

Revista Crítica Penal y Poder
2019, nº 18
Diciembre (pp. 68-81)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



INTERPRETACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 23 ABRIL DE 2015 (ZAIZOUNE)

*INTERPRETATION AND FOLLOW-UP OF THE JUDGMENT OF THE CJEU OF APRIL 23, 2015
(ZAIZOUNE)*

José Luis Rodríguez Candela*

Abogado

Profesor Asociado de Derecho penal. Universidad de Málaga

RESUMEN

En este trabajo analizamos la aplicación de la conocida como doctrina Zaizoune del TJUE, en los tribunales españoles, haciendo un breve recorrido por el tratamiento que se venía haciendo en nuestro país de la estancia irregular. Observamos como el Tribunal Supremo opta por aplicar directamente la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015, que consideraba contraria a la directiva de retorno la ley de extranjería al permitir, esta última, la opción entre la multa o la expulsión en los casos de estancia irregular y por ello entender, a salvo las excepciones expresamente previstas en la directiva procede acordar siempre la expulsión del extranjero en situación irregular. Entendemos que no nos encontramos ante una interpretación conforme, pues vía directiva se está modificando la ley de extranjería, sin que el TJUE tenga el carácter de legislador negativo, por lo que se exigiría una adaptación de la normativa interna a la directiva conforme a la doctrina del TJUE, cosa que no se ha hecho. Esa posibilidad de efecto vertical directo inverso está vedada cuando se agravan las condiciones de los ciudadanos, por lo que habrá que esperar a al pronunciamiento en este sentido del TJUE, tras la cuestión prejudicial planteada.

Palabras clave: expulsión, directiva, multa, zaizoune, proporcionalidad, trasposición, prejudicial.

* Miembro del Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)], en cuyo marco se ha elaborado este artículo.

ABSTRACT

This work we analyzes the application of the known as the Zaizoune doctrine of the CJEU in the Spanish courts, making a brief tour of the treatment that was being done in our country of the irregular stay. We observe how the Supreme Court chooses to directly apply the ruling of the CJEU of April 23, 2015, which the immigration law considered contrary to the return directive by allowing, the latter, the option between the fine or expulsion in cases of irregular stay and therefore understand, except for the exceptions expressly provided in the directive should always agree the expulsion of the foreigner in an irregular situation. We understand that we are not faced with a compliant interpretation, because the directive is modifying the immigration law, without the CJEU having the character of a negative legislator, so an adaptation of the internal regulations to the directive according to the doctrine would be required of the CJEU, which has not been done. This possibility of a direct reverse vertical effect is forbidden when the conditions of the citizens are aggravated, so it will be necessary to wait for the pronouncement in this sense of the CJEU, after the question referred for a preliminary ruling.

Keywords: expulsion, directive, fine, zaizoune, proportionality, transposition, preliminary ruling.

1. Estado de la cuestión antes de la sentencia del TJUE de 23 de abril de 2015

Con la Ley de extranjería 7/1985¹, la única reacción posible ante la estancia irregular de un extranjero era su expulsión, art. 26.1 a), aclarándose en el artículo 27.3 que las infracciones que dieran lugar a la expulsión no podrían ser objeto de sanción pecuniaria.

Sin embargo, y desde muy temprano, le pareció al Defensor del Pueblo² que no todas las causas de expulsión eran iguales, sino que su gravedad era muy distinta y que hubiese sido deseable que se acudiese a la sanción de multa en determinados casos, como el de la mera estancia irregular. Habrá que esperar a la malograda LO 4/2000³, artículos 49 a) y 53, para que se recoja legalmente que la estancia irregular solo podía ser sancionada con multa, nunca con la expulsión. Pero con la contrarreforma operada por la LO 8/2000⁴ vuelve a introducirse la estancia irregular como causa de expulsión [artículos 53.a) y 57].

¹ LO 7/1985 de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. BOE nº 158 de 3 de julio.

² Recomendación 59/1987, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente al año 1987, sobre aplicación de la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (BOCG. Congreso, serie E, núm.109, págs. 2885-2889).

³ LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. BOE nº 10 de 12 de enero.

