

¿Deben abandonar el territorio español los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular?

(Reflexiones a partir de la sentencia del TJUE, de 22 de octubre de 2009, en los as. ac. C-261/08, *Zurita García* y C-348/08, *Choque Cabrera*)

Raúl Lafuente Sánchez

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Internacional Privado
Director Escuela de Negocios. Universidad de Alicante

RESUMEN:

Este artículo analiza la normativa española y comunitaria en materia de expulsión de nacionales de terceros países que no cumplen o que han dejado de cumplir los requisitos de estancia en el territorio de un Estado miembro para determinar si en esos casos es obligatoria la expulsión de estas personas o, por el contrario, las autoridades nacionales pueden sustituir la expulsión por la imposición de una multa. En definitiva, si la normativa española es compatible con el Derecho comunitario.

De conformidad con el Código de fronteras Schengen, los nacionales de terceros países que se encuentren en esa situación pueden ser expulsados. Es decir, el Derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a proceder a la expulsión. Sin embargo, la versión española del mencionado Código dispone que el nacional del tercer país “será expulsado”. Por lo tanto, podría entenderse que este resultado tiene carácter imperativo.

El Derecho español, por su parte, no impone obligatoriamente la expulsión de estas personas, ya que permite sancionar o bien con la expulsión o con la imposición

ABSTRACT

This paper analyzes the Spanish and Community provisions governing the expulsion of third-country nationals who do not fulfil, or no longer fulfil, the conditions for remaining in a Member State, to determine if in those cases is compulsory the expulsion of these people or, on the contrary, the national authorities can replace the expulsion by the imposition of a fine. That is to say, if the Spanish law is compatible with Community law.

In accordance with the Schengen Borders Code, the third-country nationals in such a situation may be expelled. That is to say, under Community law the Member States are not obliged to proceed with expulsion. Nevertheless, according to the Spanish version of the mentioned Code, the third-country national will be expelled. Therefore, it could be construed as being mandatory.

On the other hand, the Spanish law does not mandatorily require the expulsion of these people, since it allows for either a fine or expulsion, following the circumstances.

In the opinion of the ECJ Case Law, the different linguistic version of a Community

de una multa, dependiendo de las circunstancias.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las distintas versiones lingüísticas de una norma comunitaria deben interpretarse de forma unitaria. Resulta evidente que la versión española del Código de fronteras se debe a un error de traducción. Consecuentemente, ha de ser interpretada según la voluntad real del legislador.

De acuerdo con esa interpretación, la expulsión no puede ser la norma sino la excepción. De este modo, se puede concluir que el Derecho comunitario no se opone a la normativa nacional española que permite la expulsión de un nacional de un tercer país o la sustitución de la expulsión por una multa.

En conclusión, la sustitución de la expulsión de un nacional de un tercer estado que carece de documentación que le habilite para la entrada o estancia en la Unión Europea por la imposición de una multa dependerá de las circunstancias de cada caso. Por lo tanto, corresponde al Derecho español determinar las condiciones bajo las cuales la expulsión puede ser llevada a efecto.

Palabras clave: Libre circulación de personas; Nacionales de terceros países en situación irregular; Visados, asilo e inmigración; Código de fronteras Schengen; Derecho de estancia, expulsión, sustitución por una multa.

Keywords: Free movement of persons; Unlawful presence of third-country nationals; Visas, asylum and immigration; Schengen Borders Code; Right to remain, expulsion, substitution of a fine.

provision must be given a uniform interpretation. It is evident that the Spanish version of the Borders Code arises from an error in translation. Consequently, it has to be interpreted according to the real will of the legislator.

According to this interpretation, expulsion should not be the norm but the exception. It means that Community law does not preclude national Spanish legislation which allows the expulsion of a third-country national or to replace the expulsion by the imposition of a fine.

Concluding, the substitution of the expulsion of any third-country national who does not have documentation authorising him to enter and remain in the territory of European Union by the imposition of a fine is a possibility which will depend on the circumstances. Thus, it is for the national Spanish law to adopt the conditions under which expulsion may take place.

Fecha recepción original: 3 de abril de 2010

Fecha aceptación: 4 de octubre de 2010

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR: ESTADO DE LA CUESTIÓN
 - III. LAS SENTENCIAS *ZURITA GARCÍA* Y *CHOQUE CABRERA*—1. *Hechos y litigio principal*—2. *Planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal español y admisibilidad de la misma*
 - IV. ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO APLICABLE AL SUPUESTO DE HECHO PLANTEADO—1. *El Código de fronteras Schengen (Reglamento 562/2006)*—2. *La Ley Orgánica 4/2000*
 - V. ALCANCE Y CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA—1. *Condiciones para la expulsión de los nacionales de terceros países del territorio comunitario*—2. *Problemas relacionados con la interpretación del artículo 23.3 del Convenio de aplicación Schengen*—3. *Obligación o facultad de expulsar por parte de las autoridades competentes*—3.1. Naturaleza jurídica del acto de expulsión—3.2. Motivación y proporcionalidad de la sanción de expulsión de extranjeros—3.3. A propósito de la discordancia entre las distintas versiones lingüísticas del Reglamento 562/2006—4. *La expulsión de nacionales de terceros países y el derecho de asilo o la protección internacional*
 - VI. CONSIDERACIONES FINALES
-

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado una Sentencia en dos asuntos acumulados¹ donde aborda la interpretación de las normas de Derecho comunitario en materia de expulsión de nacionales de terceros países que no cumplen, o que han dejado de cumplir, los requisitos de estancia en territorio comunitario.

El interés de esta Sentencia radica en la interpretación que el TJUE hace del Derecho comunitario en relación al Derecho español aplicable en el litigio principal, que tenía por objeto determinar el alcance de la sanción que, a falta de circunstancias agravantes, ha de imponerse a un nacional de un tercer país cuando carece de título para entrar o permanecer en España: la imposición de una multa o una medida de mayor gravedad como lo es la expulsión del territorio español.

En fin, se trataba de determinar si, a falta de circunstancias agravantes, esta sanción puede limitarse a una multa o si, por el contrario, procede imponer la expulsión de estas personas y, finalmente, si era posible la sustitución de la expulsión por la imposición de una multa.

II. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR: ESTADO DE LA CUESTIÓN

Tal y como avala la abundante doctrina del TC, los derechos de residencia y libre circulación por el territorio nacional reconocidos por el artículo 19 de nuestra Constitución son aplicables igualmente a los extranjeros de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales y en las leyes españolas². Ahora bien, esta libertad no está exenta de límites, y así para que estas personas que no poseen la nacionalidad española puedan residir y circular dentro del territorio español habrán de cumplir los requisitos que las leyes determinen, pues, tal y como declara nuestra Constitución y la

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala tercera), de 22 de octubre de 2009, en los as. ac. C-261/08, *María Julia Zurita García contra Delegación del Gobierno en Murcia* y C-348/08, *Aurelio Choque Cabrera contra Delegación del Gobierno en Murcia*.

² El artículo 13.1 de la Constitución Española dispone: «*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley*». Vid., entre otras, las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante, STC): 94/1993, de 22 de marzo, en sus FJ 2º y 3º; 116/1993, de 29 de marzo, en su FJ 2º; 24/2000, de 30 de enero, en su FJ 4º; 169/2001, de 16 de julio, en su FJ 4º a); y 260/2007, de 20 de diciembre, en su FJ 5º, en <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia>

doctrina del TC, no se trata de «derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana»³.

