia y efecto directo, lo que supone que el Derecho español quedará desplazado y por tanto devendrá inaplicable si resulta contrario a aquel.

Más aún, los Juzgados y tribunales, órganos del Estado, vienen también obligados a conseguir el resultado previsto por la Directiva mediante una interpretación prevalente de la norma comunitaria frente a la nacional, tanto sea anterior o posterior a la Directiva (STJCE de 20 de mayo de 1976, Mazzali, C-111/75, EU:C:1976:68; STJCE de 10 de abril de 1984, Harz, C-79/83, EU:C:1984:155). Incluso, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (STJCE de 9 de

marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77, EU:C:1978:49; STJUE de 22 de junio de 2016, Melki y Abdeli, C-188/20 y C-189/10, EU:C:2010:363; y STJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581). Y el incumplimiento de dicha obligación por parte de los tribunales puede dar lugar a responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario (STJUE de 12 de noviembre de 2009, Comisión vs. España, C-154/08, EU:C:2009:695), puesto que los Estados miembros deben adoptar «todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión» (art. 291.1 TFUE).

La STJUE de 8 de noviembre de 2016, A. Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835), en contra del criterio de TSJPV (STSJPV 1194/2016, de 15 de junio, rec. 615/2015) según el cual solo es posible la aplicación de la Directiva en contra del Derecho nacional cuando es en favor del interesado, señalaba que «la exigencia de interpretación conforme incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales, incluidos los competentes en última instancia, de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una decisión marco (equivalente a las actuales directivas, pues carecen de efecto directo y solo obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales la elección de la forma y medios; art. 34.2 TFUE, en su versión anterior al Tratado de Lisboa, que ya no prevé esa figura expresamente). Por tanto, incluso en aquellos casos en que la norma comunitaria implique una consecuencia más desfavorable para el ciudadano y carezca de efecto directo, el principio de primacía del derecho comunitario obliga a aplicarla, corrigiendo la interpretación jurisprudencial de la norma nacional si fuera necesario²⁵».

La decisión sobre cuál de las corrientes doctrinales era la acertada correspondía al Alto Tribunal. La respuesta a la sentencia Zaizoune por parte del TS fue, cuanto menos, criticable desde el punto de vista jurídico, ya que atribuía a la misma, y por ende a la Directiva de Retorno, aplicabilidad directa, cuando nada se indicó en la sentencia a este respecto. En su STS 2523/2018, de 12 de junio, en la que se responde a la cuestión casacional sobre si «*la expulsión del territorio español es la única sanción que cabe imponer a los extranjeros cuando hayan incurrido en las conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, o si, por el contrario, la sanción preferente para dichas conductas es la multa, siempre que no*

²⁵ En este mismo sentido se pronuncia la STSJPV 1568/2015, de 20 de mayo.

concurran circunstancias agravantes adicionales que justifiquen la sustitución de la multa por la expulsión del territorio nacional», el tribunal apelaba a la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, en tanto que «los jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional» (FJ 5º). Así pues, el TS habilitaba a los órganos administrativos y jurisdiccionales a hacer caso omiso al mandato legal previsto en la LOEx para, de este modo, garantizar la consecución de los objetivos marcados por la Directiva de Retorno. En resumen, concluye el tribunal que «lo procedente es decretar la expulsión del extranjero cuando concurra un supuesto de estancia irregular, salvo que concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del art. 6 de la Directiva de Retorno o, en su caso, de los supuestos del art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución²⁶» (FJ 6). El TS mantuvo esta nueva interpretación a lo largo de numerosos pronunciamientos. Los de mayor interés casacional quedan enumerados en el FJ 6º de la STS 3417/2019, de 22 de octubre²⁷.

Consecuencia de este pronunciamiento es que el concepto de «mera estancia irregular» se desprende de cualquier tipo de circunstancia o hecho conforme a la anterior «teoría de

²⁶ De hecho, todo aquel supuesto de hecho que no encontrara acomodo en las excepciones previstas en la Directiva de Retorno era directamente rechazado por la jurisprudencia. En este sentido, no se admitió como situación exceptuada la percepción de la RGI (SSTSJPV 3929/2015, de 18 de noviembre, 327/2016, de 09 de febrero, 3643/2015, de 22 de diciembre, 3381/2015, de 21 de octubre, 2710/2015, de 11 de septiembre, 2679/2015, de 23 de septiembre, 707/2016, de 02 de marzo, de 782/16, de 15 de marzo). Igualmente, se delimitaron los criterios de interpretación del arraigo social (STS 8138/2005, de 22 de diciembre de 2005; SSTSJPV 782/2016, de 15 de marzo) y la vida familiar (STC 186/2013, de 4 de noviembre) como circunstancias que deben ser tenidas en cuenta en la aplicación de la Directiva de Retorno por mor del art. 5 de la misma. Sobre la vida familiar, el TEDH ha establecido una concepción extensiva de la vida familiar, caracterizada por la presencia de elementos jurídicos o fácticos que indican la existencia de una relación personal estrecha, lo que incluye las relaciones nietos-abuelos (STEDH de 13 de junio de 1979, Marckx y Bélgica, Serie A nº 31,45), las relaciones entre hermanos (STEDH de 18 de febrero de 1991, Moustaqim y Bélgica, Serie A nº 193) e, incluso, las relaciones de hecho ajenas a toda relación de parentesco (STEDH de 22 de abril de 1997, X,Y y Z contra Reino Unido, Recueil des arrêts et décisions 1977-II, 36). En los supuestos de infracción de la legislación de extranjería, la doctrina del TEDH. Según DÍAZ CREGO (2013), «en algunos casos ha considerado vulnerado el art. 8 CEDH (STEDH Alim c. Rusia, de 27 de septiembre de 2011) [y en otros ha reconocido] la posibilidad de expulsar a ciudadanos extranjeros con fuertes lazos familiares o sociales, aún cuando la infracción cometida sea puramente administrativa (STEDH Antwi y otros c. Noruega, de 14 de febrero de 2012)».

²⁷ En la STS 479/2019, de 8 de febrero, por ejemplo, el TS deja claro que los «supuestos de excepción no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad a efectos de aplicar alternativamente y de manera sustitutoria la sanción de multa» (RODRIGUEZ CANDELA, 2019, p. 75).

los datos negativos». De acuerdo con la doctrina Zaizoune, la «mera estancia irregular» no solo volvía a ser «neutra», independiente de circunstancias valorables, sino que, además, llevaba aparejada la sanción de expulsión en todo caso, incorporando por tanto un efecto más desfavorable para el nacional de un tercer país que el previsto por la anterior doctrina del TS.

2.3.3. La sentencia MO. Sobre la aplicación directa de la Directiva de Retorno.

No será hasta 2020 cuando la corriente jurisprudencial vuelva a dar un giro. En este caso, el cambio viene provocado a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el TSJ Castilla-La Mancha frente al TJUE, sobre la aplicabilidad de la Directiva de Retorno. La cuestión fue redactada de la siguiente manera²⁸: *«esta Sala quiere plantear [...] si es compatible con la doctrina de ese Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a los límites del efecto directo de las Directivas, la interpretación de su sentencia de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14 , Zaizoune) en el sentido de que la Administración y los Tribunales españoles pueden hacer una aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE en perjuicio del nacional del tercer Estado, con omisión e inaplicación de disposiciones internas más beneficiosas en materia sancionadora, con agravamiento de su responsabilidad sancionadora y posible omisión del principio de legalidad penal; y si la solución a la inadecuación de la normativa española a la Directiva no debe hacerse por esa vía, sino por la de una reforma legal, o por las vías previstas en Derecho comunitario para imponer a un Estado la debida transposición de las Directivas».*

Lo más relevante de esta cuestión es que, por medio de la misma, el TSJ Castilla-La Mancha pone en duda, frente al TJUE, la interpretación que el propio TS había hecho sobre la Sentencia Zaizoune. Como se ha dicho anteriormente, el TS permitió la aplicación directa de la Directiva 2008/115, de tal modo que habilitaba a las autoridades administrativas y judiciales españolas a inaplicar las previsiones de la LOEx sobre la prioridad de la sanción de multa y la necesaria motivación de la expulsión por la existencia de motivos agravantes.

Por el contrario, el TSJ Castilla-La Mancha, en base a la jurisprudencia del TJUE²⁹, y compartiendo el criterio de otros TSJ, tal y como se ha referido arriba, considera que no cabe la aplicación directa frente a los particulares de lo dispuesto en las directivas, habida

²⁸ La cuestión prejudicial fue redactada por ATSJCM de 11 de julio de 2019.

²⁹ SSTJCE de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò, C-14/86, EU:C:1987:275; de 12 de diciembre de 1996, X, C-74/95 y C-129/95, EU:C:1996:491; y de 3 de mayo de 2005, Berlusconi, C-387/02, EU:C:2005:270.

cuenta del principio de legalidad de los delitos y de las penas. Téngase especialmente en cuenta el hecho de que la normativa nacional se pronuncia en términos más beneficiosos que la Directiva para los particulares, en tanto en cuanto es obvio que la sanción de multa es menos restrictiva que la sanción de expulsión. Siendo precisos, la imposición de la multa en un primer momento permite que el inmigrante irregular regularice su situación; si, por el contrario, se aplicara directamente la sanción de expulsión, dicha regularización se convertiría en un imposible.