⁴ LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. BOE nº 307 de 23 de diciembre.

Sin embargo, una jurisprudencia posterior⁵ ha venido estableciendo que la sanción principal era la multa, por aplicación del principio de proporcionalidad (art. 55.3 de la LO 8/2000), debiendo dejarse la sanción de expulsión solo para cuando conste en el expediente administrativo algún hecho desfavorable diferente a la mera estancia irregular (SSTS 5512/2007 de 19 de julio y 5215/2007 de 29 de marzo). Se valoraba positivamente el que se tuviese 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. También cuando se acredita que tiene familiares en España (STS 7811/2005 de 22 de diciembre), o se realizase 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).

Sin embargo, sí empezaron a considerarse como elementos negativos que darían lugar a la expulsión, la existencia de antecedentes policiales (STS 280/2006 de 31 de enero), siempre y cuando conste en el expediente administrativo la suerte que corrieron esas actuaciones policiales y judiciales, matizó la STS 5642/2006 de 29 de septiembre. Y a partir de entonces los meros antecedentes policiales no eran elemento suficiente para fundar la expulsión en vez de la multa, en aras del principio de presunción de inocencia (SSTS 326/2007 de 25 de enero; 550/2007 de 31 de enero; 622/2007 de 9 de febrero y 6679/2007 de 4 de octubre, entre otras).

En este devenir legislativo, será finalmente el art. 57 de la LO 2/2009⁶ el que establezca la prioridad de la sanción económica para los casos de mera estancia irregular, atendiendo a la antigua recomendación del Defensor del Pueblo⁷, pudiendo solo optarse por la expulsión en atención al principio de proporcionalidad, consolidándose así legislativamente la doctrina sentada durante años por el Tribunal Supremo.

El propio Tribunal Constitucional (TC) avaló esta posibilidad⁸ inadmitiendo a trámite la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 5 de Oviedo, en donde se planteaba la posible inconstitucionalidad del art. 57.1 de la ley de extranjería, en adelante LOEXIS al permitir aplicar en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, por considerar que se vulneraba el

⁵ Jurisprudencia motivada por la reforma operada en la competencia funcional para conocer de los asuntos en materia de Extranjería y con la intención de unificar doctrina, pues en el futuro se hurtaría al Tribunal Supremo conocer sobre asuntos de Extranjería (DA 14ª de la L.O. 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial), que morirían en los Tribunales Superiores de Justicia, al conocerse en primera instancia y a partir del 15 de enero de 2004.

⁶ LO 2/2009 de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000. BOE nº 209 de 12 de diciembre.

⁷ Rodríguez Candela (2014): “La incidencia de la Oficina del Defensor del Pueblo en la política legislativa de Extranjería”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, 36, 129-165.

⁸ Auto del TC (Pleno) nº 409/2007, de 6 de noviembre de 2007. BOE nº 310, de 27 de diciembre.

artículo 25.1 de la constitución española, en adelante CE, particularmente el régimen de *lex certa* en cuanto a la indeterminación de las pautas o criterios para imponer una u otra sanción administrativa, la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), así como el principio de eficacia de la Administración (art. 103 CE). El TC la inadmite por considerarla notoriamente infundada, toda vez que, como declaró en su sentencia 113/2002, “la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta”.

Por su parte, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) también se pronunció en dos ocasiones, previas a la sentencia objeto de análisis, en el sentido contrario al que lo ha hecho ahora. Consideró compatible con el Derecho comunitario la sanción de multa para la estancia irregular en el caso *Zurita García y Choque Cabrera vs Delegación del Gobierno de Murcia*⁹, precisamente ante una cuestión del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Murcia, donde ya se planteaba si existía una obligación de adoptar una resolución de expulsión por parte de un Estado miembro ante un ciudadano de un tercer Estado en situación irregular, o por el contrario podía no hacerlo, tal y como establece la legislación española, declarando el Tribunal Comunitario que el Estado miembro no está obligado a adoptar una resolución de expulsión ante la estancia irregular. Ciertamente esta sentencia no analiza la Directiva de Retorno - que data de diciembre de 2008 y por lo tanto posterior a los hechos objeto de consulta al Tribunal, aun cuando ya estaba en vigor al momento de dictarse la sentencia.