De este modo, el ejercicio de estos derechos difiere en función de la nacionalidad que posea la persona que pretende ejercitarlos, para lo cual las leyes introducen tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros⁴. Esta circunstancia es la que determina los diferentes regímenes jurídicos aplicables al derecho a la libre circulación y residencia en territorio español, dependiendo de la diferente nacionalidad de su titular.

En este sentido, hace ya tiempo que el TC estableció una triple clasificación y diferenciación de los derechos aplicables a los extranjeros en España⁵, a saber: a) Derechos que pertenecen a todas las personas sin distinción de su nacionalidad por estar estrechamente vinculados a la dignidad de la persona; b) derechos reservados a los españoles, por lo que no serán aplicables en forma alguna a los extranjeros –en particular, los recogidos en el artículo 23.1 de la Constitución⁶–; y c) derechos que por su propia naturaleza son susceptibles de extenderse a los extranjeros. Considero, por tanto, que el derecho de residencia y libre circulación por el territorio nacional ha de quedar encuadrado dentro de este último grupo de derechos al que se refiere la clasificación efectuada por el TC.

Consecuentemente, cuando los extranjeros no cumplan los requisitos exigidos para permanecer regularmente en España, ya sea por carecer de autorización de residencia o por tenerla caducada más de tres meses sin haber solicitado su renovación, de conformidad con el régimen jurídico aplicable –en este caso la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social– se les podrá imponer una multa o, para supuestos de especial gravedad, la expulsión del territorio nacional, medidas que podrán ejecutar las autoridades administrativas com-

³ El artículo 10.1 de la Constitución española dispone: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Vid., la STC 107/1984 en su FJ 3º. En este sentido, el TC ha declarado como derechos vinculados a la dignidad humana los siguientes: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad y a la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3º); a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2º); a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, FJ 4º); a la libertad y seguridad (STC 144/1990, FJ 5º), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, FJ 1º).

⁴ Vid., al respecto, las STC 94/1993, de 22 de marzo, en su FJ 3º y 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5º.

⁵ Vid. al respecto la STC 107/1984 y la STC 236/2007 que no solamente acoge la clasificación de derechos establecida en la primera sino que, además, profundiza en su alcance constitucional. Un comentario y análisis de esta clasificación puede verse en POLO SÁNCHEZ, M. C., «Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España», Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, pp. 56 y ss.

⁶ El tenor literal del artículo 23.1 de la Constitución es el siguiente: «Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal».

petentes en determinadas circunstancias cuando el extranjero se encuentre en situación irregular en España⁷.

En estas situaciones, para determinar la sanción a imponer (multa o expulsión), la administración deberá graduar la gravedad de la situación de cada *cas d'espèce* observando el principio de proporcionalidad. Esto significa que la administración no goza de una libertad absoluta para optar indiscriminadamente por una u otra medida, por cuanto ha de motivar su decisión aplicando para ello el principio de proporcionalidad⁸.

III. LAS SENTENCIAS *ZURITA GARCÍA Y CHOQUE CABRERA*

1. Hechos y litigio principal

El relato de los hechos que dieron lugar al litigio objeto de análisis es el siguiente:

Con motivo de sendos controles, se constató que dos nacionales bolivianos, la Sra. Zurita García (en septiembre de 2006) y el Sr. Choque Cabrera (en mayo de 2007), se encontraban en situación irregular en España, pues en ese momento no cumplían los requisitos de estancia, es decir, carecían de la prórroga de estancia o tenían caducada más de tres meses la autorización de residencia, situación que implicaba la comisión de una falta grave, de conformidad con la Ley de extranjería.

Por este motivo, las autoridades españolas, en este caso, el Delegado del Gobierno en la Región de Murcia, adoptó sendas resoluciones (contra la Sra. Zurita, el 15 de noviembre de 2006 y contra el Sr. Choque el 30 de julio de 2007) por las que se les expulsaba del territorio español y se les prohibía la entrada en el espacio Schengen por un período de cinco años.

Las dos resoluciones fueron recurridas por sus destinatarios en primera instancia ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Murcia, solicitando la anulación de las resoluciones adoptadas por el órgano administra-

⁷ *Vid.*, artículos 55 y 57.1 de la Ley de 11 de enero de 2000 (BOE nº 10, de 12.01.2000) (en lo sucesivo, Ley de Extranjería). Esta Ley fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000 (BOE nº 307, de 23.12.2000) y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003 (BOE nº 279, de 21.11.2003). El Reglamento de la Ley de extranjería fue desarrollado mediante el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre de 2004 (BOE nº 6, de 7.01.2005) (en lo sucesivo, Reglamento de la Ley de extranjería). Recientemente, la Ley Orgánica 4/2000 ha sido reformada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (BOE nº 299, de 12.12.2009). Esta Ley está en vigor desde el día 13 de diciembre de 2009.

⁸ Esta interpretación viene ampliamente avalada por la doctrina del Tribunal Supremo (en adelante TS) –*Vid.*, entre otras, su Sentencia de 22 de diciembre de 2005–, así como por la doctrina española –*Vid.* por todos, GOIZUETA VÉRTIZ, J., «Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español: Especial referencia a extranjeros y ciudadanos comunitarios», Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, Nº 16, 2007, p. 22–.

tivo por no haber apreciado correctamente el principio de proporcionalidad en virtud del cual sólo podrá llevarse a cabo la expulsión cuando concurren circunstancias agravantes. Entendían, por tanto, que no estaba justificada la sustitución de una sanción menos grave como es la imposición de una multa por una de mayor gravedad, como lo es la expulsión.

Ambos recursos fueron desestimados, por lo que las correspondientes sentencias fueron apeladas ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Este Tribunal constató que, de conformidad con la legislación española, en aquellos supuestos como los que tenía que juzgar la sanción de expulsión a los nacionales de terceros estados que se encontrasen en situación irregular en España podría ser sustituida por una multa. Y que, como acertadamente habían planteado los interesados, atendiendo al principio de proporcionalidad, solamente procedería adoptar la medida de expulsión cuando concurrieran circunstancias agravantes⁹.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia consideró que, aplicando la normativa comunitaria a los supuestos ante él planteados, los nacionales bolivianos deberían abandonar el territorio español, es decir, procedería la imposición de la medida de expulsión.

De esta forma, a la vista del Derecho comunitario y de la normativa española aplicable en la materia, el Tribunal Superior de Justicia decidió suspender los dos procedimientos que tenía bajo su competencia y plantear al TJUE una cuestión prejudicial: si las normas comunitarias se oponían a una normativa nacional que permite sustituir la expulsión de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular por una multa.

2. Planteamiento de la cuestión prejudicial por el Tribunal español y admisibilidad de la misma

A la vista de las circunstancias señaladas, la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal nacional tenía por objeto la interpretación del artículo 62 CE nº 1 y 2, letra a) y los artículos 5, 11 y 13 del Reglamento 562/2006 (Código de fronteras Schengen)¹⁰.

Esta cuestión prejudicial, idéntica para ambos litigios y que, posteriormente, el TJUE decidió acumular, se planteaba en los siguientes términos:

«De acuerdo con el Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, en especial su artículo 62.1 y 2 a), así como el Reglamento 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código Comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), en particular sus artículos 5, 11 y 13:

¿Deben interpretarse las anteriores normas en el sentido de que se oponen a una

⁹ Vid., el artículo 57.1 de la Ley de extranjería.