La decisión fue tomada por Sentencia de 8 de octubre de 2020, MO, C-568/19, EU:C:2020:807, en el sentido de que, si la normativa española «no puede interpretarse de conformidad con la Directiva 2008/115, [...], el Estado miembro no podrá basarse directamente en dicha Directiva para [...] adoptar una decisión de retorno [...] y hacer cumplir esta aun cuando no existan circunstancias agravantes» (apartado 36). Deja claro el tribunal que «las directivas no pueden, por sí solas, crear obligaciones a cargo de los particulares, pues los Estados miembros no pueden invocar las disposiciones de las directivas, en su calidad de tales, contra dichas personas». En suma, viene a manifestar el TJUE que, si bien es cierto que la normativa nacional es incompatible con la Directiva de retorno y, de ahí, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa, tal y como dejó patente en la Sentencia Zaizoune, no es posible que los Estados miembros la invoquen directamente a la hora de imponer sanciones si la propia normativa nacional lo impide.

Cuando se trata de un problema de transposición, es obligación del legislador adecuar la normativa interna a la Directiva que debe ser respetada, quedando excluida la posibilidad de emplearla en todo aquello que sea perjudicial para los particulares, pues así lo exige la salvaguarda del principio de legalidad y de seguridad jurídica. Por tanto, mientras la modificación de la norma no tenga lugar, la Administración Pública y órganos jurisdiccionales siguen obligados a aplicar la LOEx.

En palabras de RODRÍGUEZ CANDELA (2019, p. 80), «al aplicar el derecho nacional, el órgano jurisdiccional interno que debe interpretarla, está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la misma; sin embargo, esta obligación del Juez nacional tiene sus límites cuando tal interpretación conduce a que se oponga frente a un particular una obligación prevista por una Directiva si aún no se ha

adaptado a ella el Derecho interno. [...] Por consiguiente, el Derecho comunitario no contiene un mecanismo que permita al órgano jurisdiccional nacional eliminar disposiciones internas contrarias a una Directiva a la que no se haya adaptado el Derecho interno».

En la medida en que la sentencia Zaizoune señalaba una interpretación de la LOEX que la hacía incompatible con la Directiva, era obvio que atribuir efecto directo a esta última suponía una aplicación *contra legem* de la misma. La principal consecuencia de la sentencia MO fue, empero, la adopción por la mayoría de los TSJ de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la «teoría de los datos negativos», es decir, aquella que era aplicable con anterioridad a la sentencia Zaizoune. La «mera estancia irregular» dejaba de ser «neutra» una vez más.

2.3.4. La nueva STS 1181/2021; un nuevo vuelco a la situación.

No obstante, luego de este pronunciamiento, el TS realizó un exhaustivo análisis de la cuestión en su STS 1181/2021, de 17 de marzo, en la que recoge, además de la evolución jurisprudencial de los últimos años, la manera en que la Directiva de Retorno debe ser aplicada en adelante. Inicia el estudio de la controversia jurídica el tribunal aclarando que su cometido es, tal y como se desprende del apartado 36 de la sentencia MO, «buscar una interpretación del artículo 57 conforme a la Directiva» (FJ 3º), de modo que pueda ser salvada la aplicación de la Directiva sin necesidad de llevar a cabo ningún cambio legislativo. La decisión adoptada por el TS, recogida en el FJ 4º de este pronunciamiento, consiste en los siguientes puntos:

«Primero, que la situación de estancia irregular determina, en su caso, la decisión de expulsión y no cabe la posibilidad de sustitución por una sanción de multa». A este respecto, argumenta el TS que esta primera conclusión construye un escenario más favorable de la Directiva para los ciudadanos, en la medida en que, si bien aquella impone la decisión de retorno en el supuesto de hallarse en situación irregular, «implícitamente les está reconociendo que, si no procede esa decisión de retorno, no se le puede imponer una sanción de otra naturaleza que le autorice a permanecer en España» (FJ 3º). Así, la sanción de multa es una medida excluida tanto por la Directiva 2008/115 como por la interpretación que de la misma realiza el TJUE, ya que su finalidad «es la salida de todos aquellos extranjeros que se encuentren de manera irregular en alguno de los Estados de la Unión, lo cual es contrario a la posibilidad de imponer una sanción de multa sin dicha salida» (FJ 3º). Luego, solo son posibles dos escenarios: a) la mera estancia que no genera

expulsión, ni cualquier otra medida punitiva de otra índole; o b) la estancia irregular que necesariamente lleva aparejada la expulsión.

«Segundo, que la expulsión, comprensiva de la decisión de retorno y su ejecución, exige, en cada caso y de manera individualizada, la valoración y apreciación de circunstancias agravantes que pongan de manifiesto y justifiquen la proporcionalidad de la medida adoptada, tras la tramitación de un procedimiento con plenas garantías de los derechos de los afectados, conforme exige la jurisprudencia comunitaria». Es en este punto donde el tribunal, basando su posición en el principio de proporcionalidad, encuentra la manera de que la normativa nacional se interprete conforme a la Directiva, sin que se llegue a producir una interpretación *contra legem*. De acuerdo a su criterio, «es el juicio de proporcionalidad el que determina, en función de los factores añadidos a la mera estancia irregular, cuándo procede dictar una decisión de retorno. En esa interpretación, en nuestro artículo 57.1º el principio de proporcionalidad ha de aplicarse ya para determinar cuándo la estancia irregular puede o no dar lugar a la expulsión, única medida ya posible» (FJ 3º).

En consecuencia, la Directiva no debe interpretarse en el sentido de automatizar la decisión de expulsión comprobada la situación irregular, sino que exige la consideración de otros factores o circunstancias complementarias a la misma en atención al caso concreto. Conforme a este razonamiento, se llega a la misma conclusión anterior: «la mera estancia irregular, sin la concurrencia de otros factores, no puede justificar una decisión de retorno» (FJ 3º).

«Tercero, que por tales circunstancias de agravación han de considerarse las que se han venido apreciando por la jurisprudencia en relación a la gravedad de la mera estancia irregular, bien sean de carácter subjetivo o de carácter objetivo, y que pueden comprender otras de análoga significación». A este respecto, rescata el tribunal algunos criterios con carácter orientativo que pueden servir para motivar una orden de expulsión, toda vez que, como se ha referido, es preciso realizar un juicio de proporcionalidad de manera individualizada en cada caso concreto. En concreto, aglutina criterios ya empleados en la «teoría de los datos negativos» junto con criterios legales (los previstos en el art. 63.1.II LOEx) y los propuestos por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de la Dirección General de Policía, del Ministerio de Interior (recogidos en su Instrucción 11/2020, de 23 de octubre).

Si se hace una recopilación de todos ellos, se puede afirmar que son susceptibles de motivar la decisión de retorno las siguientes circunstancias agravantes: a) el encontrarse el extranjero en situación irregular, pero sin documentación alguna por la que pudiera ser identificado (STS 2379/2008, de 27 de mayo), o incluso con el añadido de ignorar, por esa ausencia de documentación, no solo los datos personales, sino la forma de entrada en territorio nacional (SSTS 8567/2007, de 26 de diciembre, 4157/2007, de 14 de junio, y 4767/2007, de 5 de junio); b) no haber cumplimentado voluntariamente una orden previa de salida obligatoria, adoptada conforme a lo establecido en el artículo 28 de la LOEX (STS 1235/2007, de 22 de febrero); c) la constatación de que la residencia autorizada fue obtenido de manera fraudulenta, basada en hechos posteriormente declarados falsos y revocada dicha residencia (STS 7390/2007, de 8 de noviembre); d) el hecho de que el extranjero en estancia irregular constituya un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional (art. 63.1.II LOEX); e) La previsibilidad de que el extranjero en situación irregular, por las peculiaridades que se acrediten, trate de evitar o dificultar la expulsión, incluido el riesgo de incomparecencia (art. 63.1.II LOEX); f) Haber sido detenido el extranjero en el marco de la comisión de un delito o que al mismo le consten antecedentes penales; g) Que el extranjero invoque una falsa nacionalidad; h) La existencia de una prohibición de entrada anterior; i) Carencia de domicilio y documentación; j) El incumplimiento de una salida obligatoria; k) Imposibilidad de comprobar cómo y cuándo entró en territorio español determinada por la indocumentación del extranjero, o la ausencia de sello de entrada en el documento de viaje. En cualquier caso, dichas circunstancias no conforman un *numerus clausus* o relación cerrada de supuestos, debiendo estar al caso concreto.

Ahora bien, a pesar de resolver sobre todos estos extremos, advierte el TS que queda pendiente que el TJUE se pronuncie sobre las dos cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra, las cuales fueron redactadas, con anterioridad a la Sentencia MO y al más reciente pronunciamiento del TS, en los siguientes términos:

«¿Debe interpretarse la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, sobre “normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular” (artículos 4.3, 6.1, 6.5 y 7.1), en el sentido de que se opone a una normativa nacional (artículos 53.1.a/, 55.1.b/, 57 y 28.3.c/ de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre

derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) que sanciona la permanencia irregular de extranjeros sin circunstancias agravantes en un primer momento con una sanción de multa unida a un requerimiento de retorno voluntario al país de origen, seguida, en un segundo momento, de la sanción de expulsión si el extranjero no se regulariza ni retorna voluntariamente a su país?».

«¿Es compatible con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los límites del efecto directo de las Directivas la interpretación de su sentencia de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, Zaizoune) en el sentido de que la Administración y los Tribunales españoles pueden realizar una aplicación directa de la Directiva 2008/115/CE en perjuicio del particular, omitiendo la legislación interna en vigor más beneficiosa en materia sancionadora, con agravamiento de su responsabilidad sancionadora y posible omisión del principio de legalidad penal?; ¿o por el contrario debe continuar aplicándose el derecho interno más favorable al particular mientras no se modifique o derogue mediante la correspondiente reforma legal?».