La segunda de las ocasiones ha sido como consecuencia de la cuestión planteada por el Tribunal de Rovigo (Italia)¹⁰, que pretendía dilucidar si una pena de multa que puede ser sustituida por una pena de expulsión o una pena de arresto domiciliario, todas ellas por el delito de estancia irregular, era incompatible con la Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre¹¹, en adelante Directiva de Retorno), respondiéndose que no se opone a la Directiva la legislación nacional que sanciona la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de multa siempre que pueda ser sustituida por la expulsión. Sin embargo, si consideró que se oponía a dicha Directiva una normativa de un Estado miembro que permite sancionar la situación irregular de nacionales de países terceros con una pena de arresto domiciliario sin garantizar que la ejecución de tal pena deba finalizar tan pronto como sea posible con el traslado físico del interesado fuera de dicho Estado miembro.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Tercera) de 22 de octubre de 2009. Asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, María Julia Zurita García y Aurelio Choque Cabrera contra el delegado del Gobierno en la Región de Murcia (Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia).

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala Primera) de 6 de diciembre de 2012. Asunto C-430/2011. Procedimiento penal contra Md Sagor.

¹¹ 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 L 348 de 24 de diciembre.

2. Contenido de la sentencia Zaizoune

Esta sentencia, dictada en el asunto C-38/2014, trae causa de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que debía optar entre confirmar la sentencia de instancia que había aplicado la sanción de multa en lugar de la expulsión, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; o por el contrario, revocar la sentencia y confirmar el acto administrativo de expulsión, si ello se opusiese a la Directiva de Retorno.

El tenor literal de la cuestión fue el siguiente: “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?”.

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

Esta sentencia ha supuesto un vuelco radical de la gestión jurídica de la estancia irregular en nuestro país, desmontando ese entramado jurídico que durante los últimos años había construido el Tribunal Supremo en defensa de que la sanción principal era la multa y que a la expulsión sólo podría acudir en situaciones determinadas como las descritas al principio de este trabajo. Con ello volvíamos a la situación prevista en la primera ley de extranjería que ya provocó las quejas del Defensor del Pueblo por no permitir valorar las circunstancias personales y equiparar todos los supuestos de estancia irregular.

Conforme al art. 57 de la ley de extranjería “podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción”, la propia Ley impide inequívocamente la aplicación de la expulsión sin un motivo adicional que justifique separarse de la sanción de multa. Por tanto, creemos que no hay margen interpretativo que permita prescindir de la clara exigencia de motivación y aplicación del principio de proporcionalidad para la imposición de la expulsión. Es decir, si esta normativa es contraria a la Directiva no vemos forma de eludirla que no pase por su pura y simple inaplicación.

3. Aplicación de la sentencia del TSJUE en los Tribunales internos

Desde muy pronto la inmensa mayoría de los juzgados de lo contencioso-administrativo y Tribunales Superiores de Justicia acogieron la denominada doctrina Zaizoune y consideraron que procedía la aplicación directa de la directiva, incluso en contra de la normativa nacional, sobre la base de la primacía del derecho comunitario. Diferentes son las argumentaciones jurídicas, que han venido utilizándose, por ejemplo, el TSJ de Cantabria en su sentencia 77/2019, de 15 de marzo, argumentaba que:

tendrá un efecto directo si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas y cuando el país de la UE no haya transpuesto la directiva antes del plazo correspondiente. Además consideró que España traspuso la directiva, si bien incorrectamente, y directamente, al gozar el derecho comunitario de primacía y ser el TJUE el único competente para declarar esta contravención como de hecho hizo, quedó desplazada la normativa española en este punto al incumplir la normativa europea en su previsión de multa como reacción posible ante una situación de irregularidad, por considerarla el TUE contraria al ordenamiento de la Unión al impedir el efecto útil de la Directiva.

El Tribunal, en definitiva, consideró 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 deroga, pero su carácter obligatorio queda suspendido.