¹⁰ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código Comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (DOUE N° L 105 de 13.04.2006).

regulación, como la nacional y la jurisprudencia que la interpreta, que posibilita la sustitución de la expulsión, de todo aquel «nacional de un tercer país» que no disponga de título habilitante para la entrada y permanencia en el territorio de la Unión Europea, por la imposición de una multa?

Además, en el asunto que nos ocupa se planteaba como cuestión previa la admisibilidad o no de la petición que el Tribunal Superior de Justicia de Murcia había remitido al TJUE.

Dos temas resultaban relevantes para resolver esta cuestión previa. En primer lugar, determinar si, por razón de la materia, el Tribunal español era competente para plantear la cuestión prejudicial. La respuesta a este interrogante ha de ser positiva por razón de la materia objeto de interpretación. En este caso se trataba del Código de fronteras Schengen, el Reglamento 562/2006, norma adoptada en virtud del artículo 62 del Tratado de la Unión Europea¹¹.

Tratándose, por tanto, de interpretar un acto adoptado por las instituciones comunitarias, en este caso del Parlamento Europeo y del Consejo, a la luz de una disposición del TUE, resultaba evidente que el TJUE era competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, al venir dicho órgano obligado a someter la cuestión al TJUE por tratarse de un órgano jurisdiccional nacional cuya decisión no era susceptible de ulterior recurso en Derecho interno¹².

En este sentido, procede recordar que a partir de la reforma producida por la Ley Orgánica 19/2003¹³ los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para conocer en apelación de los recursos planteados contra las decisiones de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en materia de extranjería, no siendo estas decisiones susceptibles de ulterior recurso de casación ante el TS. Por consiguiente, el Tribunal español era compe-

¹¹ El artículo 62 del TUE dispone: «El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam: 1) Medidas encaminadas a garantizar, de conformidad con el artículo 14, la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países; 2) Medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros en las que se establezcan: a) Las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras; b) Las normas sobre visados aplicables a las estancias cuya duración no supere los tres meses, que incluirán: i) La lista de los terceros países cuyos nacionales tengan la obligación de ser titulares de visado para cruzar una frontera exterior, y de aquéllos cuyos nacionales estén exentos de esa obligación; ii) Los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros; iii) Un modelo uniforme de visado; iv) Normas para un visado uniforme; 3) Medidas que establezcan las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses».

¹² Vid., artículo 234 del TUE.

¹³ Ley de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 309, de 26.12.2003).

tente para plantear la cuestión prejudicial y el TJUE para pronunciarse sobre la misma.

En segundo lugar, el TJUE debía afrontar y resolver la inadmisibilidad planteada por el Gobierno español respecto a la petición de decisión prejudicial del Órgano jurisdiccional español en el asunto *Zurita García*. Inadmisibilidad que fundamentaba en el supuesto carácter hipotético de la cuestión prejudicial planteada.

En este punto, conviene recordar que el TJUE ha declarado en reiteradas ocasiones que únicamente podrá negarse a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano nacional en aquellos supuestos, entre otros, en los que se trate de un supuesto hipotético. Así dispone: «*Según reiterada jurisprudencia, las cuestiones sobre la interpretación del Derecho comunitario planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia disfrutan de una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una petición de decisión prejudicial formulada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación solicitada del Derecho comunitario no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética...*»¹⁴.

Pues bien, el Gobierno español sostenía en sus observaciones que el principio de no retroactividad de la ley penal se oponía *ratione temporis* a la aplicación del Reglamento 562/2006 y, en concreto su artículo 11, ya que ese Reglamento entró en vigor el 13 de octubre de 2006, es decir, con posterioridad a la incoación de uno de los procedimientos objeto de análisis, el de la Sra. Zurita García, que fue incoado con fecha 26 de septiembre de 2006. Se cuestionaba la aplicación de un Reglamento que aún no había entrado en vigor en el momento de producirse los hechos, al menos en uno de los supuestos acumulados. Por lo tanto, la normativa aplicable en ese caso sería el artículo 6 *ter* del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS)¹⁵ en lugar del artículo 11 del Reglamento 562/2006.

Consecuentemente, el supuesto carácter hipotético de la cuestión planteada ante el TJUE radicaba en que la normativa comunitaria sobre cuya interpretación se preguntaba, el Reglamento 562/2006 o Código de fronteras Schengen, no era de aplicación *ratione temporis* a uno de los supuestos planteados, concretamente al de la Sra. Zurita García, por haberse efectuado el control en el que se detectó su estancia irregular en España con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del mencionado Reglamento.

¹⁴ *Vid.*, al respecto la Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 2008, *Cartesio*, C-210/06, Rec. 2008, p. I-9641, apartado 67. En el mismo sentido, las Sentencias de 28 de junio de 2007, *Dell'Orto*, C-467/05, Rec. 2007, p. I-5557, apartado 40, y de fecha 7 de junio de 2007, *Van der Weerd y otros*, C-222/05, Rec. 2007, p. I-4233, apartado 22.

¹⁵ Convenio de 14 de junio de 1985 (DO L 369). Los artículos 2 a 8 de este Convenio quedaron derogados, a partir del 13 de octubre de 2006, coincidiendo con la entrada en vigor del Reglamento 562/2006.

Sin embargo, como acertadamente señaló la Abogado General en sus Conclusiones¹⁶ –criterio que posteriormente fue acogido por el TJUE en su Sentencia– pueden señalarse tres elementos relevantes que avalan la pertinencia de la cuestión planteada y permiten desestimar su pretendido carácter hipotético y la inadmisibilidad de la misma. En primer lugar, para resolver la cuestión planteada resulta pertinente interpretar el artículo 11.3 del Reglamento 562/2006, y no todo el Código de fronteras Schengen en su conjunto. En segundo lugar, aun cuando es cierto que esta norma no estaba en vigor en el momento de producirse el control de la Sra. Zurita García y, por lo tanto, resultaría cuestionable la aplicación de la misma, resulta evidente que el contenido del mencionado artículo 11.3 del Reglamento es idéntico al del artículo 6 *ter*, apartado 1, del anterior Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS) que sí estaba vigente en ese momento¹⁷. Finalmente, procede recordar que el control efectuado al Sr. Choque Cabrera, titular del otro recurso que dio lugar a los asuntos acumulados y a la cuestión planteada ante el TJUE, se produjo con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 562/2006. Por todo ello, al haberse acumulado los dos procedimientos ante el TJUE procedía declarar admisible la cuestión planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia en los términos en que éste lo hacía y, en consecuencia, resolver sobre el fondo del asunto.

IV. ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO APLICABLE AL SUPUESTO DE HECHO PLANTEADO

Con el fin de dar respuesta a la cuestión planteada, el TJUE debía tomar como referencia el sistema normativo arbitrado tanto por el Derecho comunitario cuanto por el Derecho español. A continuación paso a analizar someramente las normas de aplicación al supuesto de hecho.

1. El Código de fronteras Schengen (Reglamento 562/2006)

El Reglamento 562/2006 o Código de fronteras Schengen codifica los textos vigentes en materia de control en las fronteras. Dentro del apartado Objeto y principios, este Reglamento «... dispone la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea». Igualmente, establece «... las normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea»¹⁸.

¹⁶ *Vid.*, el punto nº 27 de las Conclusiones de la Abogado General, Sra. Juliane KOKOTT, presentadas el 19 de mayo de 2009, en los asuntos acumulados C-261/08 y C-348/08.

¹⁷ El tenor literal del artículo 6 *ter*, apartado 1, del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS) es el siguiente: «Cuando el documento de viaje de un nacional de un tercer país no lleve el sello de entrada, las autoridades nacionales competentes podrán presumir que el titular ha dejado de cumplir las condiciones relativas a la duración de la estancia aplicables en el Estado miembro de que se trate».