Este juzgado, de forma más que valiente, considera que la Directiva de Retorno es totalmente compatible con el sistema sancionador de la estancia irregular regulado en la LOEx, en el sentido establecido por la doctrina del TC y la jurisprudencia del TS anterior a 2016, esto es, en el sentido de la «teoría de los datos negativos». Además, cuestiona el efecto directo de la Directiva de Retorno. Con independencia de la respuesta que pueda dar el TJUE, y tras todo el *iter* que ha recorrido esta controversia, lo que parece es que quizás debió ser esta la forma de dirigirse al TJUE desde un primer momento.

III. COMPATIBILIDAD DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA CON LA DIRECTIVA DE RETORNO.

Estudiado el recorrido jurisprudencial que ha seguido esta controversia jurídica, en lo relativo a si el sistema de sanciones previsto en la LOEX para la estancia irregular es compatible con lo previsto en la Directiva de Retorno, considero preciso responder que sí lo es por los siguientes motivos.

Como se ha indicado *ad supra*, el art. 55 LOEX sanciona las infracciones graves (entre ellas, encontrarse irregularmente en territorio español) con multa desde 501 hasta 10.000 euros. No obstante, también podrá sancionarse esta conducta, en atención al principio de

proporcionalidad, con la expulsión del territorio español (art. 57.1 LOEX). Luego, de la literalidad de la norma se desprende, de manera clara, que la estancia irregular no será sancionada igualmente en todos los casos, si no que, por el contrario, la expulsión quedará reservada a los supuestos más graves. Es cierto que la ley no detalla expresamente qué supuestos justifican la imposición de la sanción de expulsión, pero lo que es indudable es que la voluntad del legislador es que no se sancione con la misma intensidad cualquier supuesto de estancia irregular, sino que se castiguen con mayor dureza aquellos que cuenten con un componente de gravedad añadido en la comisión de la infracción. De hecho, la incorporación del criterio de proporcionalidad en la formulación del art. 57.1 LOEX se llevó a cabo con la clara intención de resolver esta controversia inequívocamente.

Este régimen sancionador es así, no con el propósito de «mercantilizar» o permitir una «regularización encubierta» del extranjero en situación irregular, sino con la finalidad de darle una oportunidad a aquel ciudadano que, encontrándose irregularmente en España, y ante la posibilidad de que concurran en él los requisitos exigidos para obtener una autorización de residencia, solicite y obtenga esta última. Es decir, la ley pretende evitar cualquier tipo de situación injusta y desproporcionada con respecto de aquellas personas que, por el motivo que fuere, se encuentran en situación irregular cuando, conforme a Derecho, podían estar perfectamente regularizadas. En cualquier caso, y esto es lo importante, la multa no regulariza al extranjero, el cual puede ser expulsado ulteriormente si no acomete su regularización.

Ahora bien, en el supuesto de que en el infractor no regularice su situación administrativa en un plazo razonable, podrá dirigirse de nuevo la Administración contra el mismo, incoando procedimiento que proponga la sanción de expulsión forzosa del territorio, precisamente, por no haber acreditado su autorización de residencia. En términos generales, solo cuando concurran circunstancias agravantes o «datos negativos» en el extranjero irregular, todos aquellos señalados por la jurisprudencia del TS, quedará justificada, conforme al principio de proporcionalidad, la no imposición de la sanción de multa.

Teniendo en cuenta la forma en que funciona el sistema de multa-expulsión en el ordenamiento español, la principal controversia gira en torno a si resulta compatible con la Directiva de Retorno. Esta compatibilidad, de la manera en que ha sido interpretada por el TJUE en su sentencia Zaizoune, se refiere a la capacidad del sistema para garantizar

la eficacia de las órdenes de retorno impuestas, logrando así la expulsión efectiva de los nacionales de terceros países sancionados. Se antoja necesario recordar en este punto que las directivas, por su propia naturaleza, únicamente vinculan a los Estados miembros en cuanto a los objetivos fijados por las mismas, mas no respecto de los medios empleados a tal efecto.

Así, y rescatando las palabras del magistrado-juez Francisco de Cominges Cáceres en su AJCA de Pontevedra 43/2020, de 20 de agosto, «[L]as cifras estadísticas sobre inmigración irregular publicadas por el Ministerio del Interior y por el Instituto Nacional de Estadística ponían en evidencia que en España se estaban cumpliendo holgadamente los objetivos de la Directiva 2008/115/CE, con una disminución progresiva del número de extranjeros en situación irregular dentro de su territorio». A pesar de no estar totalmente de acuerdo con las mismas, en lo que a «holgadamente» se refiere, lo cierto es que, en base a los datos publicados por Eurostat, ya se ha visto que la tasa de ejecución media de órdenes de retorno española era solamente tres puntos porcentuales inferior a la del conjunto de la UE (33,14% frente a un 36,58%). En resumen, el sistema sancionador previsto por la LOEx para los supuestos de estancia irregular, si bien no de manera plena, sí cumplía el «efecto útil» de la Directiva. Y en la medida en que lo cumplía, era compatible con la misma y, por ende, tenía esta regulación cabida dentro del supuesto del art. 4.3 de la Directiva, conforme al cual se permite a los Estados miembros adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica.

Asimismo, en base al señalado pronunciamiento del TJUE por medio de la sentencia Zaizoune, cabe preguntarse sobre cuál puede ser aquel ordenamiento estatal que, decretando la expulsión de los extranjeros en situación irregular salvo que se aprecien las circunstancias exceptuadas previstas en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva, mantiene, no obstante, disposiciones más favorables. La única opción factible parece ser la optada por el TS en su STS 1181/2021, de 17 de marzo. Sin embargo, y como se apuntará más adelante, la posibilidad de no sancionar al nacional de un tercer país en situación irregular solo se convertirá en realidad tras la actuación del legislador.

Otro aspecto a tener en cuenta es la pugna entre los principios de proporcionalidad y de efecto útil de las Directivas. Ambos cuentan con una reconocida importancia dentro del Derecho comunitario y, por ello mismo, deben complementarse en su aplicación.

Es por ello que la propia Directiva destaca en su considerando sexto que «las decisiones que se tomen en el marco de la presente Directiva deben adoptarse de manera

individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular». Sin embargo, en su parte dispositiva solo considera como apreciables las situaciones de hecho previstas en los apartados 2 a 5 del art. 6, las cuales, además, componen un catálogo de circunstancias extremadamente puntuales. No solo eso, sino que los principios de no devolución, interés superior del niño, vida familiar y estado de salud únicamente deberán ser tenidos «debidamente en cuenta» conforme al art. 5. Es decir, que estas circunstancias del art. 5 no son *per se* un impedimento para acordar la expulsión, sino un elemento a tener en cuenta por la Administración. Conforme al criterio del TEDH, y tal como afirma FALLADA GARCÍA-VALLE (2010), el art. 8 CEDH reconoce el derecho de toda persona a preservar su vida en familia, pero no de una manera ilimitada o incondicional, sino en contraposición con los intereses legítimos del Estado. En palabras de DÍAZ CREGO (2013), la medida de expulsión, para ser válida, debe estar prevista legalmente, perseguir una finalidad legítima y ser proporcionada. Sin embargo, sí impone a las autoridades estatales la obligación de comprobar, caso por caso, la concurrencia efectiva de una vida familiar o arraigo social que impidan la expulsión del extranjero. Esto implica un respeto «hacia los vínculos afectivos, profesionales, sociales y, muy concretamente, familiares que la persona pueda tener, [...] en tanto que elementos esenciales de su persona y de su desarrollo y proyección vital. En aplicación de la Directiva de Retorno, en cambio, las autoridades han procedido de manera automática, lejos del ánimo individualizador reflejado en su exposición de motivos. En suma, la Directiva de Retorno pretende que la estancia irregular sea sancionada con la expulsión del territorio, con independencia de que el nacional de un tercer país haya incurrido en conductas más graves o no, y al margen de la existencia de vínculos sólidos que impidan la deportación. Al contrario que la Directiva, la «teoría de los datos negativos» del TS consideraba un amplio abanico de circunstancias agravantes que justificaban la decisión de expulsión. Todas aquellas circunstancias, ya enumeradas con anterioridad, se ajustan mucho más a la realidad de la inmigración irregular y, por ende, sí consideran otros factores además del mero hecho de la situación irregular, respetando así el principio de proporcionalidad. Son estas circunstancias agravantes las que precisamente justifican la medida de expulsión, que adquiere un carácter preventivo y no sancionador en tanto que «[E]l fundamento o supuesto de hecho de la expulsión es una presunta peligrosidad del sujeto deducida de la realización del hecho antijurídico, [...] su valor es el de un síntoma

revelador de la peligrosidad: al haber cometido el extranjero una infracción administrativa se considera probable o posible que vuelva a realizar en el futuro actos antijurídicos» (ALASTUEY DOBÓN, 2021, p. 95).

Realizando una interpretación sistemática de la norma, en atención a lo dispuesto en el art. 63 LOEX, da la sensación de que el legislador considera circunstancias graves el riesgo de incomparecencia, evitar o dificultar la expulsión, y representar un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad. Basándose en estos criterios, el TS conformó la ya nombrada «teoría de los hechos negativos», en la que configuraba una relación abierta de circunstancias que justificaban la imposición de la sanción de expulsión por encima de la multa. Esto es, el TS se encargó, cumpliendo con la voluntad del legislador, de precisar el contenido de la norma para facilitar su aplicación y, en consecuencia, contribuir a una mayor seguridad jurídica y a cumplir mejor el principio de tipicidad y legalidad. En suma, es posible afirmar que el sistema sancionador de la estancia irregular previsto por la LOEX es acorde a las exigencias de proporcionalidad. Coincidiendo con PLEITE GUADAMILLAS (2021), «una interpretación integradora de la normativa nacional y europea permitiría ante la estancia irregular imponer bien la multa, con la declaración de la obligatoriedad de salida del territorio nacional en un plazo determinado o, bien, la medida de expulsión, valorando en esta última la proporcionalidad exigida por el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero atendiendo a la no concurrencia de las excepciones fijadas por la Directiva 2008/115, así como otros hechos relacionadas con la infracción como podrían ser las circunstancias agravantes. Ambas resoluciones entrarían dentro del concepto de «decisión de retorno» de la Directiva 2008/115, por lo que se conseguiría la compatibilidad del ordenamiento interno español con el europeo».

