



DG Educación y Cultura

Programa de acción en el ámbito  
del aprendizaje permanente



Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional

---

Working Papers on European Law and Regional Integration

**PABLO GONZÁLEZ SAQUERO**

**La Directiva “retorno” y el alcance de la armonización del  
procedimiento de expulsión de extranjeros**

**(Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11)**

WP IDEIR nº 6 (2011)

Cátedra Jean Monnet • Prof. Ricardo Alonso García

Publicado por  
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)  
Universidad Complutense  
Facultad de Derecho  
Avda. Complutense s/n  
Madrid 28040 - España

© Pablo González Saquero 2011

ISSN 2172-8542

El presente proyecto ha sido financiado con el apoyo de la Comisión Europea. Esta publicación es responsabilidad exclusiva de su autor. La Comisión no es responsable del uso que pueda hacerse de la información aquí difundida.

# ***La Directiva “retorno” y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros***

*Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. El Dridi C-61/11*

**Pablo González Saquero\***

I. Introducción. II. Los hechos y la cuestión prejudicial. III. La Sentencia del Tribunal de Justicia (y la opinión del Abogado General) IV. Consideraciones sobre la interpretación del Tribunal de Justicia. En especial, sus consecuencias para los sistemas penales nacionales. V. Conclusiones

---

\* Profesor asociado, Universidades Carlos III y Complutense de Madrid.

## I. Introducción

Una de las características emergentes en el Derecho de extranjería actual es la tendencia a incorporar de manera asimétrica mecanismos propios del Derecho penal para afrontar la lucha contra la inmigración ilegal<sup>1</sup>. Divisas de este fenómeno son, de una parte, la creciente criminalización de conductas contra el régimen de extranjería (especialmente la entrada y estancia no autorizadas o las actividades que las promuevan o favorezcan, como el empleo de inmigrantes ilegales); la prolijidad cada vez mayor de las consecuencias para el estatus migratorio que el ordenamiento aneja a la comisión de determinados delitos para el extranjero que los comete o participa en ellos (particularmente, la expulsión y la prohibición de retorno), o la orientación de los limitados recursos materiales y personales de ejecución de la normativa de extranjería hacia la identificación, detención y expulsión de los extranjeros que comentan delitos. La “asimetría” se explica porque, en franco contraste, la expulsión del territorio nacional aparece despojada en la mayor parte de los derechos nacionales<sup>2</sup>, y en la mayoría de los supuestos, de todo sentido de sanción penal o administrativa impuesta como consecuencia de la estancia ilegal (y, con ello, desvestida de las garantías constitucionales de las sanciones); la expulsión es considerada, por el contrario, simple consecuencia de hallarse ilegalmente en el territorio del Estado.<sup>3</sup>

La Directiva 2008/115, 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<sup>4</sup> (que no crea un marco jurídico completamente armonizado en la medida en que se establece sin perjuicio de normas nacionales o europeas más favorables para las personas)<sup>5</sup> se ha encontrado, por tanto, con un conjunto de sistemas nacionales de extranjería fuertemente infiltrados de regulación penal sustantiva, una materia que queda completamente fuera de la finalidad armonizadora de la norma europea, donde la propia competencia de la Unión, en términos generales, ha sido objeto de intenso debate y donde el papel impulsor de la integración jugado tradicionalmente por el TJ aparece

---

<sup>1</sup> Cf. Stephen H. LEGOMSKY, “The new path of immigration law: asymmetric incorporation of criminal justice norms”, *Washington and Lee Law Review*, 64 (2007), 469-530.

<sup>2</sup> Especialmente interesante es el debate acerca de la naturaleza de la expulsión en los Estados Unidos, donde su Tribunal Supremo ya señaló en *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698, 730 (1893), que “la orden de deportación no constituye el castigo de un delito”, principio que se ha mantenido hasta hoy en día. En la doctrina véase la imponente obra de D. KANSTROOM, *Deportation nation. Outsiders in American History*, Harvard University Press, 2007.

<sup>3</sup> Lo explica con gran claridad F. VELASCO CABALLERO, “Expulsión administrativa, devolución, retorno y otras salidas obligatorias”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º extra 6, 2003 (Ciudadanía e inmigración), 301-340.

<sup>4</sup> Desde ahora Dir «retorno», que los Estados miembros estaban obligados a trasponer antes del 31 de diciembre de 2010. España lo hizo mediante la LO 2/2009 de 11.12, que modificó la Ley 4/2000, de 11.1, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [desde ahora LEx] que vino a complicar más aún (y en ocasiones de manera gratuita) el ya de por sí farragoso “aquejarre normativo” nacional del que hablara M. ALONSO OLEA en *Apuntes sobre las leyes de extranjería de 2000*, Civitas, 2001, pp. 25 y 26. Téngase en cuenta que las referencias que se hagan al Reglamento de extranjería [REx] lo son al Real Decreto 557/2011, de 20.4, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009.

<sup>5</sup> Art. 4 Dir «retorno».

muy mermado<sup>6</sup>. En la Sentencia que comentamos,<sup>7</sup> el TJ aborda la compatibilidad con la Directiva de aquellas disposiciones penales nacionales que castigan conductas relacionadas con la entrada o estancia irregular y, con ello, la cuestión de la delimitación entre la competencia para la regulación de los flujos migratorios irregulares, cuya titularidad ostenta la Unión Europea, y la funcionalidad/legitimidad de las normas penales de extranjería, un ámbito en el que los Estados conservan, en principio, intacto su poder.

## II. Los hechos y la cuestión prejudicial

Hassen El Dridi es un nacional de un tercer Estado que había entrado ilegalmente en Italia, donde residía de manera irregular en el momento de ser condenado en 2004 a cumplir una larga pena de prisión por varios delitos en materia de estupefacientes. Inmediatamente tras ser su excarcelación, la autoridad administrativa italiana (el *Questore de Udine*) dicta, en mayo de 2010, una orden de expulsión en su contra en ejecución de un previo decreto de expulsión que el *Prefetto di Torino* había adoptado en mayo de 2004. La orden se adopta con el propósito de que el interesado abandone el país voluntariamente (para lo que se concede al efecto un plazo de 5 días) haciendo uso de sus propios recursos. Su incumplimiento se castiga por la ley italiana con pena privativa de libertad que puede llegar a cuatro años si el autor es reincidente. En septiembre de 2010 El Dridi es detenido por las autoridades policiales en territorio italiano, y posteriormente procesado y condenado a pena de prisión de un año por el delito consistente en haber incumplido la orden de expulsión dictada contra él.

Recurrida en apelación la sentencia de instancia, la *Corte d'appello di Trento* plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de la infracción penal mencionada con el procedimiento de expulsión regulado en la Directiva «retorno» y el sistema de medidas coercitivas en ella contemplada (en particular, la más rigurosa, la de internamiento, de sus artículos 15 y 16).