¹⁸ *Vid.*, artículo 1 del Reglamento 562/2006.

Así, la entrada de forma regular en el territorio de un Estado miembro implica el derecho a circular libremente por todo el territorio del espacio Schengen. Para ello, el mencionado texto regula las condiciones de entrada en este territorio de los nacionales de terceros países para una estancia que no exceda de tres meses dentro de un período de seis meses, a saber: estar en posesión de un documento de viaje válido; disponer de un visado válido cuando así sea exigible; estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y condiciones de la estancia y disponer de medios de subsistencia suficientes; no estar inscrito como no admisible en el sistema Schengen y, finalmente, no suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de los Estados miembros ni estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro¹⁹.

Del mismo modo, el Reglamento establece una presunción legal respecto al cumplimiento de la duración de la estancia en territorio Schengen por parte de los nacionales de terceros países. De esta suerte, las autoridades nacionales competentes podrán aplicar esta presunción legal y considerar que el nacional de un tercer país no reúne (o ha dejado de reunir) las condiciones de duración de la estancia aplicables en ese Estado miembro cuando su documento de viaje no lleve sello de entrada. No obstante, esta presunción podrá ser refutada por el nacional del tercer país aportando, para ello, pruebas fidedignas. De no ser así, el nacional del tercer estado país «...será expulsado por las autoridades competentes del territorio del Estado miembro de que se trate»²⁰.

Por último, el Reglamento se refiere a la denegación de entrada en el territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan los requisitos de entrada y estancia²¹.

2. La Ley Orgánica 4/2000

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable hay que referirse a la Ley de extranjería y al socaire del supuesto de hecho planteado se han de analizar dos aspectos esenciales de la mencionada norma. De una parte, aquellos hechos que, calificados como una infracción grave, pueden dar lugar a la expulsión del nacional de un tercer país del territorio español. En este sentido, la Ley de extranjería establece que tendrá la consideración de infracción grave «Encontrarse irregularmente en el territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener

¹⁹ *Ibidem*, en su artículo 5.

²⁰ *Ibidem*, en su artículo 11.

²¹ *Ibidem*, en su artículo 13.1 que dispone: «Se negará la entrada en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de terceros países que no cumplan todas las condiciones de entrada, tal como se definen en el artículo 5, apartado 1, siempre que no pertenezca a ninguna de las categorías de personas indicadas en el artículo 5, apartado 4. Esto no será un obstáculo para la aplicación de las disposiciones especiales relativas al derecho de asilo y a la protección internacional o a la expedición de visados de larga duración».

*caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente»²². A pesar de que la sanción prevista en la Ley para las infracciones tipificadas como graves es una multa²³, la propia norma dispone que cuando la conducta así tipificada sea realizada por un extranjero ésta podrá ser sustituida por su expulsión del territorio español²⁴, si bien en ningún caso podrán imponerse ambas sanciones de forma conjunta, es decir, la multa y la expulsión²⁵, como consecuencia de la naturaleza sancionadora de la expulsión y de la aplicación del principio *non bis in idem*²⁶.*

De otra, los supuestos contemplados en la norma española que permiten o justifican la expulsión del territorio español de un extranjero. Entre ellos, la Ley de extranjería prevé la salida obligatoria del territorio español de estos ciudadanos en los supuestos de «... *falta de autorización para encontrarse en España*»²⁷. Por lo tanto, la estancia de forma irregular en territorio español de un nacional de un tercer país podría conducir inexorablemente a su salida o expulsión del territorio español, si bien esta decisión dependerá, en última instancia, del órgano administrativo que adopte la resolución sancionadora. A mayor abundamiento, el Reglamento de la Ley de extranjería dispone que en las resoluciones administrativas que se dicten en los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España habrá de advertirse a los interesados «... *de la obligatoriedad de su salida del país...*»²⁸.

V. ALCANCE Y CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA

1. Condiciones para la expulsión de los nacionales de terceros países del territorio comunitario

Con carácter previo, conviene precisar que el artículo 62 CE nº 1 y 2, letra a), objeto de interpretación en la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, constituye la base jurídica en virtud de la cual las instituciones comunitarias –el Parlamento Europeo y el Consejo– adoptaron en su momento, mediante el Reglamento 562/2006, las medidas apropiadas para garantizar la libre circulación de personas –nacionales comunitarios o de terceros países– en la Unión Europea, la ausencia de controles en el cruce de fronteras interiores y la adopción de medidas para regular el cruce de fronteras exte-

²² Vid. artículo 53.1 a) de la Ley de extranjería.

²³ *Ibidem*, en su artículo 55.

²⁴ *Ibidem*, en su artículo 57.1, donde dispone: «... *podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo*».

²⁵ *Ibidem*, en su artículo 57.3.

²⁶ En relación a la consideración de la expulsión como una sanción, *Vid.*, las Sentencias del TS de 27 de diciembre de 2000, de 16 de octubre de 2001, de 2 de junio de 2003 y de 4 de mayo de 2004.

²⁷ *Vid.*, artículo 28.3 de la Ley de extranjería.

²⁸ *Vid.*, artículo 158.1 del Reglamento de la Ley de extranjería.

rios de los Estados miembros. En definitiva, no se trata de un precepto que imponga derechos a los nacionales de terceros países ni obligaciones a los Estados miembros.

Por su parte, las disposiciones del Reglamento 562/2006 tienen alcance general, son obligatorias en todos sus elementos y directamente aplicables en los Estados miembros, de conformidad con lo dispuesto en el TUE²⁹. Serán de aplicación tanto a los nacionales comunitarios cuanto a los nacionales de terceros países que se desplacen al territorio comunitario o que ya se encuentren en el mismo.

Como ya he señalado, el Reglamento regula los requisitos de entrada para los nacionales de terceros países cuando crucen la frontera exterior del espacio Schengen y para una estancia que no exceda de tres meses dentro de un período de seis meses. Igualmente, se refiere a la denegación de entrada en el territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan los requisitos de entrada y estancia.

Ahora bien, a pesar del interés del Tribunal español en obtener la interpretación de estos preceptos, del enunciado de los hechos se deduce que la situación tanto de la Sra. Zurita García cuanto del Sr. Choque Cabrera no era susceptible de ser incardinada en los supuestos regulados por los preceptos señalados anteriormente, ya que de los antecedentes examinados se desprende que en el momento de dictarse la orden de expulsión contra los dos nacionales bolivianos por estancia ilegal en territorio español éstos ya se encontraban dentro del espacio Schengen desde una fecha indeterminada.

Precisamente, los hechos planteados revelaban una situación diferente a la prevista en los mencionados artículos 5 y 13 del Reglamento 562/2006. Así pues, no se trataría de una denegación de entrada en el espacio Schengen sino que el expediente administrativo incoado que había concluido en la orden de expulsión de los mismos respondía a su estancia irregular en territorio español. Sin lugar a dudas, la entrada en el espacio Schengen de ambos nacionales bolivianos se había producido de forma regular pero, transcurrido el plazo máximo de tres meses sin haber obtenido la preceptiva prórroga de estancia, se había convertido en una estancia irregular.

Por lo tanto, se trataba de determinar si en una situación como la planteada –en la que dos nacionales de terceros países, es decir no comunitarios, habían dejado de cumplir los requisitos de estancia corta aplicables en el territorio de uno de los Estados miembros–, el Estado miembro en cuestión está obligado a dictar una resolución de expulsión contra esas personas.