Finalmente, aun en el caso de que se admitiera la incompatibilidad del sistema de sanciones previsto en la LOEX con la Directiva de Retorno, tal y como ha reiterado claramente el TJUE por medio de su sentencia MO, y ha reconocido el TS en su STS 1181/2021, será necesario que el propio legislador español modifique la norma antes de que esta puede ser aplicada en perjuicio de los particulares. Dicho de otra manera, en estos momentos, en tanto que inaplicable la sentencia Zaizoune, se debe seguir la «teoría de los datos negativos» formulada por el TS.

No se comparte, en cambio, el criterio adoptado recientemente por el Alto tribunal, según el cual la estancia irregular en España, tipificada como infracción en el art. 53.1.a) LOEX, o se sanciona por medio de la expulsión, o no se sanciona.

Tal y como se ha señalado con anterioridad, no es posible llevar a cabo una interpretación *contra legem* en aplicación de una directiva, en este caso, la de Retorno. De hecho, esta conclusión es la adoptada por el TJUE en su sentencia MO, en la que deja claro que, a pesar de que la expulsión es la única sanción admitida por la Directiva de Retorno, en tanto que la LOEx no se reforme, esta deberá seguir aplicándose. Esto es, deberá sancionarse la estancia irregular mediante multa o expulsión, pues así lo establece claramente la LOEx. Por el contrario, el TS establece que la estancia irregular solo puede ser sancionada con la expulsión. Con esta conclusión el Alto Tribunal realiza una interpretación totalmente contraria a la ley, que es la que debe ser aplicada como se ha visto.

La expulsión solo podrá reputarse como proporcionada en aquellos supuestos en los que el nacional de un tercer país acredite hechos o datos negativos de gravedad. Hasta este punto, por tanto, se comparte el criterio del TS. Ahora bien, al mismo tiempo que se afirma lo anterior, también es obvio que encontrarse irregularmente en un Estado constituye una infracción prevista por la LOEx en su art. 53.1.a) que se sanciona, según el tenor literal de la ley, con la sanción de multa. En caso de no sancionar la estancia irregular se estaría incurriendo en un sin sentido jurídico desde el punto de vista de la LOEx, pues si una conducta tipificada como infracción no merece sanción, ¿por qué motivo se considera, precisamente, una infracción? Las infracciones se justifican por el ánimo del legislador de proteger un bien jurídico concreto, en este caso, el orden público. Luego, si no existe una respuesta del *ius puniendi* del Estado frente a los ataques que dicho bien jurídico recibe, ello solo puede significar una cosa: que el legislador, en realidad, no considera ese bien jurídico digno de protección, en cuyo caso no será necesario tipificar la conducta que lo ataca como infracción. En todo caso, esta será una decisión que debe ser adoptada por el legislador, y no, en cambio, por el poder judicial, al que le está prohibido actuar como un legislador negativo. Luego, resulta evidente que el TS, en su labor interpretativa de la sentencia MO, ha actuado como un legislador negativo, prescindiendo por tanto de lo dispuesto en la propia Ley. De hecho, tal y como recuerda FUERTES LÓPEZ (2021, p. 12), «[E]l Tribunal Supremo declara que una previsión contenida en la ley no es aplicable. Y sin que así lo haya establecido el Tribunal

Constitucional]. En cualquier caso, el TS contaba con pocas soluciones interpretativas que convirtieran en compatibles ambas normas, en tanto en cuanto el TJUE ya había declarado la incompatibilidad de la sanción de multa con los propósitos de la Directiva de Retorno. Puede que lo que en realidad pretendiera el Alto Tribunal fuera mostrar al legislador la forma en que debe acometer la necesaria modificación de la LOEx.

Al margen de lo recién expuesto, que se corresponde con un análisis estrictamente jurídico, lo cierto es que el reciente pronunciamiento del TS supone una decisión más que favorable para los nacionales de terceros países que se hallen en situación irregular. Con fundamento en el mismo, aquellos que se hallen en «mera estancia irregular», esto es, sin que obren en su contra circunstancias negativas, o actuando en su favor hechos positivos, no serán sancionados de ninguna manera. Por el contrario, a los que se vean inmersos en hechos negativos se les impondrá una decisión de retorno que lleva aparejada la expulsión del territorio.

Esta decisión supone un paso adelante en la mejora de los derechos y condiciones de vida de las personas migrantes pues, como apuntan FERNÁNDEZ BESSA y BRANDÁRIZ GARCÍA (2016), «los extranjeros que tienen una expulsión pendiente de ejecución viven constantemente bajo la amenaza de una eventual deportación [y] están abocados a sobrevivir en la economía informal, como fuerza de trabajo fácilmente explotable o sometidos a la persecución policial». Asimismo, tal y como señalaba FALLADA GARCÍA-VALLE (2010), «la irregularidad en la situación administrativa sitúa al inmigrante en una situación definida como de "precariedad"», lo que conforme al TEDH «conlleva que el peso de los vínculos generados en el Estado parte se reduzca considerablemente», justificando su expulsión. Con este cambio de criterio, por el contrario, el extranjero en situación irregular sin circunstancias negativas en su haber es conocedor de que no será sancionado, podrá vivir de una manera más tranquila y centrar sus esfuerzos en regularizar su situación, creando a su vez vínculos sólidos en su esfera personal, profesional y social.

En realidad, hay varias cuestiones que se abren a debate de ahora en adelante, y que a buen seguro deberán ser resueltas en los tribunales. Por una parte, la policía competente en materia de extranjería, se verá limitada a la hora de proceder con la detención de un extranjero en situación irregular, ya que, salvo que pueda acreditar circunstancias negativas, aquel no podrá ser sancionado. Esto es así porque, como apunta BARBERO GONZÁLEZ (2017, p. 155), «[E]n el ordenamiento jurídico español está prevista la

detención de extranjeros en el marco de un procedimiento administrativo cuya sanción a imponer puede consistir en una expulsión». En consecuencia, la detención solo podrá ser acometida en aquellos supuestos en los que la policía advierta signos de la existencia de hechos negativos que pudieran justificar el retorno; en caso contrario, la detención no estaría justificada por sí misma. En este mismo sentido, la decisión causará un gran efecto en el número de ingresos en Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), en la medida en que solo podrán ser aquí retenidos aquellos a los que se imponga la sanción de expulsión; dicho de otra manera, los CIE se verán descargados por aquel grueso de personas que, conforme a la nueva doctrina del TS, no merecen ser expulsadas y, por ende, tampoco retenidas.

Por otra, la decisión abre la puerta a la revocación por parte de la Administración de las resoluciones que decretaban la expulsión de extranjeros en situación irregular en los que no se apreciaban circunstancias negativas, en tanto en cuanto puedan solicitar la autorización de residencia. En efecto, la Administración se vería obligada a revocar la sanción impuesta en tanto que los motivos que justificaban la expulsión han desaparecido.

Para comprender este punto, es necesario tener en cuenta que el art. 109.1 LPAC permite a las Administraciones, «mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, sus actos de gravamen o desfavorables». En el caso de la sanción de expulsión, considerada como sanción grave, la prescripción tiene lugar después de dos años sin que sea ejecutada (art. 56.2 y 3 LOEx). Ahora bien, el señalado plazo de prescripción comenzará a computarse una vez transcurrido el periodo de prohibición de entrada en territorio español, que en la mayoría de casos puede extenderse hasta los cinco años (arts. 58.1 y 2 LOEx y 245.2 RELOEx). Además, hay que tener en cuenta que únicamente cabe la revocación de la sanción de expulsión si se trata de una autorización de residencia por alguno de los siguientes motivos: a) mujeres extranjeras víctimas de violencia de género (art. 31.bis LOEx); b) personas en colaboración contra redes organizadas (art. 59 LOEx); c) ser víctima de trata de seres humanos (art. 59.bis LOEx); y d) haber presentado una solicitud de residencia por arraigo social, laboral o familiar (art. 68.3 LOEx). Asimismo, a pesar de no quedar explicitado en la ley, considero que también podría tener lugar la revocación cuando se trate de cualquiera de los supuestos por circunstancias excepcionales (arts. 123 y ss. RELOEX).

Tal y como afirma ARRESE IRIONDO (2019), el Consejo de Estado se pronunció negativamente sobre la posibilidad de instar la revocación por parte del interesado, pero

ello no obsta para que la propia Administración, antes de materializar la expulsión de un extranjero cuya orden de retorno hubiera sido impuesta años atrás, compruebe sus circunstancias personales, pues han podido verse alteradas en el tiempo, permitiéndole su regularización y, en consecuencia, la revocación de la expulsión impuesta.

