

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*)*

PABLO GONZÁLEZ SAQUERO

Departamento de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Revista Española de Derecho Europeo 55
Julio – Septiembre 2015
Págs. 133 – 158

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ENTRONIZACIÓN DEL *EFECTO ÚTIL* DE LA DIRECTIVA «RETORNO» COMO PRELUDIO. III. LOS HECHOS Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL. IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. V. LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS Y SUS POSIBLES PROBLEMAS. VI. CONCLUSIÓN.

RESUMEN: En el asunto *Zaizoune* el TJ declara incompatible con la Directiva Retorno el régimen sancionador español de la estancia irregular de extranjeros, que prevé como alternativa inmediata la multa o la expulsión. Ello pone en peligro el efecto útil de la Directiva y la consecución de sus objetivos, establecer procedimientos comunes para la rápida expulsión de los inmigrantes irregulares del territorio de la

ABSTRACT: In the *Zaizoune* decision, the ECJ finds a conflict between the Return Directive and the Spanish administrative sanctions framework, which provides, in the event of TCN illegally staying, for either a fine or removal. According to the Court, such a legislation is likely to jeopardize the achievement of the objectives pursued by the Directive, viz. establishing common procedures for the rapid

* Agradezco a Ricardo Alonso García, Carlos Coello Martín y Alfredo Montoya Melgar por las sugerencias que me han hecho en la elaboración de este trabajo, que se ha visto enriquecido también por los dos evaluadores anónimos, a quienes extiendo mi gratitud. Por supuesto, sólo yo soy responsable de los errores que pudiera haber en él. El trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2012-39127, financiado por el Ministerio de Economía de España.

Unión. Partimos del precedente de la saga *El Dridi* para justificar por qué *Zaizoune* plantea nuevos y diferentes problemas que la sentencia no aborda. En la medida en que la normativa española es más favorable, al menos en el inmediato futuro, para el inmigrante irregular evitando su inmediata expulsión, garantizar la eficacia de la DR, más severa, podría crear serias dificultades a los jueces y a la administración españoles.

PALABRAS CLAVE: Inmigrante irregular; Directiva retorno; efecto útil; interpretación conforme.

removal of irregular migrants, and, therefore, deprive it of its effet utile'. Building upon the *El Dridi* saga of cases we argue that new and different issues are involved in *Zaizoune* which the Court simply ignores. Since the Spanish rules benefit the undocumented, at least in the short term, by avoiding him being immediately returned, granting effectiveness to the tougher RD rules would pose serious hardships to Spanish judges and administration.

KEYWORDS: Undocumented alien; Return Directive; effet utile; consistent interpretation.

Fecha de recepción del original: 18 de junio de 2015

Fecha de aceptación: 28 de junio de 2015

I. INTRODUCCIÓN

La conocida como Directiva de retorno (DR)¹ fue transpuesta por nuestro legislador, junto con otras muchas en materia de inmigración y asilo, mediante la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de octubre², cumpliendo con la obligación de incorporar a nuestro Derecho una mirada de normas europeas para muchas de las cuales ya se llegaba tarde³. En su redacción original, la Ley Orgánica de Extranjería de enero de 2000 (LOEx) había sancionado la estancia irregular tan sólo con una multa, hasta que la extensa reforma de finales de aquel año incorporó la expulsión administrativa como alternativa. Cuándo procede una u otra vino a definirlo el Tribunal Supremo en diciembre de 2005, imponiendo unos estrictos requisitos de motivación que permitieran conocer las razones de proporcionalidad apreciadas por la Administración para imponer la sanción más grave de expulsión y no la multa. En el año 2009, con la Ley Orgánica 2/2009, el legislador se limitó a incorporar esta jurisprudencia, manteniendo la dualidad de sanciones para la estancia irregular tal y como venía contemplándose desde 2000. Paradójicamente, el legislador no sólo estaba conservando una regulación contraria a la DR, sino que había reforzado esa incompatibilidad, como se demostraría años después.

En efecto, en abril de 2015, el Tribunal de Justicia de la Unión (TJ) declara incompatible con la DR el régimen de sanciones administrativas previsto en España para castigar la estancia irregular del extranjero, porque pone en peligro la realización

1. La Directiva 2008/115, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16.12.2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOL 348/98, de 24.12.2008).
2. Ley Orgánica 2/2009, de 11.12, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11.1, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE no. 299, de 12.12.2009).
3. *Id.*, parte II del Preámbulo.

de los objetivos perseguidos por la Directiva, es decir, establecer procedimientos comunes para la rápida expulsión de los inmigrantes irregulares del territorio de la Unión. Con su sentencia, el TJ no hace otra cosa que continuar una ya sólida saga de pronunciamientos con los que había emasculado buena parte del poder de los Estados para criminalizar la inmigración clandestina, imponiendo a los Estados miembros la obligación de expulsar o de regularizar como garantía de la eficacia del procedimiento de expulsión previsto en la DR. La sentencia no se aparta en su razonamiento de sus precedentes ni un ápice. Sin embargo, el modelo español plantea problemas inéditos a los que el TJ no presta ninguna atención y que, al no quedar resueltos, serán previsiblemente origen de serias dificultades para la Administración y los jueces españoles a la hora de aplicar la sentencia y de garantizar el cumplimiento del Derecho de la Unión.

II. LA ENTRONIZACIÓN DEL *EFFECTO ÚTIL* DE LA DIRECTIVA «RETORNO» COMO PRELUDIO

El TJ ha producido en los últimos años una saga de pronunciamientos interpretando la DR y resolviendo sobre su compatibilidad con las regulaciones de los Estados miembros que sancionan penalmente la inmigración irregular. En sus sentencias, que en cada caso han seguido fielmente las opiniones del Abogado General, el TJ ha utilizado la noción de *efecto útil* de la legislación de la Unión (en nuestro caso, la DR), como instrumento esencial para neutralizar el castigo como delito de la entrada y estancia irregular prevista en algunas legislaciones internas. En esta línea argumental, el TJ abandona todo razonamiento basado en la garantía de derechos fundamentales. La cuestión principal es salvaguardar el *efecto útil* de la Directiva, que se cifra en establecer procedimientos comunes para la rápida expulsión de los inmigrantes irregulares del territorio de la Unión.

Todo comienza con el *El Dridi*⁴, y con una normativa italiana que castigaba con pena de prisión (de hasta cuatro años) al extranjero que permaneciera en territorio nacional con infracción de una orden de salida dictada contra él por encontrarse en situación irregular. En particular, el TJ debía resolver si una pena privativa de libertad impuesta en esas circunstancias, era compatible con la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno (Art. 8.1 DR) y, en particular, acordar el internamiento del extranjero (Arts. 15 y 16 DR). Si bien es cierto que el TJ está tentado de recurrir a argumentos basados en las garantías que proveen al inmigrante los principios de proporcionalidad en la aplicación de medidas privativas de libertad y los derechos fundamentales⁵,

4. Asunto C-61/11 PPU, *El Dridi*.

5. *Id.* apdos. 41-43. En nuestra opinión, V. MITSILEGAS, *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, pp. 61-62, 74-75, atribuye demasiada importancia a la utilización que hace de los derechos fundamentales el TJ en esta sentencia, para censurar la regulación nacional. Ningún otro pronunciamiento de la línea jurisprudencial que inicia *El Dridi* mencionará siquiera la proporcionalidad o la garantía de los derechos del inmigrante como fundamento de las limitaciones impuestas al poder sancionador penal de los Estados.

la verdadera *ratio decidendi* de la sentencia es puramente funcional: una pena como la prevista por la legislación italiana «puede perjudicar a la realización del objetivo pretendido por dicha Directiva, a saber, la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular» impidiendo la aplicación de las medidas necesarias para llevar a cabo la expulsión y *demorando* la ejecución de la decisión de retorno⁶.

La cuestión de si los Estados miembros podían castigar con pena privativa de libertad la entrada y estancia irregular del extranjero quedaba todavía por resolver, ya que *El Dridi* tan sólo se refería a la prisión impuesta por incumplir una orden de expulsión. La respuesta la daría el TJ en *Achughbabian*⁷. Los Estados miembros, dice el TJ, tras confirmar, con diligencia y sin tardanza, la situación irregular del inmigrante, procediendo al efecto a su detención preventiva⁸, tienen la obligación de adoptar una decisión de retorno (Art. 6.1 DR)⁹ y de ejecutarla «lo antes posible»¹⁰, acordando todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión, «esto es ... el transporte físico del interesado fuera del Estado miembro»¹¹. Ello no sería posible si «el Estado miembro interesado hiciese que la ejecución de la decisión de retorno –o, incluso, la adopción misma de tal decisión– viniese precedida por un procedimiento penal, seguido, en su caso, de una pena de prisión. Tal medida *retrasaría la expulsión*»¹². Por estas mismas razones, la pena de arresto domiciliario, impuesta y ejecutada durante la tramitación del procedimiento de retorno «puede retrasar y, de ese modo, obstaculizar las medidas, como la conducción a la frontera y el retorno forzoso por vía aérea, que contribuyen a llevar a cabo la expulsión»¹³. E igual parece ser el caso de la pena de prisión prevista para aquellos extranjeros que, tras haber sido expulsados, vuelven a acceder al territorio de un Estado miembro vulnerando una prohibición de entrada¹⁴.

Pero la naturaleza funcional que posee el efecto útil ha provocado que opere en varias direcciones. Precisamente porque el objetivo de la DR es que los Estados

6. *El Dridi*, ap. 59.

7. Asunto C-329/11, *Achughbabian*.

8. *Id.*, apdos. 30, 31.

9. El AG responde negativamente al argumento de los Gobiernos estonio y francés de que la Directiva sólo se aplica desde el momento en que se ha adoptado una decisión de retorno, ya que ello supondría dejar a los Estados miembros «la posibilidad de decidir si y en qué momento tienen intención de adoptar una decisión de retorno y, por consiguiente, de iniciar el procedimiento de retorno contra un nacional de un tercer país que se halla en situación irregular en su territorio». Asunto C-329/11, *Achughbabian*, Conclusiones del AG Ján Mazák, apdos. 26, 27.