## III. La Sentencia del Tribunal de Justicia (y la opinión del Abogado General)

El TJ analiza en primer lugar *si el régimen nacional aplicable en el asunto está o no sometido al ámbito de aplicación de la Directiva*. La Directiva «retorno» es un instrumento de lucha contra la inmigración ilegal, por lo que quedan fuera de su propósito otros objetivos de política criminal o de seguridad u orden público. Se aplica «a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro» (artículo 2.1) siendo indiferente cómo se haya llegado a esa situación. Por ello, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la misma los nacionales de un tercer

---

<sup>6</sup> Cf. A. HINAREJOS, “Integration in criminal matters and the role of the Court of Justice”, *European Law Review*, 36 (2011), 420-430.

<sup>7</sup> Sentencia del TJUE de 28.4.2011, as. *El Dridi* C-61/11 PPU, y Conclusiones del AG Ján Mazák presentadas el 1 de abril de 2011.

Estado que sean solicitantes de asilo<sup>8</sup> y aquellos que sean beneficiarios del derecho a la libre circulación<sup>9</sup>. Además, la propia Directiva contempla dos supuestos que los Estados *pueden* excluir de su ámbito de aplicación, y por tanto aplicar normas nacionales autónomas: 1) cuando se trate de nacionales de terceros Estados a los que se deniegue la entrada o sean detenidos o interceptados con ocasión del cruce de las fronteras exteriores de la Unión<sup>10</sup>, 2) cuando la medida de expulsión se imponga a nacionales de terceros Estados como sanción penal o como consecuencia de la pena impuesta, de acuerdo con la legislación nacional<sup>11</sup>.

A la vista de estos supuestos, y en particular del supuesto de expulsión penal, el TJ analiza muy brevemente en su sentencia si la expulsión decretada por la administración italiana era o no una sanción penal o consecuencia de ella a los efectos del artículo 2.2, *b* de la Directiva. El Dridi había sido condenado y había cumplido pena de prisión por delitos en materia de estupefacientes, y la orden de salida de mayo de 2010 se adoptaba sobre la base de una previa resolución administrativa (un Decreto de expulsión del *Prefecto*) de 2004. El TJ aborda esta cuestión de manera algo deficiente, pues tras señalar que El Dridi está incluido en el ámbito de aplicación personal de la Directiva, la cual se aplica a los nacionales de terceros países en situación irregular, añade simplemente que no puede entenderse como una medida de retorno impuesta como sanción penal o consecuencia de ella porque “la obligación de remisión deriva de un Decreto del Prefecto de Turín”<sup>12</sup>.

Asume el Tribunal que han de leerse las Conclusiones del AG en este punto, que aclaran algo las confusas palabras transcritas; lo relevante no es la autoridad administrativa o

---

<sup>8</sup> Cf. Considerando 9º Dir «retorno» y Sentencia del TJUE de 11.30.2009 as. *Kadzoev* C-357/09 PPU (en el que establecía los criterios para interpretar los plazos máximos de internamiento de un extranjero a los efectos de ejecutar la decisión de retorno) §§ 40 y ss.

<sup>9</sup> Art. 2.3 Dir «retorno». Se refiere a los familiares de un nacional de un Estado miembro y a aquellos nacionales de un tercer Estado que haya celebrado un acuerdo o tratado con la UE que reconozca el derecho a la libre circulación.

<sup>10</sup> Art. 2.2,*a* Dir «retorno». Pueden quedar excluidos del ámbito de la Directiva los supuestos conocidos por la legislación española como de “devolución”, cuando el extranjero pretenda entrar ilegalmente en el país (Art. 58.3,*b* LEx) o sea interceptado en la frontera o en sus inmediaciones (Art. 23.1,*b* REx), para los que la coerción administrativa se aplica sin necesidad de previa tramitación de un procedimiento de expulsión, así como los casos de “rechazo en frontera”, que dan lugar al ahora conocido como “regreso” (anteriormente “retorno”) del extranjero (Arts. 26.2 LEx. y 15 REx). Téngase en cuenta que las dificultades interpretativas del alcance del supuesto de “devolución” (i.e. qué deba entenderse por el acto de *entrar ilegalmente en el país*) se trasladan a la cuestión de precisar el concreto alcance de la exclusión del ámbito de la Directiva (i.e. qué deba entenderse por detener o interceptar *con ocasión del cruce irregular de fronteras*). Vid. especialmente D. MOYA MALAPEIRA, “La devolución de extranjeros en el ordenamiento español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 62 (2002), 189-259; F.J. ENÉRIZ OLAECHEA, “Los procedimientos administrativos de expulsión, devolución y retorno de extranjeros”, en J.F. Alenza García, y J.A. Razquin Lizarraga (coords.), *Organización y procedimientos administrativos: libro homenaje al profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, 2007, 589-624.

<sup>11</sup> Art. 2.2,*b* Dir «retorno». En el caso del derecho español, se trataría de la medida de expulsión por la que deberán sustituirse las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España (art. 89 CP), y la expulsión como consecuencia accesoria de la pena privativa de libertad superior a un año impuesta por la comisión de un delito, dentro o fuera de España, sancionado con pena de prisión superior a un año (Art. 57.2 LEx).

<sup>12</sup> §§ 48 y 49 Sent. *El Dridi*.

judicial, que adoptó la medida de expulsión, como parece hacer entender el TJ, sino los motivos por los que se adoptó la decisión de retorno: “a causa de la situación irregular de la persona afectada, que *no están ligadas a la condena penal* de esa persona” por lo que “el procedimiento penal al que está actualmente sujeto el Sr. El Dridi ... no es la causa de la obligación de retorno sino por el contrario la consecuencia del incumplimiento de dicha obligación”.<sup>13</sup>

Examina a continuación el TJ la cuestión central planteada por el órgano jurisdiccional nacional, es decir, la compatibilidad con el sistema previsto por la Directiva de la tipificación como infracción penal en el derecho italiano, castigada con hasta cuatro años de prisión, de la conducta consistente en incumplir la orden de expulsión previamente dictada por la autoridad administrativa.

La Directiva establece el mandato incondicional de que los Estados miembros dicten una «decisión de retorno» contra *cualquier* nacional de un tercer país que se encuentre en su territorio<sup>14</sup>, excepto en los casos que de modo taxativo enumera (los supuestos de transferencia del extranjero ilegal a otro Estado miembro, de regularización por razones humanitarias o de otro tipo, y cuando el interesado tenga pendiente un procedimiento de renovación del permiso de residencia)<sup>15</sup>. A partir del momento de la adopción de la decisión de retorno<sup>16</sup>, como destaca el TJ, el orden de desarrollo de las fases del procedimiento corresponde a una graduación de las medidas que han de tomarse para su ejecución<sup>17</sup>. Así, deberá concederse al interesado un plazo para la salida voluntaria (tiempo durante el cual no podrá procederse a su expulsión forzosa), plazo que los Estados podrán abstenerse de garantizar en los casos que exhaustivamente enumera la Directiva<sup>18</sup> (cuando la persona haya presentado una solicitud de permanencia legal que hubiera sido desestimada por manifiestamente infundada o fraudulenta, representara un peligro para el orden público o la seguridad nacional o pública, o exista riesgo de

---

<sup>13</sup> § 25 y 26 Concl. *El Dridi*.