Por su parte el TSJ de Madrid, en su sentencia 419/2017 de 5 de junio, dictada en peno jurisdiccional de las secciones con competencia en materia de extranjería, consideró que la cuestión de la proporcionalidad de la sanción de expulsión ha devenido irrelevante a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo, declarando la primacía del Derecho de la Unión sobre el interno:

La existencia de los mandatos contenidos en la Directiva impone al Juez nacional la búsqueda de una interpretación de la norma interna que sea conforme con el texto y la finalidad de la Directiva. De no ser posible dicha interpretación conforme a la Directiva, el Juez nacional estará vinculado por la misma y habrá de emplearla en la aplicación de la Ley interna.

El TSJ Andalucía, con sede en Granada, en su sentencia 26/2018 de 16 de enero manifiesta que el criterio jurisprudencial de la proporcionalidad que venía señalando el TS había cambiado radicalmente a raíz de la Sentencia del TJUE. Desde entonces los Tribunales están obligados por el acervo comunitario, es decir el conjunto de reglas y normas por las que se rigen los países signatarios de la Unión Europea. Los principios fundamentales del derecho comunitario, como el de primacía y el de eficacia directa hacen que esa sala considere que no deba esperarse a la derogación del art. 57.1 de la ley de extranjería, sino que ha de hacerse inaplicación del mismo.

En el caso del TSJ de las Islas Baleares, sala de Palma de Mallorca, sección 1ª, en su sentencia 400/2017 de 2 de octubre considera que basta la ausencia de autorización para residir en España para acordar la expulsión del territorio nacional. En el mismo sentido la sentencia del TSJ del País Vasco 488/2017 de 18 de julio y la 286/2017 de 4 de mayo, sección 3ª.

Otros tribunales como el T.S.J. de Castilla y León, sede de Valladolid, sección 3ª, en su sentencia 967/15, de 22 de mayo, o en su sede de Burgos, sección 1ª en su sentencia 116/2015 de 29 de mayo; el TSJ de Aragón, sección 1ª en su sentencia 575/2015 de 28 octubre; el TSJ de Castilla-La Mancha, sección 2ª en su sentencia 10170/2015 de 22 octubre o el TSJ de Murcia, sección 2ª, en su sentencia 787/2015 de 23 octubre, mantuvieron parecidos planteamientos, en definitiva dejaron de aplicar la sanción de multa ante la estancia irregular, acudiendo a la expulsión. En definitiva, en cuestión de meses se desmontó el entramado de la proporcionalidad que había construido durante años el Tribunal Supremo.

Si es cierto que los TSJ y sobre la base de la Directiva de Retorno, se vieron en la necesidad de aplicar determinadas excepciones a la expulsión, en casos extremos como el del interés superior de niño, la vida familiar, o el estado de salud del extranjero, posibilidades todas ellas recogidas en su artículo 5. Así el TSJ de Andalucía, sede de Granada, sección 1ª en su sentencia 1211/2016 de 29 de abril si consideró la aplicación de multa, como también lo hizo su sede de Sevilla, sección 4ª en su sentencia 11/2017, de 4 de enero, en estos casos.

El considerando 22 de la directiva establece que “en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989, el interés superior del niño debe ser una consideración primordial de los Estados miembros al aplicar la presente Directiva”.

También otros Tribunales han tenido en cuenta los apartados 2 al 5 del art. 6 de la directiva para no aplicar la expulsión, cual es el caso de personas residentes en otros países de la Unión Europea, o que en estos países se hagan cargo del mismo, o en supuestos de circunstancias humanitarias o de otro tipo en base a las cuales puedan otorgárseles autorización de residencia o que tengan pendiente una renovación o una autorización de residencia o estancia. En esta línea el TSJ del País Vasco en su sentencia 488/2017 de 18 de julio, no acordó la expulsión del padre de un niño español, o por razones de “otro tipo”, respecto a personas que contaron con una residencia previa como familiar de ciudadano de la Unión que cesó, cual fue el caso del TSJ de Andalucía, sede de Granada, sentencia 26/2018 de 16 de enero. En esos casos se seguía acudiendo a la sanción de multa.

También aplicó excepciones a la expulsión conforme a la directiva el TSJ de Cantabria en su sentencia 262/15, de 19 de junio.