10. *Achughbabian*, ap. 45.

11. *Id.*, ap. 35.

12. *Id.*, ap. 45. Énfasis añadido.

13. Asunto C-430/11, *Sagor*, ap. 45.

14. Pendiente la Sentencia del TJ, véanse las Conclusiones del AG Maciej Szpunar al asunto C-290/14, *Celaj*.

expulsen a todos aquellos inmigrantes irregulares que no desean regularizar, las sanciones penales contra la inmigración clandestina, siempre que permitan aplicar plenamente el procedimiento de retorno, pueden servir para desincentivar y reprimir la comisión de infracciones de las normas nacionales en materia de residencia¹⁵, *reforzando* la efectividad de la DR. Otro hubiera sido el resultado, creemos, si el TJ hubiera, fundamentado, verdaderamente, su doctrina en las limitaciones substantivas absolutas que imponen los derechos fundamentales¹⁶.

De esta manera, los Estados pueden contemplar en sus legislaciones sanciones penales (o administrativas) *complementarias* de la expulsión. Es decir, que puedan imponerse y ejecutarse, en su caso, conjuntamente con el retorno y en un procedimiento que no retrase ni obstaculice las medidas de expulsión previstas en la DR. Por ello, la regulación italiana considerada en *Sagor* no se estimó incompatible con la DR. En ella, la estancia irregular, de una parte, es sancionada con multa, que debe imponerse *judicialmente* en un procedimiento penal y, de otra, da lugar, paralelamente, a la expulsión *administrativa* del extranjero pero, en todo caso, el retorno puede realizarse con independencia de la acción penal y sin que ésta llegue a término ya que si la ejecución de la expulsión por el *questore* se produce antes de finalizar el procedimiento penal, el juez debe, tras tomar conocimiento del retorno del interesado, dar por concluido el procedimiento penal mediante una sentencia de sobreseimiento¹⁷. Y, *a contrario*, el juez penal puede sustituir la multa por expulsión en la decisión judicial que ponga fin al proceso, si el retorno aún no se ha materializado en vía administrativa¹⁸.

El TJ ha insistido, en la misma línea, en que la DR no impide a los Estados miembros imponer sanciones penales (incluidas, aunque no lo aclara el TJ, las privativas de libertad), con arreglo a procedimientos penales, a aquellos extranjeros a los que se ha aplicado el procedimiento de retorno (en los términos previstos por la Directiva) y a los que no se ha podido expulsar, y que, por ello, se hallan «en situación irregular en el territorio de un Estado miembro *sin que exista motivo justificado para el no retorno*»¹⁹. Expresión esta última que equivaldría, por ejemplo a que el interesado haya obstaculizado activamente el procedimiento de retorno para que culmine con éxito (dándose a la fuga, destruyendo su documentación de viaje, etc.)²⁰. Amplio margen, pues, para que el Estado pueda criminalizar la entrada y estancia irregular.

Pues bien, esta naturaleza multidireccional de la argumentación judicial basada en el efecto útil ha tenido una nueva materialización en el asunto cuyo comentario

15. *Achughbabian*, apdos. 28, 33 y *Sagor*, ap. 31.

16. Más allá de las simbólicas apelaciones en el *El Dridi* a los derechos fundamentales y al principio de proporcionalidad. Véase *supra*.

17. C-430/11, *Sagor*, ap. 35.

18. *Id.*, apdos. 37, 38.

19. *Achughbabian*, ap. 48; *El Dridi*, ap. 52.

20. Así lo entiende el AG Maciej Szpunar en sus Conclusiones al asunto C-290/14, *Celaj*, ap. 64.

nos trae aquí. Hasta ahora la gestión eficaz de los flujos migratorios se ha traducido en la despenalización (al menos parcial) de la entrada y estancia irregulares, reforzando así la protección del inmigrante. En cambio, en *Zaizoune*, el efecto útil de la Directiva va a tener consecuencias hasta ahora inéditas neutralizando las piezas de un régimen de sanciones *administrativas* (no penales, como en los asuntos vistos) previstas para sancionar la estancia irregular, que constituye un Derecho más favorable para el inmigrante que el resultante de la Directiva (exactamente lo contrario a lo que ocurría en los casos examinados). El efecto útil debilita ahora la posición que el inmigrante irregular tenía frente al Estado miembro, al ajustar su legislación a los objetivos de la DR.

Esta saga jurisprudencial es perfectamente aceptable desde un punto de vista jurídico. El TJ no hace nada nuevo al condicionar la actuación de los Estados miembros en ámbitos especialmente sensibles como el Derecho penal, que no han sido directamente armonizados y cuya competencia, por tanto, retienen los Estados, exigiendo que la ejerzan de una manera compatible con el Derecho de la Unión. Tampoco se equivoca, creemos, al moverse en un terreno alejado de grandes cuestiones constitucionales sobre protección de derechos fundamentales del inmigrante irregular, contentándose, a través de una limitada interpretación de las legislaciones implicadas, a ajustar los engranajes de los regímenes nacionales de expulsión para que encajen en las exigencias del procedimiento regulado en la DR²¹.

Más criticable, al menos en términos metodológicos, es el empleo que ha hecho el TJ del discurso del efecto útil en aquellos supuestos en que se ha visto directamente enfrentado a la cuestión de delimitar el alcance de los derechos del extranjero en el procedimiento de expulsión, viciando seriamente en ocasiones su labor a la hora de precisar el adecuado nivel de protección del derecho fundamental afectado²². Ello ha sido especialmente evidente en relación con las garantías que comprende el derecho a ser oído en el procedimiento de expulsión, sobre las que el TJ, en las más de las ocasiones, ha priorizado el objetivo de la lucha contra la inmigración irregular y la efectividad del procedimiento de retorno²³. La cuestión, con todo, excede del propósito de estas páginas.

21. En este sentido p. ej., HATZIS, «Detention of irregular migrants and the European public order,» *European Law Review*, 28 (2013), pp. 267-272.
22. Sobre la crítica a la utilización del criterio del efecto útil para determinar el contenido de los derechos fundamentales del extranjero véase, p. ej., R. ALONSO, *El juez nacional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales*, Thomson/Civitas, 2014, pp. 52-62; M. L. BASILLEN-GAINCHE, «Immigration Detention under the Return Directive: The CJEU Shadowed Lights», *European Journal of Migration and Law*, 17 (2015), pp. 120-2; y P. DE BRUYCKER, S. MANANASHVILI, «*Audi alteram partem* in immigration detention procedures, between the ECJ, the ECtHR and Member States: G & R», *Common Market Law Review*, 52 (2015), p. 586.
23. Las dos sentencias que más claramente ponen en juego el efecto útil para precisar el contenido del derecho a ser oído son las dictadas en el asunto C-383/13 PPU, G. y R., apdos. 40-43 (la vulneración del derecho a ser oído sólo es invalidante cuando «el procedimiento administrativo del que se trata habría podido llevar a un resultado diferente» ya que si «se

III. LOS HECHOS Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Samir Zaizoune, nacional marroquí, es un extranjero con antecedentes penales en España y que se encuentra en situación irregular en el momento en el que es requerido para que se identifique por las fuerzas de orden público. No pudiendo hacerlo en el momento, se le incoa un procedimiento administrativo en el que se le impone la sanción de expulsión por haber incurrido en la infracción de estancia irregular prevista en el Art. 53.1.a) LOEx²⁴. Para la infracción de estancia irregular la legislación española contempla una sanción de multa de 501 hasta 10.000 euros (Art. 55.1.b) LOEx), pero prevé que pueda aplicarse la expulsión del territorio nacional en lugar de la sanción de multa (Art. 57.1 LOEx). La ley prohíbe expresamente que puedan imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa (Art. 57.3 LOEx).

Elemento esencial de nuestro modelo sancionador de la inmigración clandestina, es la observancia del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción procedente. Recordando el acervo del Derecho administrativo sancionador común, el Art. 55.3 LOEx prevé que «para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia». Puede entenderse fácilmente que la proporcionalidad juega un papel si cabe más importante en el supuesto de que una de las sanciones que pueda imponerse sea la expulsión del territorio nacional. Por ello, el legislador añadió en el año 2009²⁵ el recordatorio de que la sustitución de la sanción de multa por expulsión deberá hacerse «atendiendo al principio de proporcionalidad», y «mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción» (Art. 57.1 LOEx).

Pues bien, el Tribunal Supremo ha aclarado, en doctrina consolidada desde finales de 2005, cuándo la sanción de expulsión es proporcionada en los términos sustantivos exigidos por la Ley. A pesar de la alternativa prevista por el legislador entre expulsión o multa, para el Tribunal Supremo queda claro que «en el sistema de

exigiera que toda vulneración del derecho a ser oído origine automáticamente la anulación de la decisión de prórroga del internamiento y el levantamiento de éste, *se podría perjudicar el efecto útil de esta Directiva*», y en el asunto C-166/13, *Mukarubega*, apdos. 70-72 (si el interesado «pudo presentar de manera adecuada y efectiva sus observaciones sobre la irregularidad de su situación», «la obligación de oír específicamente a la interesada en relación con la decisión de retorno antes de la adopción de la referida decisión prolongaría inútilmente el procedimiento administrativo» en contra del «equilibrio» que debe existir «entre el derecho fundamental del interesado a ser oído antes de que se adopte en su contra una decisión y la obligación de los Estados miembros de luchar contra la inmigración ilegal.»).