<sup>14</sup> Art. 6.1 de la Dir «retorno».

<sup>15</sup> Art. 6, aps. 2 a 5 de la Dir «retorno».

<sup>16</sup> Que habrá puesto fin a un procedimiento en el que habrán podido adoptarse ya *medidas cautelares* a fin de asegurar la resolución que pueda recaer, tales como las previstas en nuestro derecho en el Art. 61.1 LEx: presentación periódica ante las autoridades, residencia en un determinado lugar, retirada de la documentación, detención preventiva o cautelar, o *internamiento*. Respecto a este último, si bien en el procedimiento preferente puede decretarse durante la tramitación del mismo y, por tanto, antes de que recaiga resolución de expulsión y durante su ejecución forzosa si fuere precisa (Art. 63.2 LEx); en el caso del procedimiento ordinario, no cabe adoptar la medida de internamiento ni durante su tramitación ni, tras recaer resolución de expulsión, durante el plazo de cumplimiento voluntario que debe concederse (Arts. 63, *bis*.3 LEx y 224.2, pf. 2º y 246 1 a 3 REx), sí, en cambio, en caso de ejecución forzosa (Arts. 64.1 LEx y 246.3 REx).

<sup>17</sup> § 41 Sent. *El Dridi*.

<sup>18</sup> Regulada en el Art. 7.1 Dir «retorno». El legislador español ha previsto la concesión de un plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión (de entre 7 y 30 días) en el caso de que se siga el procedimiento ordinario (Arts. 63, *bis*.2 LEx), excluyéndolo en cambio cuando se tramite el procedimiento preferente, que debe seguirse, precisamente, en los supuestos en que la Directiva exige a los Estados miembros de la obligación de conceder el plazo para la salida voluntaria (Arts. 63.1 LEx y 234 REx).

fuga<sup>19</sup>). Cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo de salida voluntaria (o cuando éste, en los supuestos excepcionales señalados, no se haya concedido), los Estados adoptarán todas las medidas necesarias para llevar a cabo la expulsión<sup>20</sup>, incluido, como último recurso, el empleo de medidas coercitivas, de acuerdo con su derecho nacional<sup>21</sup>. La expulsión únicamente debe o puede ser aplazada en los casos que establece la propia Directiva<sup>22</sup>. En cuanto a las medidas a adoptar, la Directiva se limita a exigir que sean proporcionadas y que la fuerza ejercida no vaya más allá de lo razonable, regulando, eso sí, una de ellas, el internamiento a efectos de expulsión (de prepararla o de ejecutarla), por la restricción del derecho a la libertad que comporta su adopción.<sup>23</sup>

Pues bien, se plantea el TJ si la sanción penal privativa de libertad prevista en el derecho italiano como consecuencia del incumplimiento de la orden de salida del territorio dictada por la autoridad administrativa, puede considerarse como una «medida coercitiva para llevar a cabo la expulsión», en el sentido del artículo 8.4, cuya regulación remite a los Estados miembros, o por el contrario debe tenerse por una consecuencia sancionadora prevista por el ordenamiento penal nacional que impide la ejecución de la decisión de retorno y que frustra la eficacia del sistema de expulsión previsto por la Directiva.

[Con carácter previo se ve obligado el Tribunal, no obstante, a resolver un obstáculo: la competencia penal en el ámbito de la inmigración irregular (como en general la legislación penal, procesal y sustantiva) pertenece a los Estados miembros, y, por tanto, es un espacio dominado por la legislación nacional y prácticamente virgen de medidas de armonización positiva<sup>24</sup>. Sin embargo, “de ello no puede deducirse que el Derecho de la Unión no pueda afectar a dicha rama del Derecho”<sup>25</sup> y que los Estados miembros no

---

<sup>19</sup> En este último caso, según el Art. 7.3 Dir «retorno», podrá concederse el plazo de salida voluntaria acompañado de la imposición de determinadas obligaciones para evitar el riesgo de fuga, tales como la presentación periódica ante las autoridades, depósito de fianza, entrega de documentos u obligación de permanecer en un lugar determinado, pero no la medida de internamiento: cf. § 38 Concl. *El Dridi* y Arts. 63.3 LEX y 244.1 REX.

<sup>20</sup> Se trata ya, no de asegurar la resolución que pudiera recaer en el procedimiento, pues este ya ha concluido y aquella ya se ha dictado, sino de garantizar que es ejecutada la orden de expulsión que en aquella se contenía. Estaríamos, por ello, ante la ejecución forzosa de un acto administrativo (que sirve de título de ejecución) y que es la resolución de expulsión, y no ante un caso de coacción administrativa directa.

<sup>21</sup> Y que estarán orientadas precisamente a esa ejecución forzosa antes referida, pudiendo consistir en la detención y la conducción inmediata hasta el puesto de salida, o si ello no fuera posible en el plazo de 72 horas desde el momento de la detención, en el internamiento. Según F. VELASCO, *id.*, p. 338, también podrá consistir esa actividad de ejecución en la estrecha vigilancia de los actos encaminados a la salida que emprende el interesado.

<sup>22</sup> Art. 9 Dir «retorno».

<sup>23</sup> Cf. § 33 Concl. *El Dridi*, con cita del art. 6 del CEDH.

<sup>24</sup> Con excepción de la Directiva 2009/52 de 18.6.2009 sobre sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Véase, sobre la compleja situación en el Derecho español antes de la entrada en vigor de la Directiva, A. MONTOYA MELGAR, *El empleo de inmigrantes ilegales*, Civitas, 2007, pp. 169 y ss.

<sup>25</sup> § 53 Sent. *El Dridi*.

deban “ajustar su legislación en esa materia para asegurar el respeto del Derecho de la Unión”<sup>26</sup> ya que, recordando el principio de cooperación leal reconocido en el Art. 4.3 TUE, “no pueden aplicar una normativa, aun si es de naturaleza penal, que pueda poner en peligro la realización de los objetivos perseguidos por una directiva, y como consecuencia privarla de su efecto útil”].