Para ello, había que acudir a la interpretación del artículo 11 del Reglamento 562/2006 –que regula las condiciones de duración de la estancia en un Estado miembro– y de los artículos 6 *ter*, apartado 1, y 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS) por ser este aplicable *ratione temporis* al menos para uno de los supuestos acumulados, el de la Sra. Zurita

²⁹ *Vid.*, artículo 249 del TUE.

García, y teniendo en cuenta que el contenido de ambas disposiciones, la derogada del CAAS y la que se encuentra en vigor del Reglamento, son idénticas.

El artículo 11 del Reglamento 562/2006, igual que la redacción del artículo 6 *ter* del CAAS por él derogado, establece una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual las autoridades nacionales pueden presumir que si en el documento de viaje de un «... nacional de un tercer país no figura el sello de entrada se han incumplido las condiciones de duración de la estancia aplicables en ese Estado miembro».

Evidentemente esta presunción puede ser refutada por el nacional del tercer país mediante la aportación de cualquier evidencia documental que pruebe que ha respetado las condiciones relativas a la duración de la estancia para la que fue admitido en ese Estado miembro. Por ejemplo, mediante la aportación del billete de transporte utilizado para llegar al Estado miembro.

Por el contrario, en el supuesto de que esta presunción no fuese rebatida por el nacional del tercer país la consecuencia sería su expulsión por las autoridades competentes del Estado miembro en cuestión.

2. Problemas relacionados con la interpretación del artículo 23.3 del Convenio de aplicación Schengen

A su vez, el artículo 23.3 del Convenio Schengen dispone que «...el extranjero será expulsado del territorio del Estado de la Parte contratante donde haya sido aprehendido, en las condiciones establecidas en el Derecho nacional de dicha Parte contratante...».

Pues bien, dicho así, resulta incuestionable que los ciudadanos que hayan entrado en el territorio Schengen provistos del correspondiente visado podrán ser expulsados bajo las condiciones del Derecho nacional de la Parte que vaya a proceder a efectuar la mencionada expulsión. Esta circunstancia pone de relieve una posible distorsión en la aplicación uniforme del Derecho comunitario si se constatasen divergencias importantes entre las condiciones establecidas por las diferentes legislaciones nacionales: si, por ejemplo, las garantías de los derechos fundamentales que todo proceso de expulsión debe respetar no fuesen equivalentes en las diferentes legislaciones nacionales. De no ser así, podría darse la paradoja de que los flujos migratorios se dirigiesen a aquellos estados más proteccionistas en materia de tutela judicial de los extranjeros expulsados o donde la normativa resulta más benévola para los inmigrantes. Para evitar esta circunstancia el TJUE debería delimitar el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva que asiste a todo ciudadano extranjero que va a ser expulsado³⁰.

³⁰ Vid., BAQUERO CRUZ, J., «El auto Dem'Yanenko: Expulsión de ciudadanos de terceros estados y TJCE», Revista de Derecho Comunitario Europeo, N^o 19, Septiembre-Diciembre 2004, pp. 947-948, que se refiere a la «comunitarización» de los derechos fundamentales, incidiendo en la importancia que reviste la definición del ámbito de protección de los derechos fundamentales comunitarios y su relación con los derechos fundamentales con-

3. Obligación o facultad de expulsar por parte de las autoridades competentes

3.1. *Naturaleza jurídica del acto de expulsión*

La Ley de extranjería se refiere a la expulsión en su Título III, bajo la rúbrica «De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador». De acuerdo con este apartado, el acto de expulsión como consecuencia de la estancia ilegal en España previa entrada de forma correcta reviste un carácter sancionador, por lo que la expulsión del territorio nacional podría ser calificada como una medida de naturaleza sancionadora³¹.

En este sentido, procede distinguir entre la expulsión –aplicable a los extranjeros que han entrado legalmente en España pero que, posteriormente, por dejar de cumplir las condiciones exigidas se encuentran en situación ilegal– y la devolución –que implica la salida inmediata del país de aquellos extranjeros que hayan accedido al territorio español de manera ilegal–. En el primero de los supuestos, tras la tramitación del correspondiente procedimiento procedería la expulsión y en el segundo, sin necesidad de tramitar expediente sancionador alguno, la devolución.

Empero, y a pesar de lo señalado anteriormente, el TS ha manifestado en su reiterada jurisprudencia que el acto de expulsión no constituye una sanción propiamente dicha sino la adopción de una medida limitativa de derechos consecuencia de la estancia ilegal de un ciudadano extranjero en territorio español³².

En el mismo sentido, el TC concibe la expulsión no como una pena sino como una sanción administrativa o medida restrictiva de derechos, de los derechos de residencia y libre circulación reconocidos en nuestra Constitución³³.

3.2. *Motivación y proporcionalidad de la sanción de expulsión de extranjeros*

La expulsión de un extranjero del territorio nacional no puede ser considerada como una medida inconstitucional y desproporcionada; pues, como he señalado anteriormente, el ejercicio de los derechos de residencia y libre circulación que nuestra Constitución reconoce es extensivo a los extranjeros si bien se encuentra vinculado al cumplimiento de las leyes españolas. Y en

tenidos en las constituciones nacionales. En el mismo sentido, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., «*Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*», Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, 2ª edición, pp. 150-152.

³¹ Vid., TOLOSA TRIBIÑO, C., «Exigencia de motivación en materia de expulsión como medida alternativa a la sanción pecuniaria. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2005», *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, Nº 11, 2006, p. 165.

³² Vid., entre otras, las Sentencias del TS de 7 de abril de 1997 y de 18 de marzo de 2002. Respecto a la naturaleza jurídica del acto de expulsión, Vid., CUADRADO ZULOAGA, D. «La expulsión de extranjeros del territorio nacional», *Actualidad administrativa*, La Ley, Nº 14, julio 2008, pp. 2-3.

³³ Vid., las Sentencias del TC 203/1997 y 24/2000.

este sentido, la aplicación de la legislación de extranjería ha de hacerse de forma razonada para garantizar la protección y defensa de esos derechos fundamentales previstos en la Constitución³⁴.

Tanto la Ley de extranjería cuanto su Reglamento disponen que en los supuestos en los que las infracciones graves o muy graves hayan sido realizadas por extranjeros podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español y que *«para la graduación de las sanciones el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su transcendencia»*³⁵.

Pues bien, la interpretación de los requisitos de motivación y proporcionalidad de la sanción no han estado exentos de polémica debido, principalmente, a las diferentes líneas interpretativas marcadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia durante los últimos años³⁶. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del TS ha venido a clarificar y unificar esta interpretación, considerando que en el sistema normativo actual la sanción principal aplicable a un extranjero con motivo de su estancia irregular en España es la de multa, pues así se deduce del artículo 55.1 y de la propia literalidad del artículo 57.1 de la Ley de extranjería³⁷, mientras que la expulsión, como sanción más grave y secundaria, ha de ser objeto de una motivación específica, basada en el carácter reglado que reviste la potestad sancionadora de la Administración, y que vaya más allá de la simple permanencia ilegal del extranjero en territorio español. En estos casos, corresponde a la Administración especificar *«las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y... las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa»*³⁸.

Con arreglo a esta jurisprudencia procederá aplicar la sanción de expulsión en aquellos supuestos de especial gravedad donde se ponga de manifiesto la culpabilidad y el ánimo transgresor del extranjero, por ejemplo, por la ausencia de cualquier autorización y documentación que pudiese acreditar

³⁴ *Vid.*, Sentencia del TS de 11 de febrero de 2000.