24. El Art. 53.1.a) LOEx califica como infracción grave «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».
25. Ley Orgánica 2/2009, de 11.12, precisamente la norma que transpone la DR.

la Ley la sanción principal es la de multa» y «en cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una motivación específica, y distinta o complementaria de la pura permanencia ilegal, ya que ésta es castigada simplemente, como hemos visto, con multa», debiendo la Administración concretar de forma expresa, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, «cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión» en lugar de la multa. Lo que se traduce, para el Alto Tribunal, en que, además de la permanencia ilegal, concurren «otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión»²⁶. Esos otros datos negativos que ha encontrado la Administración para justificar la expulsión y que los tribunales han admitido, con importantes vaivenes e inconsistencias, son de muy variada índole (entre otros, la falta de documentación que acredite la identidad y filiación del extranjero, ignorándose por ello cuándo y por dónde entró en territorio español, haber sido detenido y sometido a diligencias policiales, invocar una nacionalidad falsa para obtener permiso de residencia, o utilizar documentación correspondiente a otra persona presentándola como propia tratando de encubrir su verdadera identidad, la existencia de una previa prohibición de entrada en el Espacio Schengen, etc.) Pero especialmente interesante para nuestros propósitos es retener ahora, de una parte, que, entre esos «datos negativos» adicionales cuya concurrencia justifica la expulsión, está el incumplimiento de una previa orden de salida obligatoria, incorporada, en su caso, a una resolución que hubiera sancionado con multa la estancia irregular en un procedimiento previo²⁷. Y, de otra, que la existencia de *circunstancias de arraigo* (que lógicamente aún no han dado lugar a la concesión de una autorización de residencia temporal de acuerdo con el Art. 31.3 LOEx), puede determinar que la sanción proporcionada sea la multa²⁸, aunque no está claro si puede neutralizar otros datos negativos concurrentes.

A la vista de la doctrina del Tribunal Supremo, Zaizoune recurre la resolución de expulsión adoptada por la Administración, recurso que es estimado en primera instancia (por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no. 2 de San Sebastián),

26. Véase, por todas, la que inicia la línea jurisprudencial: Sent. TS de 9.12.2005 (RJ 2006, 1383). Reforzando la obligación de motivación de la resolución de expulsión como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, véanse, entre otras, Sents. TC 186/2013, de 4.11.140/2009, de 15.6.145/2011, de 26.9.

27. Ver, p. ej., Sents. TS de 25.10.2007 (RJ 2007, 6500) («por añadidura, las averiguaciones practicadas una vez que se conoció esa identidad permitieron comprobar que una solicitud anterior de permiso de residencia ya había sido denegada y tenía dictada una orden de salida obligatoria del territorio nacional») y de 22.2.2007 (RJ 2007, 2889) («antes de dictarse la orden de expulsión aquí concernida, se había dictado una previa orden de salida obligatoria del territorio nacional..., que el interesado no cumplió», esa orden de salida obligatoria iba incorporada en una resolución sancionadora que imponía una multa por estancia irregular).

28. Así, p. ej., *a contrario*, no encontrando arraigo como causa que podría moderar la sanción, Sents. TS de 14.12.2005 (RJ 2006, 4179) y de 22.12.2005 (RJ 2006, 1336).

al considerar que los elementos apreciados por la administración para imponer la expulsión, es decir la falta de documentación suficiente y los antecedentes penales, no se pueden considerar «factores que introduzcan el plus de gravedad en la situación de ilegalidad» para «justificar la imposición de la sanción de expulsión». El Juzgado aprecia que al procedimiento se había aportado copia del pasaporte de Zaizoune y que éste tenía derecho a que se cancelaran sus antecedentes penales. Por todo ello anula la sanción de expulsión e impone en su lugar una multa en su grado mínimo²⁹.

La sentencia de instancia es recurrida por la Subdelegación del Gobierno en Gipuzkoa ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Será finalmente este órgano jurisdiccional el que planteará la cuestión prejudicial ante las dudas que se le suscitan sobre la compatibilidad con la DR, y con la interpretación que de ella ha hecho el TJ, de un régimen nacional que permite imponer, en caso de situación irregular de un extranjero, y «dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, *siendo ambas medidas excluyentes entre sí*» dando lugar a que la situación irregular pueda «ser sancionada exclusivamente mediante una multa, que es incompatible con la expulsión del territorio nacional, medida esta que sólo se acuerda si existen circunstancias agravantes adicionales»³⁰.

IV. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La cuestión prejudicial se resuelve con una sentencia telegráfica. No hace el TJ en este caso, sin embargo, de la brevedad virtud, pues deja sin responder importantes interrogantes que, si bien no incluidos en la cuestión prejudicial, bien podría haber contestado en la sentencia, como ha hecho en tantas otras ocasiones, a pesar de su omisión por el tribunal *a quo*³¹. Para empeorar las cosas, o quizá como causa del pronunciamiento pacato que nos brinda el TJ, se dicta sin ir acompañado de

29. Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial de 26.3.2014, ap. I, A.3 y A.4.

30. Cf. Asunto C-38/14, *Zaizoune*, apdos. 28, 29 y Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial de 26.3.2014, ap. IV.

31. Lo explica con claridad C. MARTÍNEZ CAPDEVILA: «el afán del TJUE por proporcionar una respuesta eficaz para la solución del litigio que el juez remitente debe dirimir explica no sólo la tendencia aperturista en la fase de admisión de la cuestión prejudicial, que estamos comprobando, sino su forma posterior de proceder, en particular, cuando, aprovechándose del carácter no contencioso del procedimiento prejudicial, *no duda en reformular las preguntas, alterar su orden, agruparlas, modificar su contenido y alcance, declararlas sin objeto, tomar en consideración disposiciones del Derecho de la UE no referidas en el escrito de remisión o incluso transformar una cuestión de interpretación en una de validez o a la inversa. Todo ello en aras a proporcionar al juez a quo una respuesta que le sea útil*» (énfasis añadido). C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, «La decisión de plantear la cuestión prejudicial y su control por el TJUE (Un diálogo iniciado por el juez a quo y presidido por la utilidad para éste, aunque no sólo...», en *La cuestión prejudicial europea*, Eds. R. ALONSO y J. I. UGARTEMENDÍA (Donostia: IVAP), p. 74.

conclusiones del Abogado General, al no plantear el asunto, al parecer, «ninguna cuestión de derecho nueva»³².

Primero trata el TJ acerca de la compatibilidad de la regulación de la expulsión en el ordenamiento español con las obligaciones que la Directiva impone a los Estados miembros para garantizar la eficacia del procedimiento de retorno, a saber: «dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio»³³ salvo que el Estado decida proceder a su regularización o esté en proceso de hacerlo, «por razones humanitarias o de otro tipo» previstas por el legislador nacional (entre las que se incluiría, en España, el arraigo); y, cuando el extranjero no ha respetado el deber de retorno, «adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado», que el Estado debe llevar a cabo «lo antes posible» mediante «el transporte físico... fuera del Estado miembro»³⁴. En estricta coherencia con la doctrina que venía sosteniendo, el TJ concluye que una normativa como la española puede «frustrar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes» previstos en la Directiva y, ésta vuelve a ser la clave, «demorar el retorno, menoscabando de este modo el efecto útil de dicha Directiva»³⁵.

La cuestión prejudicial simplifica la explicación de la regulación española y el TJ parte de esa descripción simplificada para resolver³⁶. Sin embargo, creemos que el resultado habría sido el mismo aunque el TJ hubiera tenido la oportunidad de discutir todas las minucias de nuestro sistema. El modelo sancionador español es contrario a la DR y la saga de pronunciamientos de *El Dridi*, *Achughbaban* y *Sagor* no deja lugar a dudas. Veamos qué deja el TJ en el tintero.

32. El Art. 20, *in fine* del Prot. n° 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia permite, en efecto, que, en tales casos, el Tribunal decida, oído el AG, que el asunto sea juzgado sin conclusiones. Alerta sobre el creciente número de asuntos que se resuelven sin previas conclusiones (que cifra en casi la mitad en 2013), R. ALONSO, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 4ª, 2014, p. 200.

33. Asunto C-38/14, *Zaizoune*, apdos. 31-32.

34. *Id.*, apdos. 33-34.

35. *Id.*, ap. 40.

36. Las primeras opiniones aparecidas tras la Sentencia en nuestro país achacan el resultado final a una incomprensión por parte del Tribunal de Justicia de nuestro modelo sancionador de la inmigración irregular. Incomprensión de la que algunos hacen responsable a la manera en que se planteó la cuestión prejudicial. Así, la errática Circular 1/2015 de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española «Argumentario a la Sentencia de 23 de abril 2015 del TJUE», de 25 de mayo de 2015, p. 5 («el concepto de "excluyente"» [multa o expulsión] en la pregunta inicialmente propuesta por el TSJPV o no estaba exactamente planteada en la forma en que se recoge en la STJUE o no se entendió adecuadamente por el TJUE»). Esa crítica tiene, por de pronto, un punto débil: España se personó en la vista ante el TJUE, por lo que la abogacía del Estado bien podría haber completado el conocimiento del Tribunal sobre nuestro sistema. Quizá no lo consideró oportuno por las mismas razones que exponemos en el texto principal.

Antes de que la DR estuviera operativa, en el asunto *Zurita García y Choque Cabrera* el TJ se pronunció sobre el sistema alternativo español multa/expulsión declarando que no era incompatible con la regulación europea entonces vigente, de carácter facultativo para los Estados (Arts. 6 ter y 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen y 11.3 del Código de Fronteras Schengen). En las conclusiones del Abogado General pudo entonces leerse que según el propio gobierno español

«la imposición de la multa no lleva aparejada la tolerancia de la estancia irregular. Por el contrario, los extranjeros de terceros países están legalmente obligados a abandonar el territorio nacional en 15 días. Si esto no sucede, *se inicia un nuevo procedimiento sancionador por estancia continuada sin cumplimiento de los requisitos de estancia. Dado que ya se ha impuesto una multa, esto da lugar al inicio de un procedimiento de expulsión*»³⁷ (énfasis añadido).