El AG parte de la propia naturaleza que, según el gobierno italiano, tiene la pena de prisión, la cual “representa una sanción impuesta por la infracción de una orden de la autoridad pública, lo que constituye una vulneración grave del orden público”, y por tanto esa pena *no es una medida coercitiva destinada a ejecutar la decisión de retorno ni un internamiento ex art. 15.1 de la Directiva*, sino una reacción represiva del ordenamiento jurídico contra una vulneración de una orden de la autoridad.<sup>27</sup> Esa pena, concluirá el TJ, “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”<sup>28</sup> debido a que “impide objetivamente, aunque sólo sea de forma temporal, la ejecución de esa decisión de retorno”<sup>29</sup> (es decir, el despliegue de las medidas, incluida la de internamiento, para asegurar la ejecución que prevé la Directiva y que deben regular y aplicar los Estados miembros). Tanto el Tribunal nacional remitente como el TJ explicitan la finalidad perseguida por la sanción penal en cuestión, que no es otra que la “auto-deportación”: dictada una orden de expulsión en contra del extranjero en situación irregular, e incumplido por éste el plazo voluntario de retorno, las autoridades nacionales se abstienen de adoptar ninguna medida de ejecución de las previstas en la propia ley italiana, por falta de medios materiales (no se le *conduce a la frontera*, porque no se dispone de medios de transporte, no se decreta su *internamiento* por falta de centros destinados al efecto ...) <sup>30</sup>; simplemente se confía en que la amenaza con pena de prisión y la tipificación como delito del incumplimiento de la orden de salida, tenga el efecto de que sea el extranjero, por sus propios medios, el que abandone el país. Pero en caso de no hacerlo, la privación de libertad lo será como consecuencia de la infracción penal en la que ha incurrido y no para asegurar la salida forzosa (pudiendo incluso dar lugar a repetidas encarcelaciones por este motivo y, con ello, a una prolongación de la estancia irregular). Por contra, la Directiva «retorno» exige, y así lo entiende el TJ, que se agoten todas las posibilidades que ofrecen las medidas de ejecución forzosa (incluidas las de coerción directa) previstas por el derecho nacional (y que sean conformes con la Directiva) para hacer efectiva la orden de retorno en el menor plazo posible<sup>31</sup>. Por ello, el sólo hecho de que fracasen las medidas coercitivas adoptadas para llevar a cabo la expulsión no es suficiente para que se prevea una pena de prisión que deba cumplir el extranjero que permanece en el territorio del Estado miembro en situación irregular,

---

<sup>26</sup> § 54 Sent. *El Dridi*.

<sup>27</sup> §§ 40 y 41 Concl. *El Dridi*. Cursivas añadidas.

<sup>28</sup> §59 Sent. *El Dridi*. Según el AG “la normativa italiana da prioridad a la protección de la autoridad de los poderes públicos antes que a una política de retorno eficaz” (§ 44 Concl. *El Dridi*).

<sup>29</sup> § 42 Concl. *El Dridi*.

<sup>30</sup> Cf. *Ordinanza nel procedimento a carico di Ei Dridi Hassen* de 2.2.2011 de la *Corte d'Appello di Trento*, por la que se plantea la cuestión prejudicial al TJ, p. 3.

<sup>31</sup> § 58 Sent. *El Dridi*.

sino que, por el contrario “deben proseguir sus esfuerzos [los del Estado miembro] para la ejecución de la decisión de retorno, que sigue produciendo efectos”. Sólo en un momento posterior, “*en el supuesto de que tales medidas no hayan permitido lograr el resultado perseguido*, a saber la expulsión del nacional de un tercer país contra el que se han dictado, los Estados miembros tienen la facultad de *adoptar medidas, incluso de carácter penal*, que permitan en particular *disuadir a esos nacionales de permanecer ilegalmente* en el territorio de esos Estados.”<sup>32</sup>

#### **IV. Consideraciones sobre la interpretación del Tribunal de Justicia. En especial, sus consecuencias para los sistemas penales nacionales**

Merece la pena que nos detengamos, en primer término, en el argumento que ofrece el TJ para justificar la intervención (indirecta y en términos limitativos) del derecho de la Unión en un ámbito material (como el derecho penal) en el que la competencia es de la titularidad de los Estados miembros.

Debemos partir de la distinción entre la denominada *integración o armonización “negativa” del Derecho nacional* (a) y aquellos supuestos en que se produce el desplazamiento (*preemption*) de éste por el efecto propio de una *intervención positiva del poder normativo de la Unión* (b). Una y otra precisan de la intervención del TJ pero representan grados muy diferentes de activismo judicial.<sup>33</sup>

a) Esencial para la construcción del mercado interior ha sido y es la llamada integración o armonización negativa, es decir, la inaplicación, impuesta a golpe de Sentencia del TJ, de todas aquellas disposiciones normativas de los Estados miembros, incluso en ámbitos reservados a su competencia, que pudieran suponer un obstáculo para la libre circulación de mercancías, trabajadores, servicios o capitales. La armonización negativa es, por ello, desreguladora, frente a la integración positiva, que implica la adopción por parte de la Unión de normas que deben aplicarse en todo el territorio de la Unión. Se trata, en todo caso, de un efecto estructural, que resulta de una norma del propio Tratado (que ha de gozar de eficacia directa); no es necesario, por tanto, que la Unión haya llevado a cabo una intervención normativa (en términos positivos) en la materia; su objeto es la garantía de las libertades fundamentales consagradas por el Derecho originario de la Unión.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> § 52 Sent. *El Dridi*. En términos muy parecidos § 60 *id.*

<sup>33</sup> Cuestión que analiza A. HINAREJOS, *op. cit.*, quien distingue entre una integración conducida por un fuerte activismo del TJ (“*strong judicially driven integration*”), potenciando la llamada integración negativa o remoción, vía judicial, de los obstáculos existentes en los Derechos nacionales, que caracterizó la construcción del mercado interior, y una integración en el que el papel del TJ es débil frente a otros actores institucionales, especialmente el Consejo (“*weak judicially driven integration*”), que se caracteriza por limitar el protagonismo del Tribunal a la interpretación extensiva de los instrumentos normativos adoptados por el legislador europeo (especialmente cuando tal interpretación redunde en beneficio de los derechos individuales).

<sup>34</sup> En el sentido descrito, véase e. gr. J. STEINER, L. WOODS y C. TWIGG-FLESNER, *EU Law*, Oxford University Press, 9ª ed., 2006, 324-325 y Piet Jan SLOT, “Harmonisation”, *European Law Review*, 21 (1996), 378-387. Especialmente útil D. GERADIN, *Trade and Environment. A comparative study of EC and US Law*, Cambridge University Press, 1997, 9-52, haciendo una comparación de la doctrina del TJ

Como manifestación sectorial de la mencionada doctrina, el TJ ha declarado reiteradamente que el derecho (originario) de la UE puede establecer límites a la aplicación del derecho penal nacional, si este tiene como efecto limitar de manera desproporcionada las libertades de circulación garantizadas por los Tratados. Aunque hay casos anteriores, es el as. *Casati* el que establece la doctrina general en los siguientes términos:

“En principio, la legislación penal y las normas de enjuiciamiento criminal son competencia de los Estados miembros. No obstante, de una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, también en este ámbito, el Derecho comunitario establece límites en relación con las medidas de control que este Derecho permite a los Estados miembros mantener en el marco de la libre circulación de mercancías y personas. Las medidas administrativas o represivas no deben excederse de lo estrictamente necesario, las modalidades de control no deben concebirse de manera que se restrinja la libertad deseada por el Tratado y no deben tampoco llevar aparejada una sanción tan desproporcionada a la gravedad de la infracción que constituya un obstáculo a dicha libertad.”<sup>35</sup>

Ahora bien, a pesar de lo que pudiera parecer leyendo la sentencia que comentamos, que se remite expresamente a la doctrina jurisprudencial que acabamos de examinar, debe advertirse desde este momento que en el caso que nos ocupa no estamos ante un supuesto de armonización o integración negativa del Derecho penal nacional en el sentido expuesto<sup>36</sup>, sino ante la consecuencia de una intervención normativa de la Unión en un ámbito de su competencia.