³⁵ *Vid.*, artículo 55.3 de la Ley de extranjería.

³⁶ Un buen elenco de las Sentencias y diferentes opiniones mantenidas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia se pueden encontrar en TOLOSA TRIBIÑO, C., «Exigencia de motivación en materia de expulsión...», *loc. cit.*, pp. 166-170.

³⁷ El artículo 57.1 de la Ley de extranjería dispone: *«Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a, b, c, d y f del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, 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»*.

³⁸ *Vid.*, al respecto, las siguientes Sentencias del TS: 14 de octubre de 2005, 22 de diciembre de 2005, 27 de enero de 2006, 10 de febrero de 2006, 29 de septiembre de 2006, 28 de septiembre de 2007, 23 de noviembre de 2007, 20 de diciembre de 2007, 9 de enero de 2008, 24 de junio de 2008 y 28 de noviembre de 2008, entre otras.

su situación legal en España y, en definitiva, por el incumplimiento voluntario de las obligaciones legales que le impone la legislación de extranjería³⁹.

Sin embargo, un sector de la doctrina considera que la sanción de expulsión viene justificada por el hecho de que la permanencia ilegal en territorio español constituye una infracción administrativa continuada y, siendo así, la acción ilícita no cesa con la imposición de una multa sino con la regularización de su situación o con su salida del territorio nacional⁴⁰.

Junto a la aplicación del principio de proporcionalidad también se exige la motivación de la resolución sancionadora adoptada consistente en indicar las razones en las que se basa la imposición de la sanción de expulsión como sanción más grave. Se impone, por tanto, un deber de motivación de forma expresa, no siendo suficiente que la administración pueda elegir entre multa o expulsión. Al contrario, cuando no concurren otras circunstancias la Administración estará obligada a la imposición de la sanción principal, es decir, la pecuniaria.

Ahora bien, no es preciso que esta motivación conste en la resolución administrativa, pues bastará con que puedan apreciarse del expediente administrativo incoado los datos negativos sobre la conducta del interesado que puedan justificar la expulsión del mismo del territorio nacional⁴¹ ya que, de lo contrario, «*resultaría en exceso formalista despreciar esta motivación por el hecho de que no conste en la resolución misma, siempre que conste en el expediente administrativo*», tal y como ha señalado el TS⁴².

En la misma línea a la expuesta por el TS, existe una doctrina ya consolidada del TC afirmando que «... *la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave (art. 53.a de la Ley Orgánica 4/2000) y, por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma Ley...*». De este modo, el TC considera que la ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos y unos criterios de aplicación, como los previstos en los artículos 50 y 55.3 de la Ley Orgánica

³⁹ Vid., CUADRADO ZULOAGA, D. «La expulsión de extranjeros...», *loc. cit.*, pp. 8-9.

⁴⁰ Vid., por todos, HURADO MARTÍNEZ, J. A., «La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores», *Actualidad administrativa*, La Ley, nº 9, Mayo-Agosto 2008, p. 8; TORRUBIA DAVID, F. J., «La extranjería desde el punto de vista de la administración periférica del Estado: autorizaciones y sanciones administrativas en materia de extranjería», en *Extranjería*, Manuales de Formación Continua, Nº 10, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 199 y ss.

⁴¹ Vid. las Sentencias del TS de 22 de diciembre de 2005 y 28 de septiembre de 2007. Cf. TOLOSA TRIBIÑO, C., «Exigencia de motivación en materia de expulsión...», *loc. cit.*, p. 172, quien considera que si bien la resolución del TS, de 22 de diciembre de 2005, resulta eficaz y jurídicamente práctica no cumple, sin embargo, con la finalidad de dar a conocer al administrado el fundamento del acto que le interesa necesario para su posterior defensa y el ejercicio del derecho fundamental a la tutela efectiva.

⁴² Vid., las Sentencias del TS de 28 de septiembre de 2007, 23 de noviembre de 2007, de 24 de junio de 2008 y de 28 de noviembre de 2008.

4/2000, que la Administración habrá de tomar en consideración para determinar la imposición de la sanción de expulsión, concretando así el principio de proporcionalidad⁴³.

Pues bien, las garantías procesales reconocidas en la Constitución son igualmente aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, garantías que incluyen el deber de motivación, por lo que, como bien señala el TC, el «*deber de motivación en el ámbito sancionador incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica sino también la sanción a imponer, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad*»⁴⁴.

Por lo que respecta al alcance del deber de motivación, recuerda el TC que incluirá tanto la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica cuanto la sanción a imponer. De este modo, la Administración viene obligada a «*hacer expresas las razones por las que, valorando los criterios establecidos legalmente para la graduación de las sanciones, se opta en el caso concreto por la sustitución de la sanción de multa por la de expulsión*»⁴⁵.

3.3. *A propósito de la discordancia entre las distintas versiones lingüísticas del Reglamento 562/2006*

En este punto resulta muy interesante observar que la redacción del artículo 11, apartado 3, del Reglamento 562/2006, que se refiere a la expulsión del ciudadano de un tercer país que no cumpla las condiciones de la duración de su estancia en el territorio de un Estado miembro, no coincide en todas sus versiones lingüísticas. Por el contrario, existe una discordancia entre la versión española y el resto de versiones. La versión española del mencionado Reglamento dispone que cuando el nacional del tercer país no pueda refutar la presunción *iuris tantum* a la que antes me he referido:

«... *el nacional del tercer país será expulsado por las autoridades competentes del territorio del Estado miembro de que se trate*»⁴⁶.

En todas las demás versiones lingüísticas del Reglamento se autoriza a las autoridades nacionales para que puedan expulsar al nacional de un tercer

⁴³ Vid., por todas, las STC 260/2007, FJ 4º, y 212/2009, FJ 4º. Cfr. RAMOS QUINTANA, M. I., «Extranjeros en situación irregular en España: derechos atribuidos, limitaciones a la libertad y medidas de carácter sancionador: la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional», Revista de Derecho migratorio y extranjería, Nº 19, 2008, p. 78, que cuestiona los presupuestos subjetivos que el TC entiende establecidos en la ley, así como los criterios para aplicar los mismos, concluyendo que «*el sistema deja abierta una puerta a actuaciones administrativas de dudosa adecuación a los principios constitucionales y se apoya en un deficitario control jurisdiccional de tales actuaciones*».

⁴⁴ Vid., las STC 17/2009, FJ 2º, 140/2009, FJ 3º y 212/2009, FJ 4º.

⁴⁵ STC 140/2009, FJ 5º.

⁴⁶ Vid., artículo 11.3 del Reglamento 562/2006, en su versión española.

país⁴⁷. Consecuentemente, las autoridades nacionales están facultadas, aunque no obligadas, a expulsar. La versión española de esta norma comunitaria es la única que establece taxativamente que dicho nacional «será expulsado», es decir impone como obligación la expulsión, no dejando margen de actuación a las autoridades competentes. Resulta evidente, por tanto, la discordancia entre la versión española y el resto de versiones lingüísticas de un mismo texto jurídico.