Otra cuestión puesta de manifiesto una vez realizado un estudio de las relaciones entre la LOEx y la Directiva de retorno es que el problema del sistema sancionador español y, en general, el de la mayoría de los Estados miembros, no reside en el número de órdenes de retorno impuestas; de hecho, han fluctuado dentro de unos límites de manera más o menos constante a lo largo de los últimos años. El problema, en cambio, es la dificultad para ejecutar dichas órdenes de retorno. Algunos de los principales motivos, señalados por ARRESE IRIONDO (2019, p. 3), son «la carencia de documentación de identidad que acredita la procedencia de la persona extranjera, la falta de acuerdo de repatriación entre España y el correspondiente país de origen, que este no reconozca a la persona expulsada como nacional suyo, o no lo admita, la falta de dotación presupuestaria para este fin o la imposibilidad de localizar a la persona que ha de ser expulsada». Dicho de otra manera, la UE y los Estados miembros no deben centrarse en regular la inmigración irregular de una manera puramente restrictiva, sin consideración del principio de proporcionalidad; en cambio, sus esfuerzos deben ir dirigidos a crear sistemas operativos de retorno que garanticen el cumplimiento de las órdenes impuestas. Por la misma razón, en tanto que no se logre aumentar la tasa de ejecución, de nada valdrá contar con una regulación estricta que obligue a las autoridades administrativas y judiciales de cada Estado Miembro a imponer decisiones de retorno de forma masiva.

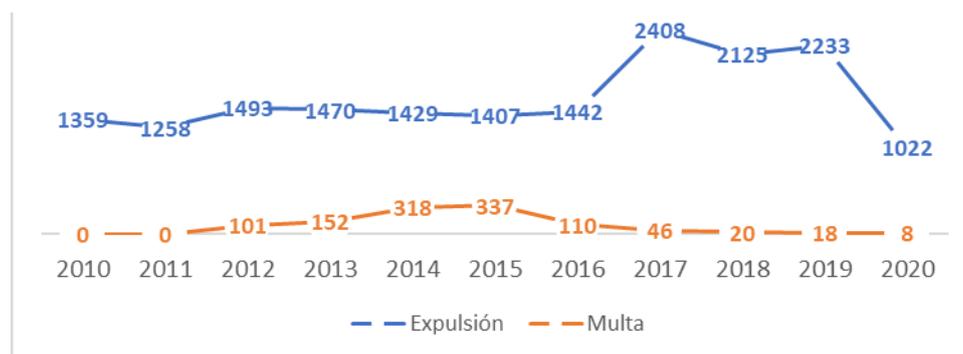
IV. EFECTO PRÁCTICO DE LAS SENTENCIAS. APROXIMACIÓN AL CASO VASCO.

4.1.Efecto en la actuación administrativa.

Entre los años 2010-2020, en la CAPV se han incoado un total de 18.756 procedimientos con fundamento en la infracción del art. 53.1.a) LOEX. En el 94,08% de los supuestos, la sanción impuesta ha sido la expulsión del territorio nacional. A falta de analizar los datos más detalladamente, lo cual se realizará seguidamente, es posible afirmar que los propósitos de la Directiva de Retorno sí se cumplen.

Si se atiende a la evolución de las expulsiones y multa a lo largo de estos diez años, se observa cómo la sentencia Zaizoune produjo un verdadero cambio estructural en las mismas. En concreto, el GRÁFICO 3 muestra que a partir de del año 2017, poco después a que se pronunciara el TJUE, las expulsiones aumentaron notablemente, mientras que las multas descendieron a mínimos. En concreto, mientras que en 2016 se dictaron 1.442 órdenes de expulsiones en la CPAV, en 2017 esta cifra aumentó hasta las 2.408 (un 67% más). A partir de ese momento, las expulsiones anuales se han mantenido por encima de los 2.000 casos, salvo en 2020 (1.022) a raíz de la COVID-19, que paralizó por completo la actuación de la Administración. Por el contrario, las multas, que habían alcanzado su pico en 2015 (337), se ven a partir de entonces desplomadas (110 en 2016, y después siempre por debajo de los 50 casos).

GRÁFICO 3. Número de expulsiones y multas impuestas con fundamento en el art. 53.1.) LOEx (2010-2020).

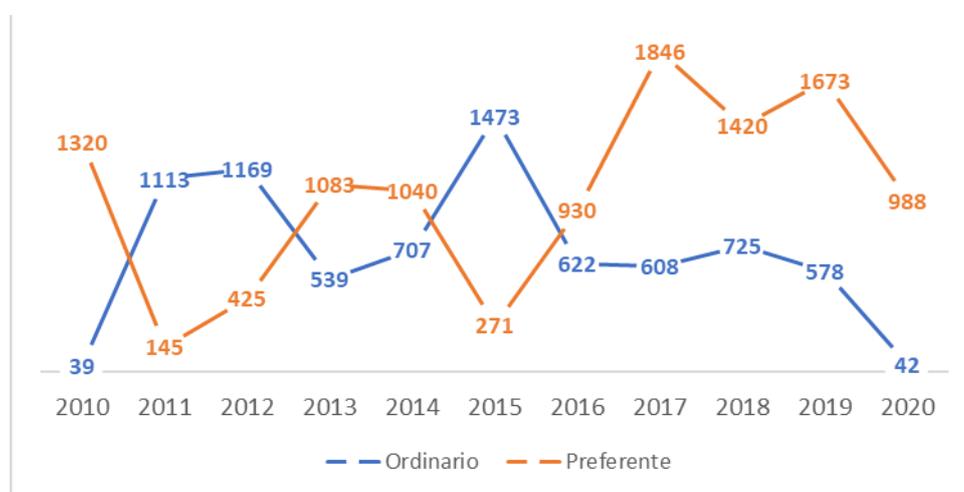


Fuente. Elaboración propia a partir de información facilitada por el OPI.

El efecto Zaizoune también se aprecia si se compara el porcentaje de expulsiones y multas que se imponen con anterioridad y posterioridad a 2016. Así pues, de los 9.324 procedimientos incoados con anterioridad a 2016 (el 49,71% de la totalidad), el 90,26% decretaba la expulsión del extranjero en situación irregular. En cambio, la tasa de expulsión en los procedimientos incoados con posterioridad a 2016 (el 50,29% de la totalidad) ascendía al 97,86%, es decir, un 7,60% mayor. Ello quiere decir que, asumiendo que se mantienen del resto de condiciones, en 716 casos de los dictados con posterioridad a Zaizoune, la decisión que hubiera correspondido de aplicar la ley conforme a la «teoría de los hechos negativos» hubiera sido la de imponer la sanción de multa, y no la de expulsión.

En lo que al tipo de procedimiento incoado por la Administración se refiere, el 40,6% se han tramitado por el procedimiento ordinario, o lo que es lo mismo, el 59,4% se han resuelto por los trámites del procedimiento preferente. Nuevamente, sin embargo, la distribución no es uniforme a lo largo de los años. En efecto, mientras que con anterioridad a 2016 el número de casos tramitados conforme a cada uno de los procedimientos fluctuaba sin patrón alguno, a partir de 2016 los procedimientos preferentes superan notablemente a los procedimientos ordinarios cada año (GRÁFICO 4).

GRÁFICO 4. Número de expedientes incoados según el tipo de procedimiento empleado (2010-2020).



Fuente. Elaboración propia a partir de información facilitada por el OPI.

Por último, es preciso señalar que la distribución reflejada en las líneas anteriores también se ve alterada en función de la provincia que se trate. En términos generales, y sin ánimo de extender mucho este análisis, baste apuntar que Gipuzkoa aglutina la mayor parte de los procedimientos incoados (el 62,63%), impone el mayor número de expulsiones (en el 66,41% de los casos) y tramita la gran mayoría de sus casos por medio del procedimiento preferente (el 79,39%). Igualmente, es la que verdaderamente experimenta un cambio estructural en el número de expulsiones decretadas con posterioridad a 2016 (de 816 en 2016 a 1.645 en 2017). Bizkaia y Álava, por el contrario, tramitan muchos procedimientos menos y, en cualquier caso, presentan cifras bastante parejas y constantes entre expulsiones y multa, si bien es cierto que sí se percibe un ligero aumento de las primeras.

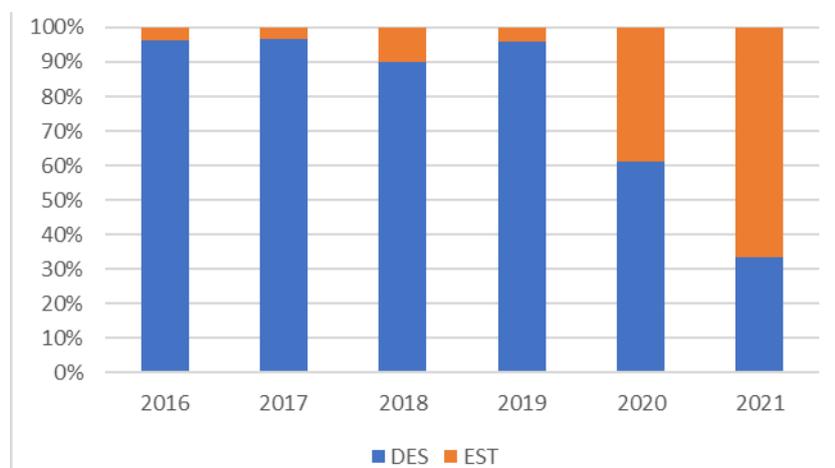
4.2.Efecto en la actuación judicial.

Conviene realizar este análisis conociendo cuál es la cantidad de resoluciones dictadas en el JCA 5 Bilbao que versan sobre estancia irregular. Así pues, de las 720 resoluciones dictadas en materia de extranjería desde enero de 2016 a noviembre de 2021, 340 han tenido como objeto la estancia irregular de un nacional de un tercer país en España, esto es, han versado sobre la conducta tipificada en el art. 53.1.a) LOEX. En términos relativos, es posible afirmar, por tanto, que en el 47,22% de los asuntos de los que ha conocido el JCA 5 en materia de extranjería se ha recurrido una decisión administrativa que sancionaba la estancia irregular. La distribución de las mismas es la que sigue.