---

con el empleo por parte del Tribunal Supremo norteamericano de la “dormant commerce clause” (que construye a partir del Art. I, §8 Const. y que garantiza el poder del Congreso para regular el comercio entre los Estados de la Unión).

<sup>35</sup> As. *Casati*, 203/80, especialmente §27. La casuística es abundante más allá de los casos referidos por el TJ: as. *Royer* (48/75) §§40-43, es contrario a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios que el Tratado garantiza castigar penalmente el incumplimiento por un nacional de un Estado miembro de las formalidades legales relativas al control de extranjeros o la falta de autorización de residencia; as. *Skanavi* (C-193/94) §36, vulnera la libertad de establecimiento el delito tipificado por el derecho nacional consistente en conducir sin permiso cuando se aplica a un nacional de otro Estado miembro que hubiera podido obtener un permiso del Estado de acogida canjeando el expedido por otro Estado miembro; as. *Placanica/Palazzese/Sorricchio* (C-338/04, C-359/04 y C-360/04), §§68-71, una normativa nacional que castiga penalmente el ejercicio de actividades en el sector de los juegos de azar cuando no se dispone de una concesión o una autorización de policía expedidas por el Estado miembro de que se trate constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios; as. *Calfa* (C 348/96), §17 y 18, la imposición a los nacionales de otros Estados miembros de la sanción (penal) de expulsión de por vida del territorio, por el delito de adquisición y tenencia de estupefacientes para su consumo personal, es contrario a los derechos de libre prestación de servicios, de trabajadores y de establecimiento; as. *Cowan* (186/87) §19, es contrario al principio de no discriminación por razón de nacionalidad una disposición del derecho penal nacional que subordina la concesión de una indemnización del Estado, destinada a reparar el perjuicio causado en este Estado a la víctima de una agresión que haya producido un daño corporal, al requisito de ser titular de un permiso de residencia o de ser nacional de un país que haya celebrado un acuerdo de reciprocidad con este Estado miembro. Cf. sobre ello V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, 2009, pp. 61, 62; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, “La labor del TJCE en la configuración de los derechos penales nacionales: especial referencia a la eficacia neutralizante del derecho comunitario”, *Revista General de Derecho Penal*, 12(2009), 40 pp., en especial pp. 2-24 y *El legislador europeo: legitimidad y racionalidad*, Civitas, 2011.

<sup>36</sup> § 53 Sent. *El Dridi*.

b) En efecto, una vez que el legislador europeo ha adoptado un marco regulador en una determinada materia, en ejercicio de una competencia atribuida por los Tratados, las normas nacionales pueden devenir sin efecto o inválidas, incluso aunque pertenezcan a ámbitos competenciales propios de los Estados miembros y distintos de aquel en el que ha intervenido la Unión. Ello puede ocurrir, en virtud del principio de primacía, bien porque la UE ha agotado exhaustivamente la regulación de la materia que se trate (transformado *de facto* en exclusiva una atribución competencial *de iure* compartida), no dejando, en consecuencia, espacio para la actuación normativa de los Estados siquiera cuando esta es conforme con la europea (*field preemption*), bien porque el derecho nacional es frontalmente contrario a la normativa de la UE o, sin llegar a serlo, interfiere con el funcionamiento o impide la consecución de los objetivos de la legislación europea (*conflict preemption*).<sup>37</sup> En estos casos, la existencia de una intervención normativa de la Unión aparece como presupuesto lógico del efecto oclusivo del derecho (penal) nacional (en nuestro caso, la Directiva «retorno»); el desplazamiento de la legislación nacional tiene lugar no por efecto de un precepto del Tratado sino de una norma de derecho derivado (y, por tanto, el desplazamiento de la legislación nacional es susceptible de ser graduado en el futuro por el propio legislador europeo, que podría decidir incluso dar de nuevo vía libre al derecho nacional); por último, el efecto obturador no salvaguarda un derecho o libertad fundamental previsto en los tratados como ocurría en los asuntos anteriores, sino el *efecto útil*<sup>38</sup> del sistema previsto por una norma “infraconstitucional”.

Centrándonos ya en las consecuencias del pronunciamiento del TJ para los sistemas penales nacionales, debemos comenzar destacando que si bien el asunto examinado se refiere a disposiciones que, tras la adopción de una decisión de retorno e iniciado el procedimiento de expulsión, lo interrumpen sancionando con pena privativa de libertad una fase intermedia del mismo, lo cierto es que la interpretación del TJ permite entrever importantes efectos tanto para aquellos derechos penales nacionales que castigan de forma autónoma la entrada o estancia irregulares, frustrando la apertura misma del procedimiento de expulsión (a), como para aquellos que no contemplan la expulsión como consecuencia necesaria de la estancia ilegal (b).

a) Dos situaciones deben, a nuestro juicio, diferenciarse en este primer caso a la luz de la doctrina del TJ analizada: 1) cuando la entrada o estancia ilegales se castigan con una pena privativa de libertad que puede imponerse conjuntamente con la medida de la

---

<sup>37</sup> Debe advertirse que nos hemos servido del marco terminológico y conceptual elaborado por el constitucionalismo norteamericano, que no ha encontrado, sin embargo pleno acomodo ni en la jurisprudencia ni en la doctrina europea. Ello no obstante, como han demostrado Schütze y Cross, no impide que la lógica de la técnica de la *preemption* esté presente continuamente en los análisis que efectúa el TJ. Véase, sobre la *preemption* en Norteamérica, una exposición general en E. CHERMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and policies*, Aspen Publishers, 3ª, 2006, pp. 392-419, así como, en español, y haciendo un análisis del funcionamiento de la institución en el ámbito de la inmigración, F. VELASCO CABALLERO, “Un ejemplo de funcionamiento de la ‘preemption’ norteamericana: la regulación de la inmigración”, *Revista d’estudis autonòmics i federals*, 13 (2011), 11-50. Sobre la *preemption* en el Derecho de la UE, véase E. D. CROSS, “Pre-emption of member state law in the European Economic Community: a framework for analysis”, *Common Market Law Review* 29 (1992), 447-472 y R. SCHÜTZE, “Supremacy without pre-emption? The very slowly emergent doctrine of Community pre-emption”, *Common Market Law Review* 43 (2006), 1023-1048.

<sup>38</sup> Cf. § 55 Sent. *El Dridi* más arriba citado.

expulsión (este sería el caso *e. gr.* de Reino Unido<sup>39</sup>, Alemania<sup>40</sup> o Francia<sup>41</sup>) y 2) cuando la mencionada conducta delictiva se sanciona con una pena cuyo cumplimiento es compatible con la tramitación inmediata del procedimiento de retorno y la eventual salida del extranjero del país (p. ej. la multa, como en el caso italiano<sup>42</sup>). Si bien en el primer caso cabría pensar que la regulación, por analogía con la prevista en el as. *El Dridi*, también impide la aplicación de las medidas coercitivas para hacer efectiva la expulsión y demora la ejecución de la decisión de retorno, dando prioridad a fines propios del sistema penal nacional frente a una política de retorno eficaz, el TJ podría ser favorable a la compatibilidad con el derecho europeo del segundo de los supuestos expuestos<sup>43</sup>.