Pues bien, considerando:

- a) Que si bien existe una «versión original» del Reglamento 562/2006, todos los textos redactados en cada una de las lenguas oficiales de la UE se convierten automáticamente en distintas versiones lingüísticas y no en diferentes traducciones de un solo texto original, por lo que la lengua en la que fue redactado el texto inicialmente tiene el mismo valor jurídico que el resto de versiones redactadas en los idiomas oficiales⁴⁸;
- b) Que la versión española del apartado 3 del artículo 11 del Reglamento 562/2006 es la única discordante respecto al resto de versiones lingüísticas, por lo que no cabe mantener que el espíritu de la ley sea la obligación de expulsar al nacional del tercer país por parte de las autoridades nacionales del Estado miembro implicado;
- c) Que de conformidad con reiterada jurisprudencia del TJUE, cuando se constata una discordancia entre la versión de una norma en una lengua oficial y la versión del resto de lenguas oficiales, con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, ha de evitarse la aplicación de una interpretación literal de la norma⁴⁹ y optar por una interpretación que combine tanto el método sistemático cuanto el teleológico, garantizando, así, una interpretación uniforme «... en función de la sistemática general y de la finalidad de la norma de la que forma parte»⁵⁰.

⁴⁷ En la versión francesa del mencionado Reglamento la redacción del mismo artículo es la siguiente: «...les autorités compétentes peuvent expulser le ressortissant du pays tiers du territoire de l'État membre concerné». Lo mismo sucede con el resto de versiones lingüísticas del Reglamento. Así la versión inglesa indica «... the third-country national may be expelled by the competent authorities from the territory of the Member States concerned», mientras que la italiana dispone «... le autorità competente possono espellere il cittadino di paese terzo dal territorio degli Stati membri in questione».

⁴⁸ Vid., al respecto, GÓMEZ GONZÁLEZ-JAÉN, A. «La equivalencia como cuestión central de la traducción en las instituciones de la Unión Europea», en http://www.esletra.org/Almagro/html/gomez_gonzalez_doc_es.htm y MUÑOZ MARTÍN, F. J. y VALDIVIESO BLANCO, M. «Autoridad y cambio lingüístico en la traducción institucional», en http://www.um.es/tonosdigital/znum13/secciones/tritonos_c_mu%flvaldivieso.htm

⁴⁹ Vid., la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 1989, *Morten Henriksen*, 173/88, Rec. 1989, p. 2763, apartado 11.

⁵⁰ Vid., la Sentencia del TJUE de fecha 7 de diciembre de 1995, *Rockfon A/S*, C-449/93, Rec. 1995, p. I-4291, apartado 28, que cita, a su vez, la Sentencia de 27 de octubre de 1997, *Bouchereau*, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 14. En relación a la interpretación y las versiones lingüísticas en la jurisprudencia del TJUE Vid., ORDOÑEZ SOLIS, D. «Cuestiones lingüísticas y normativas del Derecho comunitario europeo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 4, 1998, pp. 593-618.

Así la jurisprudencia del TJUE ha manifestado en reiteradas ocasiones que «...la necesidad de una aplicación y, por ende, de una interpretación uniforme excluye que dicho texto sea considerado de manera aislada en una de sus versiones, exigiendo, por el contrario, que sea interpretado en función tanto de la voluntad real de su autor como del objetivo perseguido por este último, a la luz, en particular, de las versiones adoptadas en todas las lenguas»⁵¹.

d) Que la redacción del artículo 6 *ter*, apartado 1, del CAAS (sustituido por el artículo 11 del Reglamento 562/2006) en su versión española coincide con el resto de versiones lingüísticas, no imponiendo la obligatoriedad de expulsar al nacional del tercer país sino, por el contrario, estableciendo el carácter facultativo de la expulsión por parte de los Estados⁵²; y

e) Que la Ley de extranjería, norma española aplicable en la materia que ha de estar en concordancia con (o armonizada por) el Derecho comunitario, en virtud de la aplicación de los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario⁵³, dispone la imposición de una multa para aquellos supuestos en los que un ciudadano extranjero realice conductas de las tipificadas como muy graves o graves, y su posible sustitución por la expulsión del territorio español atendiendo al principio de proporcionalidad⁵⁴.

Habremos de concluir que, en aras a facilitar la aplicación uniforme del Derecho comunitario y el principio de igualdad, en virtud del cual todas las versiones de un mismo texto se consideran equivalentes, no puede mantenerse la versión lingüística española como única base para interpretar la mencionada disposición ni concederle un carácter prioritario frente al resto de versiones pues, tal y como manifiesta la reiterada jurisprudencia del TJUE, aplicar este criterio sería «... incompatible con la exigencia de uniformidad en la aplicación del Derecho comunitario»⁵⁵.

⁵¹ Vid., la Sentencia del TJUE, de fecha 27 de enero de 2005, *Junk*, C-188/03, Rec. 2005, p. I-885, apartado 33. En el mismo sentido, las Sentencias del TJUE de 12 de noviembre de 1969, *Stauder*, 29/69, Rec. 1969, p. 419, apartado 3; de 7 de julio de 1988, *Moksel*, 55/87, Rec. 1988, p. 3845, apartado 15, y de 20 de noviembre de 2001, *Jany y otros*, C-268/99, Rec. 2001, p. I-8615, apartado 47.

⁵² El artículo 6 *ter* apartado 3, del CAAS dispone: «De no ser refutada la presunción mencionada en el apartado 1, las autoridades competentes podrán expulsar al nacional del tercer Estado del territorio de los Estados miembros afectados».

⁵³ Vid., la Sentencia del TJUE de fecha 15 de julio de 1964, *Costa/E.N.E.L.*, 6/64, Rec. 1964, p. 1141, en relación a la primacía del Derecho comunitario, y la Sentencia de fecha 5 de febrero de 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, Rec. 1963, p. 3, respecto al efecto directo del Derecho comunitario.

⁵⁴ El artículo 57.1 de la Ley de extranjería dispone: «Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a, b, c, d y f del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, 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». Idéntica redacción mantiene el artículo 57.1 de la Ley Orgánica 2/2009 que modifica la Ley Orgánica 4/2000.

⁵⁵ Vid. La Sentencia del TJUE de fecha 9 de octubre de 2008, *Sabatauskas*, C-239/07, Rec. 2008, p. I-7523, apartado, 38. En el mismo sentido, la Sentencias del TJUE de 12 de

En mi opinión, todos estos indicios resultan manifiestamente suficientes para demostrar que la voluntad real del legislador al adoptar el Reglamento 562/2006 no era imponer a los Estados miembros la obligación de expulsar a los nacionales de terceros países que no fuesen capaces de refutar la presunción legal relativa al incumplimiento de los requisitos de estancia. Al contrario, permiten deducir claramente que la voluntad del legislador fue dejar a los Estados miembros la facultad para poder expulsar en esos supuestos a los nacionales de terceros países. Se podría aplicar en este supuesto el aforismo *«in claris non fit interpretatio»*.

Considerando pues el análisis de las normas de derecho comunitario efectuado cabe concluir que la legislación comunitaria «no obliga» a expulsar a los inmigrantes que se encuentren en territorio español en situación irregular. Criterio este que coincide con lo dispuesto en la norma nacional de aplicación, la Ley de extranjería.

4. La expulsión de nacionales de terceros países y el derecho de asilo o la protección internacional

Finalmente, procede analizar si del artículo 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS) puede deducirse que los Estados miembros están obligados a expulsar a los nacionales de terceros países que no cumplan o hayan dejado de cumplir los requisitos de estancia, o si la «obligación» de expulsar a un nacional de un tercer país del territorio comunitario viene condicionada únicamente por el hecho de que exista algún motivo para concederle el derecho de asilo o una protección internacional.