Se refiere el párrafo transcrito al deber legal de salida previsto en el Art. 28.3,c) de la LOEx desarrollado reglamentariamente en el Art. 24 REx. Su análisis es relevante para el asunto *Zaizoune* y el TJ debería haberlo tenido en cuenta³⁸. La LOEx establece un deber legal de salida en el citado precepto con independencia de las consecuencias sancionadoras que para la estancia irregular establecen los Arts. 53.1,a) y 57.1 LOEx. Dice aquel precepto que la salida será obligatoria en el supuesto de «denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o *falta de autorización para encontrarse en España*» (énfasis añadido). El REx impone a la Administración en el Art. 24 la obligación de incorporar una «orden de salida obligatoria» a las resoluciones administrativas que dicte en los *supuestos de estancia irregular*. Se trata de la resolución en la que se deniegue la solicitud de visado o permiso de residencia, o su prórroga; la resolución en que se notifique la inadmisión o la denegación de la solicitud de asilo (Arts. 23 y 31 RD 203/1995, de 10 de febrero); y, si el extranjero fue sometido a un expediente sancionador previo por estancia irregular, la resolución que le puso fin, imponiendo no la expulsión, sino la sanción de multa por dicha infracción –tanto cuando se ha entrado ilegalmente en el territorio nacional como cuando se hubieran dejado de cumplir los requisitos para permanecer en él–. El REx prevé adicionalmente la concesión de un *plazo de cumplimiento voluntario* del deber de salida (máximo de 15 días, prorrogables hasta 90 días). Por tanto, la simple situación irregular del extranjero en España genera un deber de salida (nacido bien directamente de la ley, o de la resolución administrativa en los casos señalados), sin necesidad de que se imponga una sanción de expulsión por la Administración. La pregunta inmediata es ¿constituye esa orden de salida obligatoria decisión de retorno y expulsión en los términos previstos en la DR? Si así fuera, el escenario sería totalmente distinto, pero la respuesta debe ser negativa.

37. Asuntos acumulados C-261 y 348/08, *Zurita García y Choque Cabrera*, ap. 60.

38. Y no lo hace a pesar de que incluye los preceptos citados en la exposición del marco normativo nacional. *Zaizoune*, apdos. 11, 17.

En efecto, y esta es la clave, los deberes legales de salida que establece el Art. 28.3,c) no pueden imponerse mediante coacción directa por la Administración ya que la LOEx no contiene la habilitación legal expresa necesaria ni la regulación de las exigencias procedimentales que deban observarse para la ejecución forzosa de dicho deber legal (excepción hecha del supuesto específico de la devolución: Art. 58 LOEx). Tampoco cuando ese deber de salida proviene de un acto administrativo (distinto a la resolución que imponga la sanción de expulsión), como en los supuestos arriba enunciados, puede la Administración proceder, por falta de previsión legal, a la ejecución forzosa de la obligación de salir. Ni en uno, ni en otro caso, puede la Administración emplear el medio de ejecución forzosa característico de la expulsión: la compulsión sobre las personas, a los efectos de conducir al extranjero a la frontera (que sólo se permite «en los casos en que la Ley expresamente lo autorice», Art. 100 LPAC). Por ello, a pesar de la denominación (*orden de salida*), esa orden a la que se refiere el Art. 24 REx 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*), y que externamente se traduce, simplemente, en extender una «diligencia en el pasaporte o documento análogo o en documento aparte, si se encontrase en España amparado en documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia» (Art. 24.1 REx).

La única salida obligatoria cuyo cumplimiento se puede imponer forzosamente por la Administración (exceptuando la devolución) no es la de la letra c) del Art. 28.3, sino la prevista en la letra a) del mismo precepto, que se refiere al supuesto de expulsión acordada «*por resolución administrativa en los supuestos previstos por la Ley*». El supuesto previsto por la ley se refiere al Art. 57.1, es decir, a la *expulsión impuesta como sanción*. La Administración sólo 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 sanción*³⁹, concediendo, en su caso, un plazo de cumplimiento voluntario. Sólo la resolución que ponga término al procedimiento sancionador y que acuerde la expulsión, de acuerdo con el Art. 57.1 LOEx, puede considerarse una *decisión de retorno* en el sentido del Art. 6.1 DR; y ello porque, primero, sólo esa salida obligatoria, impuesta como sanción, puede conceder *plazo para la salida voluntaria* en el sentido del Art. 7 DR, pues sólo ese «plazo para el cumplimiento voluntario» (como lo denomina el Art. 63.bis LOEx) puede dar lugar a la imposición de obligaciones que eviten el riesgo de fuga (Art. 61 LOEx); y segundo, porque sólo esa salida obligatoria impuesta como sanción incluye la ejecución del retorno dando lugar,

39. No otra cosa significa que el Art. 24 del REx cuando prescribe que «Una vez transcurrido el plazo indicado [en la orden de salida obligatoria] sin que se haya efectuado la salida, se aplicará lo previsto en este Reglamento para los supuestos a que se refiere el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero» (énfasis añadido). Es decir, el extranjero seguirá incurriendo entonces en la infracción continuada de estancia irregular, sancionable con multa o expulsión.

si el extranjero se opone a la expulsión, primero a la adopción de la medida de internamiento o de cualquier otra medida cautelar para asegurar su cumplimiento (Art. 63 LOEx, en relación con los Arts. 61 y 62 LOEx), en los términos exigidos por el Art. 8.4 DR y, segundo, a la ejecución coactiva del deber de salida, recurriendo a la compulsión sobre las personas, es decir deteniendo al extranjero, si no lo estaba, y conduciéndolo hasta el puesto de salida correspondiente (Art. 64.1 LOEx), como impone el Art. 8.1 DR.

Siendo así las cosas, no nos quedan dudas de que la regulación española es contraria a la DR. La imposición como sanción administrativa de la expulsión, única que lo es a efectos de la Directiva, está sometida a un tortuoso *iter* que, en el mejor de los casos, demora la expulsión cuando no la impide definitivamente. Sólo si el inmigrante irregular, ocasionalmente, entra en contacto de nuevo con la policía y se inicia contra él un segundo procedimiento sancionador por estancia ilegal procedería la sanción de expulsión, que resultaría adecuada, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, por el incumplimiento de la admonición de salida que incluía la multa previamente impuesta. El sistema no sólo permite al inmigrante, cuya irregularidad se ha comprobado, evadir cualquier actuación futura contra él ocultando su paradero sino que genera una inercia favorable a saldar la estancia irregular con multa debido a los costes que implican para la Administración las gestiones necesarias para preparar la expulsión (documentos de viaje, comunicación con las autoridades del país de destino, etc.) el internamiento del extranjero, si fuere necesario, y el traslado físico del mismo para su repatriación⁴⁰.

Vayamos ahora con la segunda de las cuestiones abordadas en la sentencia. La DR, en línea con otras normas europeas pertinentes a la regulación de la inmigración irregular, ha incorporado una cláusula de salvaguarda reservando el poder de los Estados miembros para «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 Directiva⁴¹. La cuestión se le había planteado al TJ precisamente en términos diametralmente opuestos al lidiar con normativa nacional más gravosa para el inmigrante irregular que la contenida en la Directiva. Entonces el TJ dejó claro que la «Directiva no permite que esos Estados apliquen normas más severas

40. En este sentido, se señalaba en el año 2012 que, con motivo de las estrecheces presupuestarias, desde 2010 la Administración opta por imponer multas a aquellos extranjeros en situación irregular en España que no hayan delinquido, sin proceder luego a sanciones posteriores. Cfr. «La crisis cambia las expulsiones de inmigrantes por multas», *Diario ABC*, 8.6.2012.

41. Art. 4.3 Directiva 2008/115. En el mismo sentido, por ejemplo, Art. 3 de la Directiva 2011/95/UE sobre el estatuto de refugiado y de protección subsidiaria; Art. 15 de la Directiva 2009/52/CE sobre sanciones a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (que permite a los Estados adoptar normas más exigentes con relación a las prohibiciones, pero permite asimismo normas nacionales más favorables en materia de derechos laborales de los inmigrantes); Art. 15 de la Directiva 2013/33 sobre normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. Todas estas normas se refieren a la inmigración irregular.

en el ámbito que regula»⁴². La pregunta ahora es, en cambio, si una regulación que impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí, puede encajar en la salvaguarda de medidas nacionales más favorables para las personas y si tal regulación es compatible con la Directiva, exigencia esta última especialmente importante y de la que prescinden otras cláusulas similares⁴³.

Asumimos, con el TJ, que la regulación española es, en efecto, más favorable que la prevista en la DR⁴⁴, pues la preferencia por la multa en la primera intercepción del inmigrante irregular permitirá que éste, concluido el procedimiento sancionador, pueda regularizar su situación, algo que no sería posible si, como impone la DR, el procedimiento sancionador hubiera de terminar necesariamente con la expulsión⁴⁵. Con todo, si el extranjero no puede aún regularizarse, tendrá que ser interceptado una segunda vez por las autoridades y hasta entonces sus circunstancias pueden cambiar haciendo de él un candidato viable para la regularización (puede casarse con un residente legal o con un nacional; puede encontrar un trabajo; puede enfermar; hechos ocurridos en su país de origen pueden hacer que el retorno sea un peligro para su seguridad o la de su familia; puede, simplemente,

42. Asunto C-61/11 PPU, *El Dridi*, ap. 33 (la legislación nacional sanciona con pena de prisión el incumplimiento de la orden de expulsión, que, liquidada aquella, se ejecuta). En el mismo sentido, Asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, *Bero*, Conclusiones del AG Yves Bot, apdos. 159-161 (el internamiento en un centro penitenciario constituye una medida más severa que la contemplada en la Directiva de internamiento en centro especializado y, por tanto, no puede ampararse en el Art. 4.3 de la Directiva).

43. En efecto, 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: véase, p. ej. Art. 4 de la Directiva 2004/81/CE sobre expedición de un permiso de residencia a las víctimas de la trata de seres humanos; Art. 4.2 de la Directiva 2004/114/CE sobre la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas o voluntariado; Art. 4.2 de la Directiva 2005/71/CE relativa la admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; Art. 4.2 de la Directiva 2009/50/CE sobre empleo altamente cualificado; Art. 3.5 de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar; Art. 13 de la Directiva 2003/109/CE sobre el estatuto de los residentes de larga duración; Art. 13.2 de la Directiva 2011/98/UE sobre permiso único de residencia y trabajo; Art. 4.2 de la Directiva 2014/36, sobre trabajadores temporeros.

44. Algunos han planteado que la regulación española debería considerarse más gravosa que la DR, ya que la «estancia irregular se sanciona en la L.O. 4/2000 con multa y con apercibimiento de abandono del territorio nacional» (Circular CGAE 1/2015, pp. 5 y 6.). Ya hemos explicado que ese apercibimiento de abandono no puede considerarse como decisión de retorno ni como expulsión, y que ni se puede ejecutar coactivamente ni cabe adoptar medidas que aseguren su cumplimiento.