En todo caso, la interpretación del TJ y del AG resuelven un importante interrogante sobre el ámbito de aplicación de la Directiva. A pesar de que los Estados miembros conservan su competencia en materia penal y podrían teóricamente, junto con la medida de expulsión, castigar con sanción penal (aunque está por ver de qué naturaleza) el mero acto de la entrada o estancia ilegal en el país, queda claro que se trata de supuestos de expulsión comprendidos dentro del ámbito personal de la norma europea y, por tanto, no sería permisible que se excluyeran de su disciplina sobre la base del artículo 2.2,*b*<sup>44</sup>, pues ello privaría totalmente de efecto a la misma, frustraría su propósito (el de

---

<sup>39</sup> El § 24 (1), de la *Immigration Act* de 1971 sanciona con multa (de hasta £1.000) o prisión (de duración no superior a seis meses), o ambas, a quien intencionalmente (a) entrare en el Reino Unido sin autorización, o (b) permaneciere en el Reino Unido durante un tiempo superior al autorizado dejare de observar las condiciones establecidas en la autorización concedida.

Téngase en cuenta, no obstante, que la mención al Reino Unido lo es a los solos efectos de la exposición, ya que la Dir «retorno» no es aplicable a este Estado miembro (como tampoco a Dinamarca e Irlanda). Cf. Protocolo nº 21 (que prevé, no obstante, la posibilidad de *opting-in*) y nº 22 (para el caso de Dinamarca).

<sup>40</sup> Un tipo penal muy similar al de la legislación británica se castiga con pena de prisión de hasta un año y multa (además de la expulsión), cf. § 95 (1) de la *Aufenthaltsgesetz*.

<sup>41</sup> El Art. L621-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers* castiga con pena de prisión de un año y multa de 3.750 euros al extranjero que entrare o permaneciere irregularmente en territorio francés o superase el tiempo de estancia autorizado. A la vista del asunto *El Dridi*, la *Cour d'Appel de Paris*, con fecha de 29.6.2011, ha planteado una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad del sistema francés con la interpretación dada por el TJ a la Directiva retorno (as. *Achughbaban*, aún no registrado).

<sup>42</sup> El Art. 10*bis* del Decreto legislativo de 25.7.1998 (en virtud de la reforma introducida por la Ley nº 94 de 15 de julio de 2009) castiga con pena multa de 5.000 a 10.000 €, la mera entrada o permanencia en el territorio nacional en infracción de las disposiciones en materia de inmigración, de los nacionales de terceros países. Cf. sobre la reforma de 2009 citada M. GASTALDO, "Criminalización de la inmigración irregular en Italia la eficacia de la Ley 94/2009", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 23 (2010), 309-315 y más recientemente F. GARCÍA-CALABRÉS COBO, "Mirada retrospectiva a la legislación italiana de inmigración", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, 26 (2011), 239-254; en Italia, por todos, L. ENRICO, *Gli stranieri e il diritto penale*, Cedam, 2011, pp. 371-400.

<sup>43</sup> Quizá el único problema podría plantearse si la multa y la expulsión se impusieran en procedimientos distintos (y, previsiblemente entonces, por autoridades diferentes), y la legislación nacional diera preferencia a la tramitación del primero sobre el segundo. No queremos ahondar más en una cuestión que será previsiblemente resuelta en breve por el TJ, precisamente en relación a la normativa italiana referida: cf. segunda cuestión prejudicial planteada en el as. *Abdallah* (C-144/11), antes referido.

<sup>44</sup> En virtud de la cual, recordémoslo, los Estados miembros podrán decidir no aplicar la Directiva a los nacionales de terceros países «que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales con arreglo a la legislación nacional».

comprender en su ámbito de aplicación a todos los nacionales de terceros Estados en situación ilegal) y vulneraría el principio de cooperación leal.<sup>45</sup>

b) En el otro extremo se situarían sistemas como el español, que no contemplan la expulsión como medida principal frente a la estancia irregular del extranjero sino, en su lugar, una consecuencia sancionadora diferente, la multa, que puede considerarse objetivamente más leve.

En nuestro ordenamiento, en efecto, la infracción (grave) consistente en «encontrarse irregularmente en territorio español» se castiga con multa de 501 a 10.000 euros<sup>46</sup>, si bien «podrá aplicarse ... en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español»<sup>47</sup>. Tal y como ha declarado el TS, en numerosas ocasiones<sup>48</sup>, en los supuestos de permanencia ilegal la Administración, según los casos, puede imponer bien la sanción de multa, bien la sanción de expulsión; pero queda claro que “en el sistema de 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<sup>49</sup>.

El TJ ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad del sistema español con los artículos 6 *ter* y 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS)<sup>50</sup> y 11.3 del Código de Fronteras Schengen<sup>51</sup>, y pese a avalar entonces la compatibilidad de nuestro derecho con el europeo, su argumentación no hace, creemos,

---

<sup>45</sup> De hecho, entiende S. PEERS, *op. cit.*, p. 565, que si se permitiera tal interpretación sería posible vaciar completamente el ámbito subjetivo de aplicación de la norma europea si un Estado castigara penalmente con la expulsión todos los casos de entrada y permanencia ilegal. En contra, en cambio, B. FRANBEN-DE LA CERDA, “Die Vergemeinschaftung der Rückführungspolitik – das Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie (teil 1)”, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2008, 377-384, p. 381.

El TJ tendrá ocasión de analizar este problema con ocasión de la cuestión prejudicial planteada por el *Giudice di Pace di Mestre* (Italia) el 24.3.2011, en el proceso penal contra Asad Abdallah (as. C-144/11), en la que el juez italiano pregunta en primer lugar al TJ si puede interpretarse el art. 2.2,*b*, de la Dir «retorno» “en el sentido de que excluye del ámbito de aplicación de las garantías previstas en la citada Directiva la expulsión decidida como sanción sustitutiva ... como consecuencia de la comisión de un tipo delictivo que castiga la mera entrada o la permanencia en el territorio nacional como la establecida en la legislación italiana aplicable”. R. Raffaelli demuestra que el mencionado delito fue introducido en 2009 precisamente con el objetivo de excluir tales supuestos del ámbito de aplicación de la Directiva, en aplicación de su Art. 2.2,*b*. Cf. R. RAFFAELLI, “The returns Directive in light of El Dridi judgement”, *Perspectives on Federalism*, 3 (2011), 32-45, p. 42.

<sup>46</sup> Arts. 53.1,*a* y 55.1,*b* LEx.

<sup>47</sup> Art. 57.1 LEx.

<sup>48</sup> Por todas STS 2006/1189 de 31.1, FJ 5. Para una severa crítica de esta doctrina cf. J.V. LORENZO JIMÉNEZ, “La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 20 (2009), 201-230.