Por una parte, se han dictado un total de 125 sentencias que decidían sobre la conformidad a Derecho de una resolución administrativa que imponía la sanción de expulsión (el 26,48 de sentencias de extranjería y el 36,76% de las resoluciones sobre estancia irregular). La distribución de dichas sentencias no ha sido, sin embargo, uniforme. De hecho, mientras que hasta 2019 se observan siempre más de 20 sentencias sobre esta materia (más aún, en el año 2017 se alcanzaron las 31), a partir del referido año decaen drásticamente (18 en 2020, y apenas 6 en 2021).

De la totalidad de sentencias sobre estancia irregular (125), el 87,20 % (109), han mostrado un fallo desestimatorio. En concreto, resulta que 105 (el 84%) mantuvieron la sanción de expulsión impuesta por la Administración. Solo en 4 casos (el 3,20%), todos ellos en 2016, se decidió que la multa era la sanción debida. Por el contrario, solo en el 12,80% de los casos (16), la pretensión del recurrente ha sido estimada. Ahora bien, ello no quiere decir que en todos ellos la sanción a imponer fuera la multa. Es más, solo en 4 supuestos se alteró la sanción de expulsión originariamente impuesta por la Administración por la sanción de multa. En el resto de estimaciones, en cambio, se sentenció, bien en la nulidad del procedimiento empleado por la Administración (7), bien la no proporcionalidad de la sanción impuesta, pero sin pronunciarse en lo relativo a si procedía la multa (4). Más aún, en uno de los casos, aun siendo estimada parcialmente la pretensión del recurrente, se mantuvo la sanción de expulsión (lo único que se modificó fue el plazo de prohibición de entrada a España). El porcentaje de sentencias estimatorias y desestimatorias en los últimos 6 años se muestra en el GRÁFICO 5.

GRÁFICO 5. Porcentaje de sentencias desestimatorias y estimatorias sobre estancia irregular en el JCA 5 Bilbao (2016-2021).



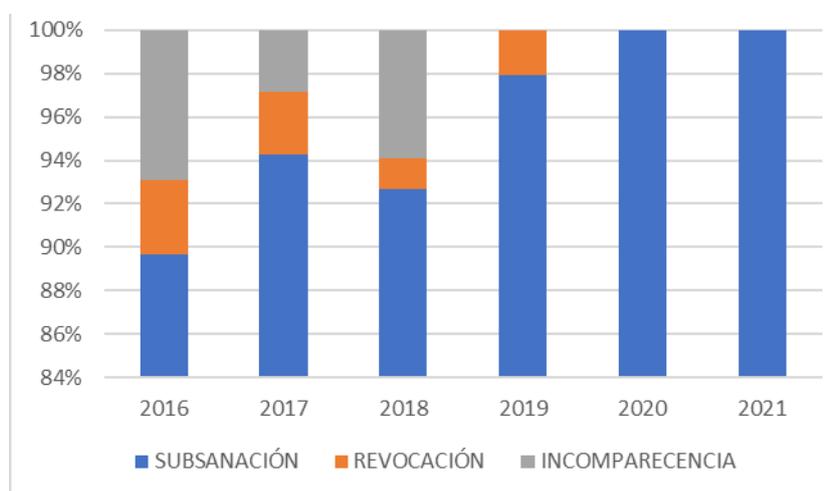
Fuente. Elaboración propia a partir de información facilitada por el JCA 5 Bilbao.

Ahora bien, si se atiende a las sentencias dictadas a partir de octubre de 2020, momento en el que el TJUE dicta su sentencia MO, es posible apreciar cambios significativos en la tendencia de las sentencias. En efecto, de las 51 sentencias relacionadas con la estancia irregular dictadas a partir de la referida fecha, el 15,69% han sido estimadas, mientras que con anterioridad el porcentaje de estimación apenas alcanzaba el 10,81% (8 sentencias sobre un total de 74). Ese mismo número de sentencias estimatorias (8) es el que se había alcanzado con anterioridad a octubre de 2020 en casi cinco años; o lo que es lo mismo, las sentencias estimadas en este corto periodo de tiempo suponen la mitad de la totalidad de sentencias estimatorias desde 2016. Ahora bien, el 75% de las sentencias estimadas con posterioridad a la sentencia MO lo han hecho por declarar la nulidad del procedimiento incoado por la Administración, y no por la declaración de la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta.

Por otra, y en lo que a los autos se refiere, su incidencia es mucho mayor. Tanto es así que los autos dictados con motivo de un recurso administrativo que sancionaba la estancia irregular configuran el 90,13% de los autos de extranjería dictados, y el 61,76% de las resoluciones sobre estancia irregular. En promedio, hasta 35 autos se espera que se dicten cada año en relación a la estancia irregular, aunque los datos demuestran que, nuevamente, dicho indicador estadístico no es representativo de la realidad. En efecto, los años 2018 y 2019 se dictaron 68 y 48 autos, respectivamente. En 2020 y 2021, en cambio, solo 21 y 9 autos, respectivamente.

En lo que al contenido de los autos se refiere, todos ellos se dictan con la finalidad de señalar el archivo de las actuaciones. El archivo se producía, fundamentalmente, por tres causas, que quedan reflejadas en el GRÁFICO 6.

GRÁFICO 6. Principales causas de archivo en procesos sobre situación irregular en el JCA 5 Bilbao (2016-2021).



Fuente. Elaboración propia a partir de información facilitada por el JCA 5 Bilbao.

En primer lugar, la falta de subsanación de defectos procesales observados con la presentación del recurso administrativo, principalmente, la falta de acreditación del poder por el que se confiere la representación procesal (el 94,76% de los casos). Se trata este de un requisito procesal que, en caso de no ser subsanado en el plazo de 10 días, produce el archivo de las actuaciones y, por consiguiente, la terminación del proceso (art. 45.3 LJCA). En segundo lugar, la revocación por parte de la Administración del acto impugnado, o lo que es lo mismo, la satisfacción extraprocésal (el 1,90% de los casos) conforme a lo dispuesto en el art. 76 LJCA. La tercera causa por la que se decretaba el archivo suponía la incomparecencia de la parte recurrente en la vista señalada pues, tal y como señala el art. 78.5 LJCA, esto supone tenerlo por desistido del procedimiento.

Por último, queda hacer referencia a los decretos dictados sobre estancia irregular. En este caso, la relevancia es mínima, en la medida en que, de los 15 decretos de extranjería dictados en el JCA 5 de Bilbao desde 2016, solo 5 han tenido lugar dentro de un recurso que versaba sobre la estancia irregular (es decir, el 33,33%). Además, los 5 decretos han tenido el mismo contenido; señalar el desistimiento de la parte actora después de que esta comunicara la satisfacción extraprocésal de la controversia jurídica, quedando en consecuencia sin objeto el recurso contencioso administrativo.

V. CONCLUSIONES.

Considerando toda la información señalada en los apartados anteriores, es posible afirmar que la controversia jurídica sobre si el sistema sancionatorio de la estancia irregular previsto en la LOEx es compatible con la Directiva de Retorno solo podrá ser respuesta de dos maneras.

De un lado, la solución más obvia y lógica consiste en la reforma de la LOEx, adaptándola a las exigencias señaladas por el TJUE. Con independencia de los criterios esgrimidos a favor de la compatibilidad de las dos normas, lo cierto es que el TJUE, primero en su sentencia Zaizoune, y posteriormente en su sentencia MO, dejó claro que la sanción de multa no cumplía el efecto útil de la Directiva de Retorno y, en consecuencia, no podía ser impuesta con el propósito de castigar la estancia irregular. Por el contrario, las decisiones de retorno, que llevan aparejada la expulsión del territorio, se perfilan como la única medida sancionadora capaz de asegurar la eficacia de la referida directiva. El sentido de la reforma debe guiarse por la decisión del TS, pues al mismo tiempo que asegura la compatibilidad de la norma con la Directiva de Retorno, conlleva efectos más positivos en la consecución de una sólida política migratoria. Si lo que los Estados miembros realmente pretenden es la configuración de una política migratoria flexible, abierta, integradora, enriquecedora y eficaz, no pueden establecer sistemas sancionadores tan rígidos como aquel que equipara a la mera estancia irregular la sanción de expulsión del territorio. Ordenar y facilitar la migración, un fenómeno presente y, fundamentalmente, futuro, pasa porque los Estados de destino, sin renunciar a la defensa de su orden público, opten por una sanción proporcionada de la mera estancia irregular, e incluso apostar por su no sanción. Es necesario que las instituciones sean las primeras en advertir que la construcción de muros y la expulsión masiva y reiterada de inmigrantes que no atacan bienes jurídicos fundamentales ni causan perjuicio alguno se perfila como una solución ineficaz a largo plazo.

De otro, aunque con menor esperanza, queda pendiente que el TJUE se pronuncie sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra. En esta ocasión, son dos los escenarios posibles: bien que el TJUE reitere la incompatibilidad de las normas, dejando de nuevo en manos del legislador español la obligación de modificar la norma, bien que, en contra de todo pronóstico, y

olvidando sus anteriores pronunciamientos, decida declarar la compatibilidad de ambos instrumentos normativos.

En este contexto, y como medida transitoria, el TS se ha esforzado por llevar a cabo una interpretación de la Directiva de Retorno que sea conforme a la LOEx. No obstante, los argumentos esgrimidos distan de ser los más ajustados conforme a Derecho, toda vez que la doctrina construida prescinde de la sanción de multa, expresamente prevista en la ley.