El TSJ del País Vasco ha tenido sentencias contradictorias respecto a la posibilidad de no aplicar la expulsión en el supuesto del art. 57.5 d es decir cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr

su inserción o reinserción social o laboral. La sentencia 286/2017 de 4 de mayo consideró que solo pueden excluirse de la expulsión los casos de los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva 2008/115, y ese supuesto no está incluido; sin embargo, la sección 2ª de ese mismo Tribunal, en sentencia 200/17 de 25 abril, si acoge la excepción sobre la base de que nos encontramos ante un expediente sancionador en el derecho interno en el que rigen las exigencias del principio de tipicidad.

El Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de no aplicar la expulsión en los casos de las excepciones previstas en la directiva antes mencionadas y lo hizo en su sentencia 153/2019 de 8 de febrero, declarando 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 artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuesto dl art. 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución”. Así consideró que “no puede dejar de tomarse en consideración la vida familiar del extranjero como parámetro de referencia, en la medida en que aquélla deberá tenerse debidamente en cuenta, como señala el artículo 5 b) de la Directiva 2008/115/CE”.

Eso sí, consideró que tales supuestos de excepción no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad a efectos de aplicar alternativamente y de manera sustitutoria la sanción de multa. También se ha planteado si la doctrina Zaizoune se podía o no aplicar con efectos retroactivos, es decir si los tribunales al revisar las sentencias judiciales dictadas en primera instancia con anterioridad al 23 de abril del 2015 debían o no tener en cuenta la sentencia del TJUE. Para el TSJ de Galicia, en su sentencia 316/2015 de 20 de mayo debía tenerse en cuenta la irretroactividad temporal de la doctrina comunitaria que se deduce de la mencionada del TJUE basándose en el principio de confianza legítima y tutela judicial efectiva. Para este tribunal solo podía tomarla en consideración cuando en la vista de primera instancia las partes hubiesen podido alegarla y tenerla en cuenta a la hora de esgrimir sus argumentos, de modo que ya haya entrado en el debate procesal.

Por su parte el TS en sentencia 1818/2018 de 19 de diciembre consideró que la doctrina Zaizoune es aplicable incluso a aquellos hechos que acontecieron con anterioridad a la fecha referida y a los procedimientos iniciados con anterioridad a la sentencia Zaizoune.

Otra de las cuestiones que puso encima de la mesa la doctrina del TJUE sobre la directiva de retorno es la diferencia entre la decisión de retorno, que implica conceder al extranjero un periodo de salida voluntaria, sin que lleve aparejada una prohibición de entrada y la decisión de expulsión, que podrá acordarse una vez haya transcurrido el periodo de salida voluntaria o en aquellos casos en dónde exista un riesgo de fuga, se haya denegado una solicitud de residencia manifiestamente infundada o el extranjero suponga un riesgo para el orden público. Ambas medidas se correlacionan con el procedimiento ordinario de expulsión, en el primer caso, o con el preferente en el segundo, con algunas pequeñas diferencias que ya pusimos de manifiesto en anterior trabajo (Rodríguez Candela y Lancha Muñoz, 2012).

En la Directiva se utilizan expresiones como "retorno", "decisión de retorno", "expulsión" y "salida voluntaria", dando en el artículo tres, definición de cada una de ellas. Así por "retorno", se entiende el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso, a su país de origen, o un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo, u - otro tercer país al que el nacional de un tercer país decida volver voluntariamente y en el cual sea admitido. Por "decisión de retorno" se entiende una decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se declare irregular la situación de un nacional de un tercer país y se imponga o declare una obligación de retorno; la "expulsión" es la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro; y finalmente la "salida voluntaria" el cumplimiento de la obligación de retorno en el plazo fijado a tal efecto en la decisión de retorno. En España, como podemos observar en el siguiente cuadro¹², se abusa del procedimiento preferente, que elimina la posibilidad de la salida voluntaria.