<sup>49</sup> Cf. Art. 55.3 LEx.

<sup>50</sup> La Dir «retorno» sustituye a los Arts. 23 y 24 del CAAS (Art. 21 Dir)

<sup>51</sup> Reglamento (CE) No 562/2006, de 15.3.

sino apoyar hoy las dudas más arriba enunciadas. En el as. *Zurita García*<sup>52</sup> el TJ señaló, de una parte, que a la luz del tenor literal de la normativa europea aplicable (entonces) la expulsión aparece como facultativa en todo caso<sup>53</sup>. Esta conclusión, entiende el TJ, no puede desvirtuarse por el hecho de que el artículo 23.3 del CAAS estableciera que en algunas situaciones un nacional de un tercer país *debe* ser expulsado del territorio del Estado miembro en que ha sido aprehendido, pues “esta consecuencia está supeditada a las condiciones establecidas por el derecho nacional”<sup>54</sup> y, como explica el AG, “de dicho artículo no se derivan exigencias determinadas en cuanto al contenido del Derecho nacional” (i.e. no hay intervención de la Unión en términos armonizadores o de establecer reglas comunes); antes al contrario, “faculta expresamente a los Estados miembros para que permitan la estancia de los extranjeros de terceros países cuando el Derecho nacional no prevea una expulsión”. Lo cual “presupone necesariamente que los Estados miembros pueden establecer excepciones a la expulsión, pero *no prevé ninguna limitación material de las facultades de los Estados miembros al definir tales excepciones*”, en contraste con la situación tras la aprobación de la Directiva «retorno» (recién aprobada pero no aplicable al caso), que “contiene disposiciones muy detalladas sobre el trato que debe dispensarse a los extranjeros de terceros países que se encuentran en el espacio Schengen a pesar de no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de estancia”.<sup>55</sup> Si la aproximación del TJ al derecho europeo entonces vigente giraba en torno a la literalidad del texto de las normas, que se expresaban, como hemos dicho, en términos esencialmente *facultativos*, una hermenéutica guiada por los mismos criterios del derecho europeo vigente tras la Directiva retorno, no dejaría lugar a dudas sobre el sentido *imperativo* de su lenguaje: «los Estados miembros *dictarán* una decisión de retorno contra *cualquier* nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio» y «*tomarán* todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno», previendo al efecto las excepciones a ambos mandatos incondicionales. El nuevo sistema establecido por la Directiva no parece complacerse con la regulación contenida en el derecho español.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Sentencia del TJ de 22.10.2009, as. acumulados *Zurita García y Choque Cabrera* C-261/08 y C-348/08, y Conclusiones del AG Juliane Kokott presentadas el 19.5.2009.

<sup>53</sup> Aclara incluso una discordancia entre las versiones lingüísticas del Art. 11.3 del Código de fronteras Schengen (Regl. nº 562/2006) pues mientras que en el texto español se leía que «el nacional de un tercer país *será* expulsado» (de no refutarse la presunción en virtud de la cual la falta de sello de entrada en el pasaporte permite entender que la estancia es ilegal), las demás versiones, así como también la versión idéntica de Art. 6 *ter*.3 del CAAS preveían que *podrá* serlo. Cf. § 56 Sent. *Zurita García*.

<sup>54</sup> § 63 Sent. y § 57 Concl. *Zurita García*.

<sup>55</sup> §§ 57 y 59 Concl. *Zurita García*.

<sup>56</sup> No sin cierta sorpresa puede leerse en las Conclusiones del AG que el carácter facultativo de la regulación comunitaria se fundamenta en la confianza y la solidaridad entre los Estados miembros de que todos ellos respetarán el interés común en que se ponga fin a la estancia irregular de los nacionales de terceros Estados, confianza y solidaridad que no defrauda el sistema español, según el AG, ya 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.”

Queda aún por determinar si las disposiciones de la Directiva pueden considerarse como un estándar mínimo frente al que prevalecerían, *ex* artículo 4 de la misma, otras más favorables para los particulares previstas por el derecho nacional o europeo, i.e. si un derecho nacional en el que se estableciera como sanción principal la multa y como sustitutiva excepcional la de expulsión podría encajar en la salvaguarda que hace el artículo 4.3 de la Directiva «retorno» de aquellas disposiciones nacionales «más favorables para las personas a las que se aplica». Ello no parece probable debido a la exigencia adicional que contempla el mismo precepto citado de que «tales disposiciones sean compatibles con la Directiva». Si bien es cierto que incluso el mandato imperativo contenido en una Directiva puede entenderse como un estándar mínimo respecto de los derechos y beneficios de nacionales de terceros Estados y dejar paso a normas nacionales más favorables para el tratamiento de esas personas, los estándares mínimos establecidos por una Directiva no permiten, en cambio, excepciones si ello es incompatible con la finalidad de armonización pretendida por la regulación europea.<sup>57</sup>

Cuestión distinta es si la regulación de la expulsión facultativa contenida en la normativa europea interpretada en *Zurita García* podría ser de aplicación preferente a la propia Directiva «retorno» conforme al artículo 4.2, que se refiere a «cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda

---

(§ 60 Concl. *Zurita García*).

Primero, el argumento del Estado español se basa en la Circular 8/07 de 24.4, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, a tenor de su punto 5 (pp. 8 y 9), pero en todo caso parece insuficiente ya que una vez impuesta la multa (que no se puede imponer conjuntamente con la expulsión, pues lo prohíbe expresamente el Art. 57.3 LEx), si el extranjero permanece en España incurriría en una nueva infracción administrativa (continuada), de estancia irregular, tipificada en el Art. 53.1.a. Ahora bien, nada en la LEx autoriza a entender, y ninguna interpretación en tal sentido puede hacer la mencionada Circular, que la previa imposición de una multa por la misma infracción *deba dar lugar automáticamente* a la sustitución de la multa por la expulsión: aquella seguirá siendo la sanción principal, ésta la más grave y secundaria y deberá motivarse especialmente su imposición.

Segundo, aún si fuera cierto que esa práctica administrativa impera entre nosotros, después de todo cuanto llevamos dicho nos cabe poca duda de que un sistema que antepone la sanción de multa frente a la expulsión, aun cuando la eventual continuidad de la estancia irregular tras la imposición de aquella pueda dar lugar a una decisión de retorno como resultado de un nuevo procedimiento, es un sistema incompatible con la Directiva.

Tercero, la realidad de la práctica administrativa misma nada obstaría al incumplimiento en que podría incurrir España al mantener en la LEx y en el REx un sistema de expulsión incompatible con la Directiva. Así lo ha confirmado la doctrina al señalar, con abundante cita de jurisprudencia del TJ, que «la existencia de Derecho interno incompatible con el comunitario genera por sí misma una situación de incertidumbre contraria al principio de seguridad jurídica que debe presidir las relaciones entre ambos ordenamientos, susceptible de provocar un recurso por incumplimiento», con independencia de que las prácticas administrativas internas se hayan adaptado a lo prescrito por el derecho de la UE, dada su inadecuación como instrumento de ejecución de éste. Cf. R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Civitas, 2ª, 2010, pp. 269-273.