Sea de una manera u otra, el largo recorrido realizado demuestra el ancho campo interpretativo de esta cuestión. En apenas seis años, los tribunales han aplicado hasta cuatro corrientes jurisprudenciales diferentes: la «teoría de los datos negativos» construida inicialmente por el TS, la doctrina Zaizoune, la doctrina MO (que devolvía a la «teoría de los datos negativos») y, por último, la doctrina plasmada en la STS 1181/2020, de 17 de marzo. En cada una de estas construcciones jurídicas, el concepto de «estancia irregular» y los criterios que permitían imponer la sanción de expulsión han variado. La elasticidad o maleabilidad de este concepto, consecuencia de su falta de determinación en la propia ley, es la que ha permitido extender el debate al momento actual. Y lo que es más importante, cada modificación de la doctrina ha impactado notablemente en la actuación de las autoridades administrativas y los tribunales. Sin duda alguna, Zaizoune supuso un importante punto de inflexión. Ahora bien, el criterio adoptado recientemente por el TS tiene visos de equilibrar la balanza; se trata de una nueva línea jurisprudencial que, aunque puede que no del todo ajustada a Derecho, repercutirá sustancialmente en la práctica de la Administración y los tribunales en tanto no se reforme la ley o, lo que parece más cercano en el tiempo, el TJUE se pronuncie sobre la última cuestión prejudicial planteada.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

- ALASTUEY DOBÓN, C. (2021). "Sobre la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros en el Derecho español". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 56, pp. 63-127.
- ARRESE IRIONDO, N. (2019). "La revocación de la sanción de expulsión impuesta a personas extranjeras en situación irregular en territorio estatal". *Revista Española de Derecho Administrativo*, 202, pp. 359-382.
- BARBERO GONZÁLEZ, I., BLANCO FERNÁNDEZ DE VALDERRAMA, C., ARRESE IRIONDO, N., GONZÁLEZ MURUA, A.R. (2017). *La defensa de los derechos fundamentales ante la detención, internamiento y expulsión de personas extranjeras. El caso de la Comunidad Autónoma Vasca*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- BOZA MARTÍNEZ, D. (2018). "Expulsiones. Cifras y su interpretación". *Revista Crítica Penal y Poder*, 18, pp. 309-318.
- CASTILLA JUÁREZ, K.A (2016). "Migración sine permissum en España: multa, expulsión y non bis in idem. Más allá de lo constitucionalmente admisible y acorde con la normativa europea". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 42, pp. 87-110.
- CONTRERAS SOLER, J., GARRÓS FONT, I., CONTRERAS SOLER, B. (2021). "Estudio de distintos supuestos de expulsión de extranjeros a la luz de la jurisprudencia más reciente". *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, pp. 1-16.
- DÍAZ CREGO, M. (2013). "Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)". *Anuario CIDOB de la Inmigración 2013*, pp. 253-00. Obtenido en <https://raco.cat/index.php/AnuarioCIDOBInmigracion/article/view/291271>
- FAJARDO DEL CASTILLO, T. (2009). "La directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 33, pp. 453-499.
- FALLADA GARCÍA-VALLE, J.R. (2010). "Algunos límites a los derechos de los inmigrantes: detención y expulsión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, 20, pp. 1-35.

- FANJUL, G., GÁLVEZ-INIESTA, I. (2020). "Extranjeros, sin papeles e imprescindibles: Una fotografía de la inmigración irregular en España". *Fundación porCausa*.
- FERNÁNDEZ BESSA, C., BRANDÁRIZ GARCÍA, J.A. (2016). "Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación". *INDRET. Revista para el análisis del Derecho*, 4, pp. 1-25.
- FERNÁNDEZ ROJO, D. (2016). "La detención de extranjeros en situación irregular: impacto de la Directiva 2008/115/CE y la jurisprudencia del TJUE en la legislación española". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 53, pp. 233-258. DOI: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.53.06>
- FUERTES LÓPEZ, F.J. (2021). "Expulsión de extranjeros en situación irregular. (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2021)". *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, pp. 1-12.
- GONZÁLEZ PICHES, Y. (2017). Análisis de caso práctico: expulsión de residente de larga duración con fundamento en el art. 57.2 de la LO 4/2000. Trabajo de Fin de Máster. Universidad de Cantabria.
- GONZÁLEZ SAQUERO, P. (2015). "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*, 55, pp. 133-158.
- GÓRRIZ GÓMEZ, B. (2021). "Extranjeros en situación irregular: no cabe sustituir la sanción de expulsión por la de multa, pero tampoco cabe la expulsión si no concurren circunstancias agravantes (STS de 17 de marzo de 2021)". *Diario La Ley*, 9871, pp. 1-11.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2019). Análisis sobre la sanción de orden de expulsión en materia de extranjería. Trabajo de Fin de Máster. Universidad de Oviedo.
- MOLINA FEBRERO, G. (2021), "Extranjeros en situación irregular: ¿Multa o Expulsión? Situación actual". Publicado en la web jurídico policial www.ijespol.es
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2015). "Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". *Cuadernos Europeos de Deusto*, 53/2015, pp. 195-230.

- PEY GONZÁLEZ, J.M. (2021). "¿Multa versus expulsión ante la estancia irregular del ciudadano extranjero? Interpretación del precepto sancionador estrella de la normativa de extranjería a la luz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8/10(2020 (C-568/19)". *Diario La Ley*, 9827, pp. 1-22.
- PLEITE GUADAMILLAS, F. (2021). "¿Es compatible la sanción de multa por estancia irregular con la «decisión de retorno» de la Directiva 2008/115 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008?". *Revista Actualidad Administrativa*, 10, pp. 1-10.
- PLEITE GUADAMILLAS, F. (2021). "La proporcionalidad de la medida de expulsión". *Revista Actualidad Administrativa*, 9, pp. 1-14.
- REIG FAJARDO, I. (2015). "La directiva de retorno y la tutela judicial efectiva". *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 19, pp. 115-126. DOI: <http://dx.doi.org/10.20932/barataria.v0i19.29>
- RODRÍGUEZ CANDELA, J.L. (2019). "Interpretación y seguimiento de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015 (Zaizoune)". *Revista Crítica Penal y Poder*, 18, pp. 66.-81.
- SAINZ DE LA MAZA QUINTANAL, E. (2015). *Ultima ratio. El proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular en España*. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid.
- TOLOSA TRIBIÑO, C. (2018). "Extranjeros en situación irregular: ¿expulsión o multa? El fin de una polémica". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 49.
- UBEDA TARAJANO, F.E. (2019). "La sanción administrativa de expulsión de personas extranjeras". *Revista Actualidad administrativa*, 1.
- VELASCO JIMÉNEZ, C. (2021). "Nueva doctrina sobre expulsión de extranjeros tras plantear cuestión prejudicial al Tribunal de la Unión un tribunal español". *Diario La Ley*, 9786.

Informes, documentos oficiales y bases de datos.

Consejo General de la Abogacía Española (CGAE). (2015). Circular 1/2015 de la Subcomisión de extranjería del CGAE: “Argumentario a la sentencia de 23 abril 2015 del TJUE”.

Dirección General de la Policía. Comisaría General de Extranjería y Fronteras. (2020). Instrucción núm. 11/2020: Efectos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre los procedimientos sancionadores por infracción al art. 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

European Migration Network. (2021). Annual Report on Migration and Asylum 2020, pp. 50-57. Obtenido en <https://www.emn.europa.eu/wp-content/uploads/2020/10/emn-arm-2020-synthesis-report.pdf>

European Parliament. (2019). Data on returns of irregular migrants. Obtenido en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2021/690518/EPRS_ATA\(2021\)690518_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2021/690518/EPRS_ATA(2021)690518_EN.pdf)

Eurostat. (2021). Migration and Asylum. Managed migration. Database: Third country nationals ordered to leave – annual data (rounded) (migr_eiord). Obtenido en <https://ec.europa.eu/eurostat/web/migration-asylum/managed-migration/database>

Eurostat. (2021). Migration and Asylum. Managed migration. Database: Third country nationals found to be illegally present – annual data (rounded) (migr_eipre). Obtenido en <https://ec.europa.eu/eurostat/web/migration-asylum/managed-migration/database>

Eurostat. (2021). Migration and Asylum. Managed migration. Database: Third country nationals returned following an order to leave – annual data (rounded) (migr_eirtn). Obtenido en <https://ec.europa.eu/eurostat/web/migration-asylum/managed-migration/database>

Observatorio Para la Inmigración. (2021). Base de datos proporcionada: Número de expedientes sancionatorios que se han incoado en los últimos 10 años (2010-2020) en la CAPV, clasificados por año, provincia, artículo sancionatorio y resolución.

Normativa de referencia.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE núm 83, de 30/03/2010).

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. (DOUE núm. 348, de 24/12/2008).

Recomendación (UE) 2017/432 de la Comisión, de 7 de marzo de 2017, sobre la manera de lograr que los retornos sean más eficaces al aplicar la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. (DOUE núm. 66, de 11/03/2017).

Recomendación de la Comisión C (2015) 6250, de 1 de octubre de 2015, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno.

Recomendación (UE) 2017/2338 de la Comisión, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno. (DOUE núm. 339, de 19/12/2017).

Comunicación (2014) 199, de 28 de marzo, de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, sobre la política de retorno de la UE.

Comunicación (2015) 453, de 9 de septiembre, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, que presenta el Plan de Acción de la UE en materia de retorno.

Comunicación (2017) 200, de 2 de marzo, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, relativa a una política de retorno más eficaz en la Unión Europea – Un Plan de Acción renovado.

Comunicación (2020) 609, de 23 de septiembre, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.

Comunicación (2021) 120, de 27 de abril, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, relativa a la estrategia de la UE sobre retorno voluntario y reintegración.

Reglamento (CE) 562/2006, de 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).