Si bien el CAAS dispone que, cuando el nacional de un tercer país no cumpla las obligaciones de corta estancia aplicables estará obligado a abandonar el territorio de las partes contratantes⁵⁶, esta imposición ha de interpretarse de manera laxa, por cuanto el mismo artículo establece una serie de excepciones que justifican esta interpretación. De este modo, prevé bien la posibilidad de que esa persona se dirija sin demora al territorio de otra Parte contratante si dispone de un permiso residencia o de una autorización de residencia provisional en vigor expedidos por esa Parte contratante, bien la posibilidad de que el extranjero abandone voluntariamente el territorio comunitario. Todo ello, sin perjuicio de que puedan ser de aplicación las disposiciones nacionales en materia de derecho de asilo o protección internacional, en cuyo caso estas disposiciones no permitirían la expulsión del extranjero del territorio de ese Estado miembro.

De esta manera, no cabe afirmar que exista una obligación de expulsión

noviembre de 1998, *Institute of the Motor Industry*, C-149/97, Rec. 1998, p. I-7053, apartado 16, y de 3 de abril de 2008, *Endendijk*, C-187/07, Rec. 2008, p. I-2115, apartado 23.

⁵⁶ El tenor del artículo 23.1 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS) es el siguiente: *«El extranjero que no cumpla o que haya dejado de cumplir las condiciones de corta estancia aplicables en el territorio de una de las Partes contratantes deberá, en principio, abandonar sin demora el territorio de las Partes contratantes»*.

del nacional de un tercer país, excepto cuando se hayan agotado todas las excepciones contenidas en el mencionado artículo 23 del CAAS. La aplicación de estas excepciones hacen que prime la salida voluntaria del nacional de un tercer país en situación irregular frente a la obligación de expulsarlo. *A sensu contrario*, la expulsión se convierte en una excepción y no en la regla general. Asimismo, hay que considerar que esta disposición del CAAS establece una serie de principios básicos que han de ser desarrollados por el derecho nacional, por lo que los Estados miembros pueden, y así lo hacen, establecer excepciones a la expulsión de estos nacionales.

Por todo lo expuesto, el TJUE en su respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional español consideraba que las disposiciones comunitarias estudiadas –tanto del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen (CAAS) cuanto del Reglamento 562/2006– deben interpretarse de forma que «... cuando un nacional de un tercer país se encuentra en situación irregular en el territorio de un Estado miembro porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicable en él, dicho Estado miembro no está obligado a adoptar contra él una resolución de expulsión».

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Del estudio de la Sentencia del TJUE que ha sido objeto de análisis en el presente trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) La expulsión del nacional de un tercer país del territorio de un Estado miembro con motivo de su estancia irregular en el mismo ha de venir impuesta por las autoridades nacionales del Estado miembro de referencia siempre que el afectado no haya podido refutar la presunción de no reunir las condiciones de duración de la estancia aplicables en el Estado miembro en cuestión.

De este modo, a la luz de la interpretación del Derecho comunitario hecha por el TJUE, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia se encuentra en disposición de aplicar la legislación española, la Ley de extranjería, que permite al órgano administrativo la facultad de expulsar al nacional de un tercer país cuando se encuentre en situación irregular en territorio español o, apreciando las circunstancias del supuesto de hecho, sustituir esta medida por la imposición de una multa en virtud de la aplicación del principio de proporcionalidad previsto en la propia ley.

b) Por consiguiente, no puede establecerse una relación directa causa-efecto entre la estancia irregular del nacional de un tercer estado y su expulsión del territorio comunitario, pues las autoridades de los Estados miembros no tienen la obligación de expulsar de su territorio a los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular. Por el contrario la sanción de expulsión de su territorio ha de considerarse como una facultad que les concede el Derecho comunitario y que las autoridades nacionales

podrán ejercer tomando en consideración las circunstancias agravantes que concurran en cada caso.

En este sentido, de conformidad con la doctrina del TS y del TC, en supuestos como los que han sido objeto de análisis, lo procedente será la imposición de una multa con arreglo al principio de proporcionalidad, pues no se trata de sanciones alternativas –la multa y la expulsión– sobre cuya imposición pueda decidir la Administración sino que la multa tiene carácter preferente sobre la expulsión, pues así se deduce de la propia literalidad del artículo 57.1 de la Ley de extranjería⁵⁷.

Además, la imposición de la sanción de expulsión, como sanción más grave, ha de ser objeto de una motivación específica basada en el carácter reglado que reviste la potestad sancionadora de la Administración, la cual tendrá que especificar las razones de proporcionalidad que justifiquen la mencionada sanción.

Consecuentemente, la expulsión como sanción (alternativa) a la multa procederá únicamente en aquellos casos en los que concurran circunstancias agravantes en las personas que han cometido una infracción grave. Teniendo en cuenta las condiciones exigidas a los nacionales de terceros países para entrar y disfrutar de una estancia que no exceda de tres meses en el territorio de un Estado miembro, entre los elementos negativos que pueden ser tomados en consideración como agravantes para justificar su posible expulsión podemos citar la ausencia de documentación que facilite la identificación del interesado⁵⁸, la existencia de antecedentes policiales⁵⁹, la existencia de diligencias penales⁶⁰, la utilización de un documento a nombre de un tercero⁶¹, la existencia de una orden de salida incumplida⁶², o la existencia de una prohibición de entrada en territorio Schengen⁶³.

c) Que la normativa española de aplicación, la Ley de extranjería, es totalmente conforme al Derecho comunitario al permitir a las autoridades españolas imponer una multa al nacional de un tercer país que realice conductas tipificadas como muy graves como, por ejemplo, encontrarse en situación

⁵⁷ Vid. Las Sentencias del TS de 27 de diciembre de 2000, de 16 de octubre de 2001, de 2 de junio de 2003 y de 4 de mayo de 2004. Sobre la doctrina del TS en relación a la preferencia de la multa sobre la expulsión, Cfr. LORENZO JIMÉNEZ, J. V. «La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», Revista de Derecho migratorio y extranjería», nº 20, 2009, pp. 201-230, quien considera que la multa no tiene un carácter preferente respecto a la expulsión por la existencia de una relación de especialidad de la expulsión frente al carácter general de la multa.

⁵⁸ Vid., Sentencias del TS de 23 de octubre de 2007, 26 de diciembre de 2007 y 31 de enero de 2008.

⁵⁹ Vid., Sentencias del TS de 22 de diciembre de 2005 y 19 de mayo de 2006.

⁶⁰ Vid., Sentencia del TS de 19 de diciembre de 2006.

⁶¹ Vid., Sentencias del TS de 31 de enero de 2006 y 25 de octubre de 2007.

⁶² Vid., Sentencias del TS de 22 de febrero de 2007 y 25 de octubre 2007.

⁶³ Vid., Sentencia del TS de 4 de octubre de 2007.

irregular en España, pudiendo sustituir esa sanción por una más grave cual es la expulsión atendiendo al principio de proporcionalidad.

Ahora bien, la imposición de la sanción de multa no regulariza la situación del nacional del tercer país que se encuentre en situación irregular, por lo que en la notificación de la resolución administrativa en la que se le impone la multa se advertirá al interesado que debe abandonar (voluntariamente) el territorio español en un plazo de 15 días. De no ser así, se procederá al inicio de un procedimiento de expulsión que ponga fin a la infracción. La normativa española distingue, por tanto, entre abandono voluntario y expulsión del territorio nacional. De esta manera, aplicando la sanción de multa se permite la salida voluntaria del territorio español de los nacionales de un tercer país que se encuentren en situación irregular, antes de aplicar la sanción de expulsión que conllevaría la salida obligatoria del territorio español.