45. La Disp. Adic. 4ª LOEx prevé la inadmisión de solicitudes (p. ej., de autorización de residencia temporal por situación de arraigo o por razones humanitarias) «cuando *conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa*» (énfasis añadido).

transcurrir el plazo previsto para el arraigo laboral o social si se reunían los demás requisitos, etc.). El tiempo, en todo caso, corre a su favor.

Pero volvamos al análisis que hace el TJ que es contundente, pero tacaño⁴⁶, en su respuesta: habida cuenta de los objetivos que persigue la Directiva de establecer una política eficaz de expulsión y de armonizar normas y procedimientos aplicables al retorno de inmigrantes en situación irregular, así como de la obligación que impone a los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra todo inmigrante que se encuentre en situación irregular y de proceder a la expulsión «lo antes posible»⁴⁷, «la compatibilidad (exigida por la cláusula de salvaguarda del Art. 4.3 DR) no queda garantizada si la normativa nacional establece un sistema» como el español⁴⁸.

El límite para la aplicación de la cláusula de salvaguarda, consistente en que la normativa nacional más favorable sea compatible con la Directiva, vendría constituido por dos elementos de valoración. *Primero*, debe considerarse si la disposición de la Directiva en cuestión tiene carácter imperativo o no, y si deja o no margen de apreciación a los Estados miembros en su aplicación. En este sentido, la obligación de los Estados miembros de expulsión del inmigrante irregular es incondicional y no deja margen de discrecionalidad alguna a los Estados miembros⁴⁹, salvo que el

46. También críticos con la insuficiencia del Tribunal al tratar esta cuestión, D. ACOSTA y A. ROMANO, «The Returns Directive and the Expulsion of Migrants in an Irregular Situation in Spain», post de 2.5.2015 en *EU Law Analysis* (último acceso, el 7.6.2015). Disponible en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2015/05/the-returns-directive-and-expulsion-of.html>.

47. Véase Asunto C-38/14, *Zaizoune*, apdos. 31-34 y *supra*.

48. *Id.* ap. 38.

49. Cf. Arts. 6.1 («los Estados miembros *dictarán*...») y 8.1 («los Estados miembros *tomarán* todas las medidas...»). Asunto C-61/11 PPU, *El Dridi*, ap. 34 (la DR «establece con precisión el procedimiento que debe aplicar cada Estado miembro al retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, y fija el orden de desarrollo de las diferentes fases que integran sucesivamente ese procedimiento») y Opinión del AG Jan Mazak, apdos. 36, 48 y 49. También asunto C-329/11, *Achughbabian*, Opinión del AG Jan Mazak, ap. 27 (la «...Directiva no reconoce tal margen de apreciación a los Estados miembros. Al contrario, numerosas disposiciones de la Directiva 2008/115 indican que la intención de ésta es imponer a los Estados miembros la obligación de poner en marcha el procedimiento de retorno en el caso de cualquier nacional de un tercer país que se halle en situación irregular en su territorio»). En los asuntos acumulados C-473/13 y C-514/13, *Bero*, Conclusiones del AG Yves Bot, los Estados alemán y holandés trataron de justificar el uso de centros penitenciarios para el internamiento de extranjeros sobre la base de que constituía una medida más favorable en el sentido del Art. 4.3, a lo que el AG contesta que no sólo se trata de una medida más severa, sino que «viola los principios fijados por la Directiva si dicho internamiento no se ve acompañado por las garantías exigidas por el artículo 16, apartado 1, de ésta» (ap. 161), precepto en el que ordena que, como regla general, el internamiento se lleve a cabo en centros de internamiento especializados y, cuando ello no sea posible y tenga que recurrirse a un centro penitenciario exige imperativamente que los extranjeros «*estarán* separados de los presos ordinarios», algo que no ocurría en la normativa nacional. Al margen de la Directiva Retorno, en los asuntos acumulados C-57/09 y C-101/09, *M y D*, tras recordar que el Art. 3 de la Directiva 2004/83 permite a los Estados miembros

Estado miembro decida regularizar al extranjero «por razones humanitarias o de otro tipo»⁵⁰. Segundo, aun cuando la Directiva no ordene una regulación nacional completamente uniforme, debe considerarse si la desviación de la legislación nacional o los niveles superiores de protección de los derechos de los particulares suponen una quiebra de los objetivos armonizadores de la Directiva, en la medida en que ello puede tener consecuencias para otros Estados miembros⁵¹. Es en este sentido en el que debe entenderse la referencia que hace el TJ a los objetivos que persigue la Directiva de establecer una política eficaz de expulsión y de armonizar normas y procedimientos aplicables al retorno de inmigrantes en situación irregular. Este segundo test es, creemos, mucho más letal que el primero para la normativa nacional. En todo caso, ambos concurren para desenganchar la regulación española sobre expulsión de inmigrantes del artículo 4.3 de la Directiva.

Pero la Directiva absuelve no sólo la legislación nacional que sea más favorable, sino también «cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país» (Art. 4.2 DR). El TJ, con prisas, se limita a señalar que «ninguna disposición de un acto perteneciente al acervo comunitario permite establecer un sistema» como el español⁵². La correcta interpretación de este precepto creemos que se encuentra en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión⁵³ que hacía referencia, si bien es cierto que a través de una enumeración no exhaustiva, a las

introducir o mantener normas más favorables para determinar concretamente qué personas reúnen los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado, siempre que tales normas sean compatibles con la Directiva, el TJ entendió que «la reserva contenida en el artículo 3 de la Directiva se opone a que un Estado miembro adopte o mantenga disposiciones que concedan el estatuto de refugiado previsto por la Directiva a una persona que está excluida de éste con arreglo al artículo 12, apartado 2», precepto cuya finalidad es preservar la credibilidad del sistema de protección previsto por la Directiva dentro del respeto de la Convención de Ginebra (apdos. 114, 115).

En este sentido, véase S. PEERS, «Institutional framework», en *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*. Volume 2: *EU Immigration Law*, Martinus Nijhoff, 2ª, 2012, pp. 20, 21.

50. Art. 6 apdos. 4 y 5.

51. P. ej., en el asunto C-542/13, *M'Bodj*, el Tribunal concluyó que un Estado miembro no puede adoptar o mantener disposiciones que conceden el estatuto de persona que puede obtener la protección subsidiaria previsto por esa Directiva a un nacional de un tercer país aquejado de una grave enfermedad, a causa del riesgo de deterioro de su estado de salud derivado de la inexistencia de tratamientos adecuados en el país de origen, ya que esas disposiciones no son compatibles con la Directiva 2004/83. Ello «sería contrario al sistema general y a los objetivos de la Directiva» (apdos. 44, 45, énfasis añadido). Véase también K. HAILBRONNER, «Introduction into the EU immigration and asylum law», en K. HAILBRONNER (Ed.), *EU Immigration and Asylum Law –Commentary–*, Hart Publishing, 2010, pp. 24-7, escéptico sobre el uso de un criterio centrado estrictamente en la literalidad de la concreta disposición de la Directiva (en el lenguaje empleado) como criterio para determinar la conformidad con la Directiva de las disposiciones de la legislación nacional más favorables.

52. Asunto C-38/14, *Zaizoune*, ap. 37.

53. COM(2005) 391 final, p. 14.

normas que integrarían el acervo europeo en el ámbito de la inmigración y el asilo a efectos del art. 4.2. A la vista de los instrumentos incluidos en la relación, parece claro que el propósito de la cláusula era y es salvaguardar los derechos reconocidos a los nacionales de terceros Estados que se encuentran en alguna de las situaciones contempladas por otras disposiciones de Derecho europeo. Básicamente lo que el artículo 4.2 DR viene a exigir es que no se expulse a los extranjeros en situación irregular cuya expulsión se prohíbe expresamente en otros instrumentos de Derecho de la Unión⁵⁴, ni a aquellos extranjeros a los cuales el ordenamiento de la Unión les reconoce un derecho de residencia legal⁵⁵.

V. LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA POR LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS Y SUS POSIBLES PROBLEMAS

Creemos que a estas alturas ha quedado aclarado que la Sentencia acierta al entender que nuestro sistema es incompatible con la DR. El gran problema radica, en nuestra opinión, en la nula orientación que el TJ ofrece a los jueces españoles a la hora de aplicar la propia sentencia (y la Directiva misma), a la vista de la incompatibilidad del Derecho nacional con la Directiva. El TJ asimila el asunto *Zaizoune* a los casos anteriores que había decidido, y de los que más arriba hemos dado cuenta. Parece dar por supuesto que la garantía de la efectividad de la Directiva no presenta mayores diferencias entre aquél y éstos. Pero la diferencia es sustancial. El objetivo de la Directiva, entiende el TJ, es que la expulsión del inmigrante irregular se produzca de manera inmediata y ello en *El Dridi* y *Achughbavian* ha supuesto la imposición de límites para los Estados miembros a la hora de criminalizar la estancia irregular. En ambos casos, garantizar el efecto útil de la Directiva, y la correspondiente inaplicación de la legislación nacional, se traduce en despenalizar (siquiera parcialmente) la estancia ilegal del extranjero, el cual, una vez comprobada su situación irregular, sólo debe ser objeto de una decisión de expulsión, que tiene que ejecutarse lo antes posible. El efecto útil de la Directiva juega un papel protector del inmigrante irregular frente al exceso de los poderes coercitivos del Estado⁵⁶.

54. Así, p. ej., a las víctimas de trata de seres humanos se les protege de la expulsión durante el llamado «período de reflexión», durante el cual deben decidir si cooperan o no con las autoridades nacionales en la persecución de los delitos de que han sido víctimas (Art. 6.3 de la Dir. 2004/81/CE de 29.4); se prohíbe la devolución de los refugiados o personas con derecho a protección subsidiaria –más conocido como principio de *non-refoulement*– (art. 21 de la Dir. 2004/83/CE de 29.4), y la expulsión de los solicitantes de asilo (Art. 9.1 de la Directiva 2013/32 de 26.6), a los residentes de larga duración se les dispensa una protección reforzada y una serie de garantías procedimentales adicionales en caso de expulsión (Art. 12 de la Dir. 2003/109 de 25.11).