Expedientes de expulsión incoados en el año 2016 por infracción art. 53.1

TIPO DE PROCEDIMIENTO	NÚMERO
Ordinario	16.190
Preferente	3.699
Indeterminado	26
TOTAL	19.915

La duda que se nos plantea es el alcance del uso erróneo del procedimiento, a criterio del TSJ de Murcia, sección 1ª, en sentencia 415/2015 de 22 de junio con carácter general ha de otorgarse un plazo para retorno voluntario, y si tal plazo no se concede debe anularse la expulsión, para que por la administración ante la estancia irregular del extranjero requiera a éste para la salida voluntaria del territorio nacional, y sólo si tal requerimiento es incumplido se acuerde la expulsión.

Por el contrario, otras sentencias consideraron que no procedía la nulidad por la elección incorrecta del procedimiento, pues ello debe venir acompañado de la alegación y justificación de indefensión sobre el interesado, TSJ de Andalucía, sede Sevilla, sección 4, sentencia 595/2016 de 7 de junio.

El TS en su sentencia 1118/2018 de 2 de julio, se ha planteado si la elección del procedimiento preferente previsto en el art. 63 de la LOEX —sin justificar debidamente su

¹² Contestación dada en el expediente 001-004348 del portal de la transparencia de 10 de mayo de 2017.

pertinencia al inicio del mismo— es una mera irregularidad formal no invalidante si no ha causado indefensión material o se le ha perjudicado por haberse adoptado la medida cautelar de internamiento, o se ha ejecutado inmediatamente la expulsión, impidiéndole abandonar voluntariamente nuestro país, privándole así de la posibilidad de solicitar la revocación de la prohibición de entrada; o, por el contrario, siempre supone un defecto esencial que comporta la anulación de la resolución sancionadora en cualquier caso.

Inicialmente declaró que el defecto de motivación en la elección del procedimiento era una mera irregularidad no invalidante que no producía indefensión. Eso era así a criterio del Tribunal porque el recurrente había podido defenderse y participar en todos los trámites dispuestos a su disposición en el marco de lo establecido para el procedimiento preferente, que era el de aplicación al caso, habida cuenta del riesgo de incomparecencia existente.

Sin embargo, poco después matiza esta doctrina, en concreto en la sentencia 120/2019 de 5 de febrero donde, por un lado reitera que la falta de justificación de inicio del procedimiento previsto en el artículo 63 de la LOEXIS es una mera irregularidad formal no invalidante si no ha causado indefensión, que corresponde probar a quien la alega, pero por otro lado indica y esto es lo novedoso, que ello no es así cuando no concurren las circunstancias exigidas en el artículo 63 de la LOEXIS como habilitadoras del indicado procedimiento, pues en estos supuestos el seguimiento de tal procedimiento supone un defecto esencial que comporta la anulación de la resolución sancionadora.

Es decir, el Tribunal Supremo diferencia entre la deficiente o nula motivación para la incoación del procedimiento preferente, de la ausencia de concurrencia de los supuestos habilitantes en la ley de extranjería para incoar el procedimiento preferente, a saber, cuando exista riesgo de incomparecencia, que el extranjero evitara o dificultase la expulsión, o cuando el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

En el caso que se enjuició en ese recurso de casación el ciudadano extranjero estaba preso y por ello el Tribunal Supremo consideró que no existía riesgo de incomparecencia. El problema de esta doctrina, es decir que la motivación insuficiente sobre el procedimiento no sea causa de nulidad, es que el Tribunal supremo no puede entrar a valorar las pruebas sobre si existe o no alguno de estos motivos, por lo que no podemos dejar hasta el final la impugnación del procedimiento.

De ello que deba impugnarse directamente, vía art. 25.1 de la LRJCA, la incoación del mismo (Rodríguez Candela y Lancha Muñoz, 2012). Ante este panorama y dado que nuestra ley de extranjería no ha sido modificada aún, manteniéndose por tanto la prioridad de la sanción económica ante la estancia irregular, algunos tribunales se han planteado si la directiva tiene un efecto vertical directo inverso, es decir si la administración incumplidora, ya que no la traspuso adecuadamente, puede invocar la misma contra el administrado sin modificar la normativa interna.