<sup>57</sup> Véase al respecto K. HAILBRONNER, “Introduction into the EU immigration and asylum law”, en K. Hailbronner (ed.), *EU Immigration and Asylum Law –Commentary–*, p. 25, quien maneja un documento de los servicios jurídicos del Consejo que trata específicamente la cuestión de la interpretación de la cláusula sobre disposiciones más favorables prevista en la Directiva 2004/83. Dicho documento está disponible en [www.statewatch.org/news/2002/dec/14348.02.doc](http://www.statewatch.org/news/2002/dec/14348.02.doc).

ser más favorable para el nacional de un tercer país»<sup>58</sup>, lo que acomodaría el sistema español vigente en un marco europeo así articulado. La correcta interpretación de este precepto creemos que se encuentra en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión<sup>59</sup> que hacía referencia, si bien es cierto que a través de una enumeración no exhaustiva («en especial»), a las 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, y ello tanto por razón de las prohibiciones expresas de expulsión o retorno que algunas de ellas contemplan,<sup>60</sup> como en atención a las diversos supuestos de estatus de estancia *legal* que esa misma normativa europea reconoce.<sup>61</sup> Se trataría por ello, más bien, en el primer caso, de excepciones singulares contenidas en normas que tratan de regular situaciones especiales en relación a la contemplada por la Directiva «retorno». Lejos estaría, por tanto, el propósito de hacer prevalecer sobre el régimen de la Directiva «retorno» el sistema *facultativo* de expulsión previsto en normas anteriores a su aprobación y cuyo objeto específico no fue ni regular ni establecer un marco armonizado para el retorno de los extranjeros en situación irregular.

Un último efecto de la interpretación del TJ se cierne sobre del poder el Estado para *regularizar* la situación de los extranjeros. En primer término, con objeto de evitar la problemática situación jurídica en que quedaría el extranjero que no puede ser expulsado,<sup>62</sup> parece que los Estados miembros podrán, una vez agotadas las posibilidades de expulsión (i.e. una vez que el régimen previsto en la Directiva deja de

---

<sup>58</sup> Así lo defiende, p ej., I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, “Expulsión versus multa: ¿el derecho de la unión faculta a los Estados miembros su libre elección en relación a los nacionales de tercer país en situación irregular? A propósito de la STJUE de 22 de octubre de 2009, asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08, María Julia Zurita García y Aurelio Choque Cabrera”, *Revista General de Derecho Europeo* 21 (2010), p. 20.

<sup>59</sup> COM(2005) 391 final, p. 14.

<sup>60</sup> Así, p. ej., a las víctimas de trata de seres humanos se les protege de la expulsión durante el llamado “período de reflexión”, en que 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 (sobre ello vid. *infra*); a los residentes de larga duración se les dispensa una protección reforzada y una serie de garantías procedimentales adicionales en caso de expulsión (cf. especialmente Art. 12 de la Dir 2003/109 de 25.11).

<sup>61</sup> Sería el caso, p. ej. de los residentes de larga duración, de los beneficiarios de permisos de residencia a afectos de estudios, prácticas o voluntariado, por ser víctimas del delito de trata de seres humanos y cooperen con las autoridades competentes, o en los supuestos de reagrupación familiar. En todo caso, parece superflua la necesidad de reconocer expresamente que estos supuestos quedan a salvo del ámbito de aplicación de la Dir «retorno», pues ella misma limita su ámbito de aplicación a los nacionales de terceros Estados que se encuentre *ilegalmente* en el territorio de un Estado miembro, sin que se aborden en ella las razones o los procedimientos para poner fin a la residencia legal. Cf. COM(2005) 391 final, pp. 6 y 7.

<sup>62</sup> El cual “legalmente podrá vivir irregularmente” en territorio nacional como ha señalado E. SAGARRA I TRÍAS, “Un nuevo ‘status’ de extranjero en España (el inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 1 (2002), 89-97, p. 96.

“controlar” la situación), decidir regularizar la situación del extranjero. Esa regularización, sin embargo, sólo será posible en un momento anterior (i.e. antes de agotarse todos los esfuerzos para ejecutar la decisión de retorno) en los supuestos, que la Directiva se cuida de precisar concediendo un amplio margen de apreciación a los Estados miembros<sup>63</sup>, en los que un Estado miembro puede prever que la decisión de retorno no sea adoptada respecto de un nacional de un tercer país por razones individuales examinadas caso por caso. En claro contraste creemos, en contra de la opinión de algunos autores<sup>64</sup>, que la Directiva ha operado también un efecto obturador del poder de los Estados para regularizar masivamente la situación de inmigrantes ilegales<sup>65</sup>. Considerar que los Estados miembros conservan intacto su poder para llevar a cabo regularizaciones a gran escala sería tanto como entender que mediante esa práctica pudiera sortearse el efecto útil de la Directiva.

## V. Conclusiones

El Tribunal de Justicia aborda en la sentencia comentada el alcance de la armonización operada por la Directiva “retorno” sobre la regulación del procedimiento de expulsión de nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. Lo hace empleando la dialéctica propia de los títulos competenciales compartidos, es decir, indagando si la normativa europea adoptada obtura, desplaza o deja sin efecto la legislación nacional: así ocurre, concluirá el Tribunal, respecto de la legislación penal nacional que sanciona al extranjero en situación irregular tras la iniciación del procedimiento de expulsión (por conductas consistentes, e. gr., en no cumplir voluntariamente la orden de expulsión) y ello porque la Directiva “retorno” impone la expulsión *inmediata* de *todos* los nacionales de terceros Estados en situación irregular (con las solas excepciones que la propia Directiva prevé). Es por esto último que el pronunciamiento del Tribunal posee un importante potencial para hacer incompatibles con la Directiva «retorno» aquellos sistemas nacionales de extranjería (como el español), en los que la expulsión no es una consecuencia necesaria de la permanencia irregular en el territorio del Estado así como aquellos en que se castiga con pena privativa de libertad la entrada o estancia irregular *per se*; de otra parte, entendemos que la interpretación del TJ limita la capacidad del Estado para regularizar la situación de ilegalidad del nacional de un tercer Estado.

---

<sup>63</sup> Por «razones humanitarias o *de otro tipo*», dice el Art. 4.4.

<sup>64</sup> E. gr., S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs*, Oxford University Press, 3ª ed., 2011, pp. 567-8 y E. MINCHEVA, “Case report on *Kadzoev*, 30 November 2009”, *European Journal of Migration and Law* 12 (2010), 361-71 quien critica la absoluta falta de una política europea sobre la regularización de extranjeros irregulares.

<sup>65</sup> Sobre los diversos procesos de regularización en los Estados miembros véase, especialmente, J. APAP, P. de BRUYKER y C. SCHMITTER, “Regularisation of illegal aliens in the European Union. Summary report of a comparative study”, *European Journal of Migration and Law*, 2 (2000), 263-308.