55. Sería el caso, p. ej. de los residentes de larga duración, de los beneficiarios de permisos de residencia a efectos de estudios, prácticas o voluntariado, por ser víctimas del delito de trata de seres humanos y que cooperen con las autoridades competentes, o en los supuestos de reagrupación familiar.

56. Tan es así, que el propio Tribunal, en el asunto C-61/11, *El Dridi*, ap. 61, impone a los jueces nacionales garantizar la eficacia retroactiva de la norma europea al ser derecho más

En cambio, inaplicar o manipular vía interpretativa, el régimen sancionador español (opción entre multa y expulsión, con observancia del principio de proporcionalidad) para garantizar la eficacia de la Directiva (expulsión, en todo caso, como única consecuencia de la estancia irregular) exagera la situación del extranjero infractor. La regulación española es, *prima facie*, *más benigna* para el extranjero que la contenida en la Directiva: la DR exige expulsar al extranjero que se encuentra en situación irregular, mientras que el Derecho interno impone que se aplique, de manera preferente, una sanción de multa *en lugar de la expulsión*, sin garantizar que la expulsión vaya a producirse en algún momento posterior. Pues bien, esta diferencia de contexto va a dificultar enormemente que los jueces españoles puedan cumplir con la obligación de garantizar la eficacia de la Directiva y que apliquen la Sentencia dictada por el TJ. Es sorprendente que el TJ no advierta esta circunstancia y se limite a insistir, sin más, con monotonía, en la tradicional manifestación de la primacía del Derecho de la Unión que es directamente aplicable: «los Estados miembros no pueden aplicar una normativa que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una Directiva»⁵⁷.

En primer lugar, es dudoso que la DR posea *efecto directo*. El TJ ha excluido la posibilidad de que una autoridad pública pueda invocar, en términos de eficacia o aplicabilidad directa, una Directiva, que el propio Estado no habría transpuesto o habría transpuesto incorrectamente, frente a un particular⁵⁸. En palabras, que no dejan lugar a dudas, del propio TJ: «una autoridad nacional no puede ampararse, frente a un particular, en una disposición de una Directiva respecto a la cual aún no se ha producido la necesaria adaptación del Derecho nacional». El principio de seguridad jurídica se opone a que las directivas puedan, por sí mismas, crear obligaciones para los particulares⁵⁹. No cabe, pues, la eficacia directa *in peius* de la Directiva en relaciones verticales inversas y, aunque el TJ ha construido esa doctrina esencialmente en situaciones en que el procedimiento principal era de naturaleza penal, debe entenderse aplicable en

favorable en un contexto sancionador, honrando así un principio de rango constitucional (tras recordar al juez nacional la necesidad de que, para garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, deje inaplicada cualquier disposición de la normativa nacional contraria a la Directiva le indica que, al hacerlo «deberá tener debidamente en cuenta el principio de aplicación retroactiva de la pena más leve, que forma parte de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros»).

57. Asunto C-38/14, *Zaizoune*, ap. 39.

58. Si la Directiva no puede tener eficacia en relaciones horizontales tampoco, *a fortiori*, en relaciones verticales inversas: asunto 14/86, *Pretore di Salò contra X*, ap. 19 («De una Directiva no incorporada al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro no pueden derivarse pues obligaciones para los particulares frente a otros particulares ni, *con mayor razón*, frente al propio Estado»).

59. P. ej., todos ellos pronunciamientos en el contexto de la responsabilidad penal del particular, *Pretore di Salò*, apdos. 18-19; C-80/86, *Kolpinghuis*, ap. 10; Asuntos acumulados C-387, 391 y 403/02, *Berlusconi*, ap. 73; C-74 y 129/95, *Procesos penales contra X*, ap. 23; C-168/95, *Arcaro*, apdos. 36-38.

un contexto en que se trata de sanciones administrativas⁶⁰ y, entendemos que con mayor razón, en el caso de aplicación de medidas, como la expulsión (se entienda ésta como sanción o como medida de restablecimiento de la legalidad) que pueden producir un profundo impacto en la persona y en sus derechos. Ni la Administración española ni los jueces nacionales pueden dar cumplimiento a la obligación incondicional de expulsión que le impone la DR, inaplicando un régimen sancionador como el español que prevé la opción entre expulsión o multa (al menos inicialmente) y atender para elegir una u otra al principio de proporcionalidad. Si el TJ cree que la obligación de garantizar la eficacia directa de la Directiva, pese a todo lo que aquí hemos dicho, persiste en este caso, debería haber explicado por qué. Pero no lo hace.

La inaplicación del Derecho interno incompatible con la Directiva puede ser también el resultado, igualmente, de una labor de manipulación interpretativa del Derecho nacional, a veces difícilmente distinguible de la eficacia directa. En efecto, el TJ ha creado una obligación consistente en que, al aplicar su Derecho, el órgano jurisdiccional nacional debe interpretarlo a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva⁶¹. Nada impide afirmar que esa obligación de interpretación conforme alcanza también a las autoridades administrativas nacionales, en especial cuando el TJ o un tribunal nacional se han pronunciado previamente⁶². Pues bien, también es dudoso que en el caso que nos ocupa, la DR pueda desplegar *eficacia interpretativa o indirecta*.

Las autoridades nacionales están obligadas «a hacer todo lo posible» para interpretar su Derecho conforme a la Directiva. Ahora bien, los jueces nacionales sólo están obligados a forzar la interpretación de la legislación nacional «dentro del margen de apreciación que su Derecho nacional le concede»⁶³ «dentro de sus competencias»⁶⁴ dirá más adelante el TJ, limitándose en esa labor hermenéutica del Derecho nacional «a la aplicación de los métodos de interpretación reconocidos por éste»⁶⁵ sin imponer al juez la obligación de recurrir a otros distintos. Es en el entorno de estos límites donde el TJ llega a la conclusión de que no se puede obligar al intérprete a una lectura *contra legem* del Derecho interno (sin que se sepa con certeza dónde empezaría esa lectura). Si bien la

60. Así, p. ej., J. H. JANS, S. PRECHAL, R. DE LANGE y R. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, pp. 83-84.

61. Por todos, asunto 14/83, *Von Colson y Kamann*, ap. 26.

62. En este sentido, sobre la doctrina Costanzo y la inaplicación por autoridades administrativas nacionales, R. ALONSO, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 4ª, 2014, pp. 326-9. En concreto sobre la interpretación conforme por parte de la administración, J. H. JANS, S. PRECHAL, R. DE LANGE y R. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, 2007, pp. 111-112.

63. *Von Colson*, ap. 28.

64. Asuntos acumulados C-397 a 403/01, *Pfeiffer y otros*, ap. 118.

65. *Id.*, ap. 116.

interpretación conforme implica dar a la regulación nacional un sentido distinto al que hasta entonces ha tenido, el esfuerzo interpretativo tiene su límite en la quiebra de la seguridad jurídica. Por ello, la interpretación conforme sólo será posible si la legislación nacional aplicada permite a la Administración o al juez margen suficiente para ello. En definitiva, el juez debe interpretar la norma, no enmendarla ya que la interpretación conforme no pretende dotar a los jueces nacionales de poderes normativos para reescribir el Derecho interno⁶⁶.

Pues bien, interpretar la normativa interna en el sentido de que siempre que un extranjero es encontrado en situación irregular procede la sanción de expulsión, es algo que excede del margen de discrecionalidad que conceden las herramientas hermenéuticas contempladas en nuestro Derecho a los operadores jurídicos. Donde la norma nacional permite optar entre expulsión o multa, respetando exigencias de proporcionalidad en la elección, el intérprete debería leer que *siempre* procede la expulsión, descartando *siempre* la multa y, lo que supone forzar aún más la lectura, prescindiendo de toda ponderación en la determinación de la sanción. Se estaría imponiendo, creemos, una interpretación *contra legem* tanto a la luz del tenor literal de la norma como de cualquier otro método hermenéutico empleado. *Primero*, el legislador ha demostrado, reiteradamente, una clara preocupación por reforzar las garantías de proporcionalidad precisamente en torno a la aplicación de la sanción de expulsión: cuando por Ley Orgánica 8/2000 introduce por primera vez dicha sanción modifica el Art. 55 para completar el mandato de proporcionalidad de las sanciones pecuniarias que originalmente se contemplaba⁶⁷ con la exigencia ya conocida de que «para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a *criterios de proporcionalidad*, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia» (Art. 55.3 LOEx); más tarde, por Ley 2/2009, precisamente la norma que dice transponer la DR, incorpora la doctrina del TS en la materia, modificando el Art. 57.1 para imponer expresamente que la aplicación de la sanción de expulsión, en lugar de la multa se haga *atendiendo al principio de proporcionalidad*, ejercicio de ponderación que deberá constar en una «resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción». *Segundo*, si bien la Administración dispone de un margen de discrecionalidad a la hora de aplicar las sanciones por estancia irregular, claramente reconocido por la ley, no es libre en cambio para elegir entre la multa y la expulsión, sino que la proporcionalidad actúa como un elemento normativo más del tipo sancionador de la estancia irregular «que se impone como un precepto más a la administración»⁶⁸. Es más, *tercero*,

66. En este sentido R. SCHUTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 333; R. ALONSO, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 4ª, 2014, p. 309; S. DRAKE, «Twenty years after Von Colson: the impact of indirect effect' on the protection of the individual's community rights,» *European Law Review*, 30 (2005), p. 342.