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE núm. 243, de 10/12/1979).

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. (BOE núm. 10, de 12/01/2000).

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. (BOE núm. 299, de 12/12/2009).

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. (BOE núm. 103, de 30/04/2011).

Relación de jurisprudencia.

STEDH de 13 de junio de 1979, Marckx y Bélgica, Serie A nº 31,45.

STEDH de 18 de febrero de 1991, Moustaquim y Bélgica, Serie A nº 193.

STEDH de 22 de abril de 1997, X,Y y Z contra Reino Unido, Recueil des arrêts et décisions 1977-II, 36.

STEDH de 27 de septiembre de 2011, Alim c. Rusia.

STEDH de 14 de febrero de 2012, Antwi y otros c. Noruega,

STJCE de 20 de mayo de 1976, Mazzali, C-111/75, EU:C:1976:68.

STJCE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, C-106/77, EU:C:1978:49.

STJCE de 10 de abril de 1984, Harz, C-79/83, EU:C:1984:155.

STJCE de 11 de junio de 1987, Pretore di Salò, C-14/86, EU:C:1987:275.

STJCE de 12 de diciembre de 1996, X, C-74/95 y C-129/95, EU:C:1996:491.

STJCE de 3 de mayo de 2005, Berlusconi, C-387/02, EU:C:2005:270.

STJUE de 22 de octubre de 2009, Zurita García y Choque Cabrera, C-261/08 y C-348/08, EU:C:2009:648.

STJUE de 12 de noviembre de 2009, Comisión vs. España, C-154/08, EU:C:2009:695.

STJUE de 5 de octubre de 2010, Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581.

STJUE de 28 de abril de 2011, Hassen El Dridi, C-61/11, EU:C:2011:268.

STJUE de 6 de diciembre de 2011, Alexandre Achughbalian, C-329/11, EU:C:2011:807.

STJUE de 6 de diciembre de 2012, Sagor, C-430/2011, EU:C:2012:777.

STJUE de 23 de abril de 2015, Zaizoune, C-38/14, EU:C:2015:260.

STJUE de 22 de junio de 2016, Melki y Abdeli, C-188/20 y C-189/10, EU:C:2010:363.

STJUE de 8 de noviembre de 2016, A. Ognyanov, C-554/14, EU:C:2016:835.

STJUE de 8 de octubre de 2020, MO, C-568/19, EU:C:2020:807.

ATC 409/2007, de 6 de noviembre (BOE núm. 310, de 27/12/2007).

STC 260/2007, de 20 de diciembre (BOE núm. 19, de 22/11/2008).

STC 145/2012, de 2 de julio (BOE núm. 181, de 30/07/2012).

STC 186/2013, de 4 de noviembre (BOE núm. 290, de 04/12/2013).

STC 26/2014, de 13 de febrero (BOE núm. 60, de 11/03/2014).

STS 8138/2005, de 22 de diciembre (núm. recurso 6096/2003).

STS 280/2006, de 31 de enero (núm. recurso 8951/2003).

STS 528/2006, de 10 de febrero (núm. recurso 6969/2003).

STS 2332/2006, de 21 de abril (núm. recurso 1448/2003).

STS 5642/2006, de 29 de septiembre (núm. recurso 5450/2003).

STS 1230/2007, de 22 de febrero (núm. recurso 9560/2003).

STS 1235/2007, de 22 de febrero (núm. recurso 10355/2003).

STS 4767/2007, de 5 de junio (núm. recurso 1060/2004).

STS 4157/2007, de 14 de junio (núm. recurso 12/2004).

STS 7390/2007, de 8 de noviembre (núm. recurso 2448/2004).

STS 8567/2007, de 26 de diciembre (núm. recurso 3573/2004).

STS 2379/2008, de 27 de mayo (núm. recurso 5853/2004).

STS 6172/2008, de 28 de noviembre (núm. recurso 9681/2003).

STS 3270/2012, de 14 de mayo (núm. recurso 7012/2009).

STS 6486/2012, de 20 de septiembre (núm. recurso 4605/2010).

STS 988/2013, de 12 de marzo (núm. recurso 343/2011).

STS 238/2015, de 2 de febrero (núm. recurso 46/2013).

STS 2523/2018, de 12 de junio (núm. recurso 2958/2017).

STS 479/2019, de 8 de febrero (núm. recurso 4666/2017).

STS 3417/2019, de 22 de octubre (núm. recurso 1713/2018).

STS 1181/2021, de 17 de marzo (núm. recurso 2870/2020).

STSJ Andalucía 1311/2018, de 16 de enero (núm. recurso 183/2017).

STSJ Andalucía 1640/2015, de 16 de marzo (núm. recurso 1149/2012).

STSJ Andalucía 1859/2015, de 6 de abril (núm. recurso 169/2012).

STSJ Aragón 928/2015, de 25 de junio (núm. recurso 220/2014).

STSJ Aragón 1780/2015, de 3 de diciembre (núm. recurso 14/2015).

STSJ Baleares 556/2015, de 16 de junio (núm. recurso 103/2015).

STSJ Baleares 873/2015, de 25 de noviembre (núm. recurso 197/2015).

STSJ Baleares 250/2016, de 5 de abril (núm. recurso 6/2016).

STSJ Canarias 2339/2014, de 6 de junio (núm. recurso 100/2013).

STSJ Canarias 3648/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 201/2013).

STSJ Cantabria 190/2019, de 15 de marzo (núm. recurso 37/2019).

STSJ Cantabria, 404/2014, de 10 de abril (núm. recurso 252/2013).

STSJ Cantabria 331/2014, de 14 de abril (núm. recurso 28/2014).

ATSJ Castilla La Mancha de 11 de julio de 2019.

STSJ Castilla La Mancha 1151/2014, de 15 de abril (núm. recurso 25/2013).

STSJ Castilla La Mancha 1650/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 349/2012).

STSJ Castilla La Mancha 1988/2015, de 15 de junio, (núm. recurso 331/2013).

STSJ Castilla-León 4299/2014, de 23 de septiembre (núm. recurso 325/2014).

STSJ Castilla-León 5269/2014, de 25 de noviembre (núm. recurso 436/2016).

STSJ Castilla-León 5828/2015, de 4 de diciembre (núm. recurso 143/2015).

STSJ Castilla-León 5710/2015, de 09 de diciembre (núm. recurso 426/2015).

STSJ Cataluña 580/2015, de 26 de febrero (núm. recurso 190/2014).

STSJ Cataluña 5164/2015, de 12 de junio (núm. recurso 335/2014).

STSJ Cataluña 2388/2016, de 17 de marzo (núm. recurso 85/15).

STSJ Cataluña 6768/2018, de 19 de marzo (núm. recurso 237/2014).

STSJ Comunidad Valenciana 60/2015, de 16 de enero (núm. recurso 702/2013).

STSJ Extremadura 1699/2014, de 30 de octubre (núm. recurso 162/2014).

STSJ Galicia 1460/2015, de 4 de marzo (núm. recurso 5/2015).

STSJ Galicia 1527/2016, de 23 de marzo (núm. recurso 7/2016).

STSJ Galicia 2835/2015, de 22 de abril (núm. recurso 157/2015).

STSJ Madrid 4035/2015, de 31 de marzo (núm. recurso 131/2015).

STSJ Madrid 4083/2015, de 15 de abril (núm. recurso 53/2015).

STSJ Madrid 4515/2017, de 26 de abril (núm. recurso 659/2016).

STSJ Madrid 7559/2017, de 5 de junio (núm. recurso 185/2017).

STSJ Murcia 20/2015, de 26 de enero (núm. recurso 77/2014).

STSJ Murcia 517/2015, de 6 de marzo (núm. recurso 268/2014).

ATSJ País Vasco de 17 de diciembre de 2013.

STSJ País Vasco 3729/2011, de 20 de diciembre (núm. recurso 711/2010).

STSJ País Vasco 167/2015, de 28 de enero (núm. recurso 566/2014).

STSJ País Vasco 107/2015, de 12 de febrero (núm. recurso 141/2012).

STSJ País Vasco 747/2015, de 5 de marzo (núm. recurso 458/2014).

STSJ País Vasco 1568/2015, de 20 de mayo (núm. recurso 604/2014).

STSJ País Vasco 2710/2015, de 11 de septiembre (núm. recurso 402/2014).

STSJ País Vasco 2679/2015, de 23 de septiembre (núm. recurso 346/2013).

STSJ País Vasco 3368/2015, de 08 de octubre (núm. recurso 902/2014).

STSJ País Vasco 3381/2015, de 21 de octubre (núm. recurso 63/2015).

STSJ País Vasco 3371/2015, de 28 de octubre (núm. recurso 919/2014).

STSJ País Vasco 3929/2015, de 18 de noviembre (núm. recurso 151/2015).

STSJ País Vasco 3643/2015, de 22 de diciembre (núm. recurso 505/2015).

STSJ País Vasco 327/2016, de 09 de febrero (núm. recurso 504/2015).

STSJ País Vasco 395/2016, de 18 de febrero (núm. recurso 733/2014).

STSJ País Vasco 707/2016, de 02 de marzo (núm. recurso 536/2015).

STSJ País Vasco 782/2016, de 15 de marzo (núm. recurso 64/2016).

STSJ País Vasco 1194/2016, de 15 de junio (núm. recurso 615/2015).

STSJ País Vasco 1633/2018, de 23 de mayo (núm. recurso 787/2017).

STSJ País Vasco 1640/2018, de 29 de mayo (núm. recurso 843/2017).

SJCA Ourense 2011/2016, de 13 de octubre (núm. recurso 154/2016).

AJCA Pontevedra 43/2020, de 20 de agosto.