En este sentido el TSJ de Madrid, en su sentencia 419/2017 de 5 de junio de 2017, en los votos particulares de los Magistrados D. José Daniel Sanz Heredero, D. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez, D. José Ramón Chulvi Montaner y D^a. Fátima Blanca de la Cruz Mera consideraban que no cabía la aplicación directa de la citada Directiva "en perjuicio" de los nacionales de Estados terceros en situación irregular. Para ellos:

la eficacia directa de la directiva es vertical y unilateral, de manera que únicamente pueden surgir derechos y obligaciones en las relaciones entre el Estado y los particulares, y sólo éstos pueden invocar esos derechos y obligaciones frente aquél. La eficacia directa de la Directiva no puede generar obligaciones para el particular frente al Estado que no la ejecutó en plazo o de forma adecuada.

Lo cierto es que no nos encontramos ante un supuesto de interpretación conforme sino de aplicación contra legem. Así lo consideró el TSJ del País Vasco, sede Bilbao, sección 1º en su sentencia 249/2018 de 23 de mayo, declarando que

desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea la Directiva es una disposición normativa que únicamente establece obligaciones para los poderes públicos de los Estados miembros, que en caso de incumplimiento pueden ser objeto de un recurso por incumplimiento ante el TJUE (arts. 258 a 260 TFUE).

Esta cuestión llegó al Tribunal Supremo y en su sentencia nº 980/2018 de 12 de junio consideró que “del propio planteamiento de la cuestión resulta ya una primera consideración: que en ningún momento se cuestionó la aplicación al caso de la referida Directiva 2008/115, pues de haber sido así el planteamiento de la cuestión no tendría fundamento, en cuanto su interpretación carecería de relevancia para la resolución de pleito, circunstancia que hubiera conducido a la inadmisión de la cuestión por el Tribunal” y por ello se rechazó la primera cuestión planteada en el recurso de casación, considerando que era posible aplicar efecto vertical directo de la Directiva de retorno de forma inversa, es decir, dejando de aplicar una ley nacional mal transpuesta, la que permite la aplicación de la sanción económica a la situación de estancia irregular, art. 55.1 b, en relación con el art. 53.1 a) de la ley de extranjería, en vez de la expulsión, pese a que se agrava la situación personal del sancionado. Este criterio fue confirmado en las sentencias 1818/2018 de 19 de diciembre, 1716/2018 de 4 de diciembre; 734/2019 de 30 de mayo y 758/2019 de 3 de junio, entre otras. En definitiva, el TS sentencia del TJUE en el sentido de que habilita a las autoridades administrativas y judiciales españolas para inaplicar las previsiones de la Ley de extranjería sobre la precedencia de la sanción de multa y la necesidad de motivación explícita de la expulsión, aplicando directamente la directiva y por lo tanto la expulsión en perjuicio del interesado y con agravación de su responsabilidad administrativa.

Pese a ello entendemos que la doctrina del Tribunal Supremo es errónea y contraria al derecho de la Unión, por ello debería plantearse por cualquier órgano jurisdiccional una cuestión de interpretación ante el TJUE.

Desde nuestro punto de vista consideramos que no es de aplicación directa la directiva de retorno, ni por ende la STJUE de 23 de abril de 2015 (c-38/14 Zaizoune), que declaró que

la normativa española vulneraba dicha directiva y ello porque la citada sentencia no reconoció expresamente efecto directo a la directiva, ni, por tanto, ha operado una derogación o un desplazamiento automático del régimen sancionador español en vigor. La sentencia del TJUE citada no lo hizo porque no es posible que tal efecto directo se produzca en las relaciones verticales inversas. El mal llamado efecto vertical inverso es un concepto que no existe en derecho europeo. En efecto, es el particular el único que puede invocar la existencia de un derecho en una cláusula o artículo de una Directiva cuando dicho Estado no la ha implementado, o lo ha hecho de manera incorrecta. En dicho caso, el tribunal nacional está obligado a aplicar “íntegramente el Derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria” (Asunto Simmenthal C-106/77, párrafo 20).

La interpretación errónea que hace del derecho europeo el Tribunal Supremo, y la creación de una doctrina que nunca ha sido reconocida por el TJUE, hace necesaria, urgente y de especial interés el que se plantee la cuestión de legalidad.