67. Hoy Art. 55.4 LOEx: «Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor».

68. Entre otras muchas Sent. TS de 24.9.1996 (RJ 1996, 6458), fj. 2.

es un elemento ubicuo en términos sistemáticos tanto en el concreto ámbito de las sanciones de extranjería (Arts. 55.3 y 57.1 LOEx), como en materia de sanciones administrativas en general (Art. 131.3 LPC). La necesidad de observar la proporcionalidad al aplicar las sanciones en materia de extranjería está grabada en piedra en la letra, en el sistema y en los antecedentes de la legislación interna. En presencia de varias sanciones posibles previstas en la norma tipificante, las exigencias de proporcionalidad imponen a la Administración ponderar las circunstancias concurrentes, reduciendo así el ámbito de la discrecionalidad en el ejercicio de sus potestades sancionadoras, e impidiendo que pueda prescindirse, de plano, de alguna de las diversas opciones previstas en el repertorio ofrecido por la ley (multa, en diversa cuantía, o expulsión).

Pero aún hay más trabas a una tarea de interpretación conforme como la planteada. En efecto, la jurisprudencia europea ha declarado que el cumplimiento de la obligación de interpretación conforme debe respetar los *principios generales del Derecho*, que son comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y fuente del Derecho de la Unión. Este límite se construyó por el TJ en el contexto de la responsabilidad penal. En efecto, en *Kolpinghuis* el Ministerio Fiscal holandés intentó servirse de una Directiva para hacer responsable de fraude alimentario a una empresa embotelladora de agua, por unos hechos que habían tenido lugar en un momento en el que, vencido el plazo de transposición, ésta no se había incorporado al Derecho interno. El TJ entendió que se vulnerarían los principios de seguridad jurídica y legalidad (en su vertiente de irretroactividad *in peius*) si se exigiera interpretar el Derecho nacional de conformidad con una Directiva no transpuesta, permitiendo que ésta por sí sola y con independencia de la normativa interna diera lugar o agravara la responsabilidad penal de quienes la contravengan (cuando dicha responsabilidad o no está prevista en la legislación nacional, o se contempla atenuada). Por tanto, los principios generales, y en especial el principio de legalidad, con todas sus implicaciones, operan como férreos límites a la eficacia interpretativa de la Directiva en el ámbito sancionador penal⁶⁹. Otros principios, como el de proporcionalidad en materia sancionadora, pueden también entrar en

69. Así, p. ej., asunto C-60/02, *Procedimiento penal entablado contra X*, apdos. 61-63 (si el Derecho interno no prohíbe el tránsito por el territorio nacional de mercancías con usurpación de marca, infracción prevista por el Derecho de la Unión, el principio de legalidad penal, tal como aparece consagrado en el art. 7 CEDH, que es un principio general de Derecho comunitario común a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, se opondría a que se sancione penalmente dicho comportamiento, aun cuando la norma penal nacional fuese contraria al Derecho comunitario al no contemplar su tipificación); asuntos acumulados C-387, 391 y 403/02, *Berlusconi*, ap. 74-76 (el principio de retroactividad *in mitius* impide una interpretación conforme que dejaría inaplicadas normas nacionales posteriores más favorables, aun cuando ello suponga una sanción insuficiente de un comportamiento contrario al Derecho de la Unión); asuntos acumulados C-74 y 129/95, *Procesos penales contra X*, ap. 25 (el principio que prohíbe aplicar la ley penal de manera extensiva en perjuicio del inculcado, corolario del principio de legalidad de los delitos y de las penas y, en general, del principio de seguridad jurídica, se opone a que se incoen actuaciones penales por una conducta cuyo carácter reprehensible no resulte claramente de

juego como límites de la labor interpretativa, aun cuando el TJ no haya tenido hasta la fecha la oportunidad de pronunciarse sobre ello⁷⁰.

Una aclaración es pertinente ahora. Si bien el TJ ha dejado claro que la eficacia interpretativa de las directivas, al contrario de lo que ocurre con la eficacia directa, puede transformar obligaciones y derechos en relaciones horizontales⁷¹, queda por resolver la duda de si cabe la interpretación conforme del Derecho interno cuando el Estado pretende basarse en ella *en perjuicio de un particular*. Una lectura *a contrario* de *Kolpinghuis* permite concluir que el TJ no descarta, *a priori*, ni siquiera en el ámbito penal, la eficacia interpretativa siempre que se respeten los principios generales del Derecho⁷². El límite no estaría en la invocación inversa de la eficacia interpretativa, a pesar de lo que algunos autores han entendido⁷³, sino únicamente en los principios generales del Derecho. Por ello el TJ ha podido admitir que «*el Estado puede, en principio, invocar frente a los particulares una interpretación conforme del Derecho nacional*»⁷⁴ siempre que con

la Ley nacional que traspuso la Directiva, y ello aunque la existencia de delito si resultaba claramente de ésta).

70. En este sentido, S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford University Press, pp. 204-205.
71. Así, p. ej. en el asunto C-12/08, *Mono Car Styling SA, en liquidación contra Dervis Odemis y otros*; y asuntos acumulados C-397 a 403/01, *Pfeiffer y otro*.
72. Pero, insistimos, una vez salvadas esas exigencias, no se excluye la interpretación conforme cuando la responsabilidad penal de un particular está en juego. Así parece indicarlo la AG Juliane Kokott en sus Conclusiones en el asunto C-105/14, *Ivo Taricco y otros*, apdos. 108-115 (pendiente la Sentencia), exigiendo que se deje sin efecto (vía interpretativa o inaplicando de plano la legislación nacional, no está claro), una disposición del Código penal nacional que impide la suspensión de la prescripción del delito aun cuando se haya iniciado un proceso penal, porque impide así la persecución efectiva de infracciones que afectan a los intereses financieros de la Unión; ello es posible, porque no se vulnera el principio de legalidad penal.
73. P. ej., G. BETLEM, «The Doctrine of Consistent Interpretation: Managing Legal Uncertainty», pp. 77-104 en *Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Eds. J. M. PRINSEN y A. SCHRAUWEN, Europa Law Publishing, 2002, p. 97 («este llamado argumento de *estoppel* o *nemo auditur*, invocado por el TJ para justificar el efecto directo frente al Estado y en favor de los particulares, debe ser adoptado como fundamento para negar cualquier posibilidad de que los Estados miembros puedan invocar directivas ante los jueces nacionales tanto en virtud de la doctrina del efecto directo como de la interpretación conforme»).
74. Asunto C-321/05, *Kofoed*, ap. 45. No se refería a sanciones penales, sino a la cuestión de si el Estado (en concreto, la administración tributaria) podía interpretar, una disposición nacional que prohibiera el abuso de derecho o el fraude y la evasión fiscal, de conformidad con un precepto no transpuesto de una Directiva, en virtud del cual se permite a los Estados miembros negarse a aplicar los beneficios fiscales que esa misma Directiva regula a aquellas transacciones, llevadas a cabo por particulares, que tuvieran como objetivo, precisamente, el fraude o la evasión fiscal. El resultado de esa interpretación conforme sería la liquidación de impuestos más altos que los que resultarían de una aplicación aislada del Derecho interno, algo que no plantea problema al TJ.

ello no se vulneren los principios generales del Derecho, cuyas exigencias, eso sí, son particularmente estrictas en el ámbito sancionador penal⁷⁵.

Dicho lo cual, el TJ no se ha pronunciado hasta la fecha sobre la viabilidad de la interpretación conforme de una Directiva en el ámbito administrativo sancionador. Tras lo dicho, queda claro que no puede excluirse de plano que una Directiva sea empleada, vía interpretativa, por la autoridad nacional para, en contra de un particular, determinar la concurrencia de una infracción administrativa o agravar la sanción correspondiente. La operación hermenéutica sólo quedaría excluida si al hacerlo se hiciera quebrantando el principio de seguridad jurídica u otro principio general del Derecho. No obstante, las garantías en el ámbito administrativo sancionador se han equiparado, en gran medida, a las exigencias del Derecho penal, y equiparable es, por ello, el potencial limitador de la obligación de interpretación conforme que poseen los principios generales del Derecho de la Unión, como pueden ser no ya sólo el de legalidad, sino otros firmemente consolidados, como el de proporcionalidad.

En efecto, el principio de proporcionalidad en materia sancionadora, reconocido como hemos visto en nuestro ordenamiento, ha sido recogido también como un principio general del Derecho de la Unión, y puede constituir, en su condición de tal, un valladar para el intérprete interno⁷⁶. A la vista de la limitada competencia de la Unión para imponer sanciones por infracciones del propio Derecho europeo, el TJ ha

Téngase en cuenta, no obstante, que el Tribunal parece matizar esta doctrina en el asunto C-131/13, *Schoenimport «Italmoda» Mariano Previti*, apdos. 55-8, entendiendo que la eficacia de la Directiva es posible en ese supuesto porque «la denegación de un derecho como consecuencia de un fraude» (derecho a deducciones, exenciones o devoluciones) no equivale a imponer una obligación al particular afectado en virtud de la Directiva, sino que «sólo es la mera consecuencia de la constatación de que no se cumplen, en realidad, las condiciones objetivas requeridas para la obtención del beneficio buscado, establecidas en la citada Directiva por lo que se refiere a dicho derecho».

75. En este sentido, VERHOVEN y WIDDERSHOVEN, R. «National Legality and European obligations», en *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, Eds. L. BESSELINK, F. PENNING y S. PRECHAL, Wolters Kluwer, 2011, p. 63; Así, p. ej., J. H. JANS, S. PRECHAL, R. DE LANGE y R. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007, pp. 109-10; S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford University Press, 2ª, 2004, pp. 214-15. Y ello a pesar de las dudas que había generado el propio Tribunal en el asunto C-168/95, *Arcaro*, en el que pareció inicialmente extender las restricciones de la obligación de interpretación conforme a aquellos supuestos en que «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». Sin embargo, como se ha señalado posteriormente, este pronunciamiento sólo puede entenderse a la luz de la cuestión de fondo en el caso, que no era sino un supuesto de responsabilidad penal. Cf. P. CRAIG, «Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation,» *European Law Review*, 22 (1997), pp. 526-8.
76. El alcance del principio que aquí tratamos es mayor que el del derecho fundamental previsto en el Art. 49.3 CDFUE, que parece limitado a la proporcionalidad entre delitos y penas. Cf. V. MITSILEGAS, «Article 49», en *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Eds. S. PEERS, T. HARVEY, J. KENNER y A. WARD, Hart Publishing, 2014, p. 1366.

manejado el principio de proporcionalidad para controlar la actividad normativa de tipificación llevada a cabo por los Estados miembros a falta de previsión por el legislador de la Unión o cuando éste delega expresamente en los Estados⁷⁷. Igualmente, cuando el propio legislador europeo ha hecho la correspondiente previsión, determinando la consecuencia sancionadora del ilícito que los Estados deben aplicar, el TJ tampoco ha dudado en llevar a cabo un juicio de proporcionalidad⁷⁸. Más interesante para nuestros propósitos que esos ejemplos de control en abstracto (es decir, en el momento de su determinación por el legislador) de la proporcionalidad de la sanción, es recalcar que el TJ ha aplicado el control de proporcionalidad también a la individualización de las sanciones o medidas adoptadas por la Comisión en aplicación directa del Derecho de la Unión, exigiendo al respecto que la Comisión tenga en cuenta la gravedad de la infracción, su duración, el grado de culpabilidad o la capacidad económica del interesado⁷⁹. Igualmente, el principio de proporcionalidad se aplica también como estricto criterio al que tiene que atenerse la Comisión al proponer al TJ la sanción que procede imponer a un Estado miembro en caso de incumplimiento del Derecho de la Unión, exigiéndose al respecto que la multa coercitiva se adapte a las circunstancias, y a un posible cambio en las mismas, y sea proporcional tanto al incumplimiento comprobado como a la capacidad de pago del Estado miembro en cuestión⁸⁰. En fin, en la medida en que la proporcionalidad *en la aplicación de las sanciones* forma parte de un principio general del Derecho de la Unión, sólidamente construido por el TJ, una interpretación conforme como la

77. Y ello en el doble sentido, con fundamento en el principio de cooperación leal previsto hoy en el Art. 4.3 TUE, de asegurar que las sanciones no sean excesivas y obstaculicen el ejercicio de libertades garantizadas por el Derecho de la Unión y que sean adecuadas para proteger los intereses de la Unión. Ver, entre otros, M. BÖSE, «The Obligation of Member States to Penalise Infringements of Community Law: From Greek Maize to French Farmers», *Revue des affaires européennes*, 1 (2002), pp. 108-110; M. GULLIKSSON, «Effective Sanctions as the One-dimensional Limit to the *Ne Bis in Idem* Principle in EU Law», en Eds. I. J. NERGELIUS, E. KRISTOFFERSSON, *Human Rights in Contemporary European Law*, Hart Publishing, 2015, pp. 157-163; y M. J. FRESE, «Sanctions in EU competition law: principles and practice», PhD diss., Universidad de Amsterdam, 2012, pp. 104-124.

78. Ver P. CRAIG, *EU Administrative Law*, 2012, 2ª, pp. 611-612.

79. P. ej., en materia de competencia, asuntos acumulados T-141, 142, 145 y 146/07, *General Technic-Otis*, ap. 384; asunto T-543/08, *RWE y RWE Dea*, apdos. 217-8; asunto T-541/08, *Sasol y otros*, apdos. 315-7; en materia de ayudas financieras comunitarias, asunto *Comunità montana della Valnerina*, C-240/03 P (de acuerdo con la disposición relevante del Regl. nº 4253/88 «la Comisión no está obligada a reclamar la devolución de una ayuda económica en su totalidad, sino que dispone de una facultad discrecional para decidir si reclama la devolución de tales recursos y, en su caso, qué porcentaje de los mismos. Teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, la Comisión debe ejercer esa facultad discrecional de forma que las ayudas cuya devolución solicita sean proporcionadas a las irregularidades cometidas»), asunto T-306/00, *Conserve Italia*, apdos. 136-9.

80. Véase *Comunicación de la Comisión sobre la aplicación del artículo 228 del Tratado CE* (SEC[2005]1658), ap. 13, actualizado posteriormente en varias ocasiones.

impuesta en *Zaizoune*, que implica prescindir de toda ponderación, aún en presencia de un margen de apreciación, no creemos que pueda tener lugar.

Teniendo presente cuanto se acaba de decir, tanto la Administración como los jueces españoles van a encontrar, en nuestra opinión, serias dificultades para armonizar, vía interpretativa, la regulación nacional sobre expulsión administrativa de extranjeros con las exigencias de la DR. Y ello a pesar de que en 2013 el Tribunal Supremo ya previó que los tribunales españoles *se verían obligados*, a la vista la jurisprudencia del TJ que refuerza «de modo considerable el deber de los Estados de proceder cuanto antes a asegurar la eficacia de los procedimientos de retorno de los extranjeros en situación irregular», «*a modular la interpretación hasta ahora efectuada, y la aplicación de las normas legales que permiten en ciertos supuestos elegir entre la expulsión y la multa de los extranjeros en situación irregular*»⁸¹.

Cabría aún, por hipótesis, intentar salvar en fase aplicativa la normativa interna. Como hemos señalado ya en algún momento, el TJ ha interpretado que la DR impone a los Estados miembros una obligación incondicional de expulsar o de regularizar al inmigrante clandestino. Ello se articula en la DR estableciendo como excepción a la obligación de adoptar una decisión de retorno (Art. 6.1), el supuesto en que el Estado miembro decida «conceder a un nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio un permiso de residencia autónomo u otra autorización que otorgue un derecho de estancia *por razones humanitarias o de otro tipo*», permitiendo asimismo a los Estados, si ya se hubiera dictado una decisión de retorno, su revocación o suspensión (Art. 6.4 DR). Igualmente, el Estado puede abstenerse de expulsar al inmigrante irregular en tanto esté pendiente de resolverse «un procedimiento de renovación del permiso de residencia u otra autorización que otorgue el derecho de estancia» (Art. 6.5 DR). El propio TJ entiende, *a contrario*, que si *Zaizoune* se hubiera encontrado en las situaciones descritas, sería conforme con la DR imponer la multa y no adoptar la sanción de expulsión, siempre que se le concediera un permiso de residencia (es decir, se le regularizara)⁸². Los supuestos de legalización individualizada se remiten, tanto en términos sustantivos como procedimentales al Derecho interno. En el ordenamiento español se regula prolijamente la regularización de extranjeros por circunstancias excepcionales (situación de arraigo laboral, social o familiar, por razones humanitarias, por colaborar con las autoridades o concurrir razones de orden público o seguridad nacional, y por tratarse de víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos)⁸³. Siendo así las cosas, podría ensayarse una interpretación que entendiera procedente la sanción de expulsión por estancia irregular, en virtud del Art. 57.1 salvo que el inmigrante irregular se encontrara en alguno de los supuestos referidos, que le permitieran deducir una solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales. La articulación de esas solicitudes, pendiente el procedimiento de expulsión o tras haberse adoptado una decisión de retorno, puede ser, no obstante, problemática a la vista de las

81. Sent. TS de 12.3.2013 (RJ 2013, 7139) f.º 7.

82. *Zaizoune*, ap. 32.

83. Ver los Arts. 31.3, 59, 59 bis LOEx y Arts. 123 a 146 REx.

normas sobre concurrencia de procedimientos⁸⁴. En todo caso, la DR exige que el extranjero sea inmediatamente expulsado o inmediatamente regularizado y cualquier solución intermedia no servirá ni siquiera a corto plazo.

Las capacidades manipulativas de la Administración y los jueces bastarán en todo caso, si consiguen encajar las piezas del complejo puzzle que se ha creado, como solución provisional, a la espera de una actuación del legislador que aclare el confuso panorama de la regulación española sobre la expulsión administrativa por estancia irregular. Con todo, debe procederse a una cuidadosa reforma, abandonando, quizá como mejor opción, la calificación de la expulsión como sanción y configurándola como una medida de restablecimiento de la legalidad, regulando un retorno expeditivo que al mismo tiempo permita, adoptando todas las medidas cautelares necesarias y en unidad de procedimiento, o en procedimientos diferentes pero perfectamente coordinados, la regularización por razones extraordinarias que prevé nuestra legislación y es compatible con la DR. Entretanto, los jueces españoles deberían insistir en preguntar al TJ cómo, si de alguna forma posible, deben ellos mismos y la Administración proceder a dar efectividad a la DR con el marco normativo actual.

VI. CONCLUSIÓN

El legislador español ha transpuesto mal la DR, al mantener un crítico régimen jurídico sobre las consecuencias administrativas de la estancia irregular, que no implican la salida inmediata del extranjero o su regularización. Así lo ha declarado el TJ y, creemos, está en lo cierto, aun cuando el pronunciamiento simplifique en exceso el marco regulador nacional. Sin embargo, el pronunciamiento del tribunal europeo, por no ir acompañado de conclusiones y por su tono formulario y maquinal, deja sin responder cuestiones esenciales para la Administración y los jueces españoles que van a tener que lidiar con la difícil tarea de aplicar la sentencia. Una legislación nacional más favorable para el inmigrante irregular como la española debe dejar paso a una disciplina, la de la DR, más restrictiva. Excluida la eficacia directa inversa de la DR, parece también muy problemático que la Administración y los jueces españoles puedan aplicar la legislación nacional interpretándola de conformidad con la Directiva. La elección *siempre* de la sanción de expulsión cuando la normativa española prevé *también* la multa, plantea serias dificultades. En primer lugar porque las exigencias de ponderación que se imponen en la elección de la concreta sanción se han incorporado a nuestra regulación como un elemento normativo de carácter imperativo que limita enormemente, creemos, la libertad interpretativa del operador jurídico. De otra parte, esas mismas exigencias integran un principio general del Derecho de la Unión, el *principio de proporcionalidad*, principio general del Derecho de la Unión que forma parte de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, y que la interpretación conforme de la legislación nacional no puede violentar. Cualquier otra respuesta manipulativa de nuestra normativa, que por hipótesis se ha propuesto para encajar con la exigencia que impone la DR de expulsar o regularizar, tiene obstáculos procedimentales importantes. Tanto Administración como jueces tienen, en definitiva, escaso margen para dar cumplimiento a la sentencia. Es necesario que el legislador intervenga, y rápido.

84. Ver la Disp. Adic. 4ª, ap. 1, d) LOEx, y el Art. 241 REEx.