En efecto, 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). Igual posición se mantiene en el Asunto Smith, sentencia 7/8/2018, Gran Sala. C-122/17:

El Derecho de la Unión, en particular el artículo 288 TFUE, debe interpretarse en el sentido de que un tribunal nacional que conoce de un litigio entre particulares y que se encuentra en la imposibilidad de interpretar las disposiciones de su Derecho nacional contrarias a una disposición de una Directiva que cumple todos los requisitos necesarios para producir efecto directo de manera conforme con esta última disposición no está obligado, únicamente sobre la base del Derecho de la Unión, a inaplicar dichas disposiciones nacionales y una cláusula incluida, en virtud de dichas disposiciones, en un contrato de seguro (apartado 57).

Estos procedimientos, si bien se refieren a litigios entre particulares, dejan claro que ha de considerarse aplicable la normativa nacional, aunque la misma sea contraria a una directiva incorrectamente transpuesta. Del mismo modo, en la sentencia 3/5/2005 de la Gran Sala, (asuntos acumulados C-387, 391 & 403/02), el Tribunal de Justicia declaró, de modo reiterado, que una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y que, por consiguiente, no puede ser invocada como tal contra dicha persona (apartado 73). Y prosigue el TJUE en el apartado 78 diciendo:

habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales que, en una situación como la que es objeto de los procedimientos principales, las autoridades de un Estado miembro no pueden invocar la Primera

Directiva sobre sociedades, como tal, contra los inculpados en el marco de un procedimiento penal, dado que una directiva no puede, por sí sola y sin que exista una ley interna de un Estado miembro adoptada para su aplicación, crear o agravar la responsabilidad penal de los inculpados.

De forma más concluyente si cabe, en el Asunto C-168/95 Arcaro de 26 de septiembre de 1996, el tribunal declaró: “36. El Tribunal de Justicia señaló que la posibilidad de invocar una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho interno sólo existe en favor de los particulares y respecto a "todo Estado miembro destinatario". De ello resulta que una Directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede invocarse como tal contra dicho particular (sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartado 48, y de 8 de octubre de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Rec. p. 3969, apartado 9). El Tribunal de Justicia ha precisado que esta jurisprudencia tiene por objeto evitar que un Estado miembro pueda sacar ventajas de haber infringido el Derecho comunitario (sentencias de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 22, y de 7 de marzo de 1996, El Corte Inglés, C-192/94, Rec. p. I-1281, apartado 16).

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 o, con mayor razón, cuando conduce a determinar o agravar, basándose en la Directiva y a falta de una ley adoptada para su aplicación, la responsabilidad penal de quienes la contravengan (véase la sentencia Kolpinghuis Nijmegen, antes citada, apartados 13 y 14). 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. Además, en numerosas otras sentencias el TJUE ha reiterado que una Interpretación conforme “no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional”. Union locale des syndicats CGT y otros, Gran Sala, sentencia 15/1/14 C-176/12, (39).

En definitiva, podríamos concluir diciendo que el TJUE no funciona como un legislador negativo, cual Tribunal Constitucional, por lo que hasta tanto no se modifique la ley de extranjería, lo que no parece probable en la actual tesitura política, deberá poder seguir sancionándose con multa la estancia irregular del extranjero, al seguir siendo esta la sanción principal prevista en nuestra vigente ley de extranjería. Precisamente consciente de esta contradicción el TSJ de Castilla la Mancha, sala de lo contencioso con sede en Albacete, en su auto 362/2019 de 25 de julio planteó cuestión prejudicial ante el TJUE, pendiente de resolver, en los siguientes términos:

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.

Habrá que esperar a que el TJUE se pronuncie sobre la posibilidad de aplicar el efecto vertical directo inverso de las directivas en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

BIBLIOGRAFIA

Rodríguez Candela, J.L. y Lancha Muñoz, M. (2012): “Multa vs. expulsión en el derecho de extranjería español frente a la estancia irregular, antes y después de la directiva de retorno”, en *Revista Sepín Extranjería*, septiembre.

Rodríguez Candela, J.L. (2014): “La incidencia de la Oficina del Defensor del Pueblo en la política legislativa de Extranjería”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova.