

ANUARIO ESPAÑOL
DE DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

TOMO V

Iprolex
2005



CARÁCTER SUBSANABLE O INSUBSANABLE DE LOS REQUISITOS QUE RIGEN EL PODER EMITIDO EN EL EXTRANJERO	
2005/139.- Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª, Auto de 22 de febrero de 2005.	821
EXCLUSIÓN DEL ART. 24 DEL CONVENIO DE BRUSELAS DEL EXAMEN DE UN TESTIGO ANTES DE FORMULAR UNA DEMANDA SOBRE EL FONDO COMO MEDIDA PROVISIONAL O CAUTELAR	
2005/140.- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 1ª, Sentencia de 28 de abril de 2005. .	822
Observaciones de Aurora Hernández Rodríguez.	823
 DONACIONES	
LEY APLICABLE A LAS DONACIONES	
2005/141.- Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4ª, de 26 de abril de 2005.	826
 EXTRANJERÍA	
ESTABLECIMIENTO DESTINADO A CONFERIR AL CÓNYUGE UN DERECHO DE ENTRADA Y DE RESIDENCIA EN OTRO ESTADO MIEMBRO EN VIRTUD DEL DERECHO COMUNITARIO	
2005/142.- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia de 23 de septiembre de 2003.	827
INEXISTENCIA DE CONTRADICCIÓN ENTRE EL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA Y LOS TRATADOS DE DOBLE NACIONALIDAD	
2005/143.- Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 17 de noviembre de 2004.	829
Observaciones de Lydia Esteve González.	830
OBLIGACIÓN DE LOS NACIONALES DE UN ESTADO MIEMBRO QUE RESIDAN EN OTRO ESTADO MIEMBRO EN CALIDAD DE DESTINATARIOS DE SERVICIOS DE APORTAR LAS PRUEBAS QUE ACREDITEN LA REGULARIDAD DE SU ESTANCIA	
2005/144.- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 1ª, Sentencia de 17 de febrero de 2005.	833
Observaciones de Raúl Lafuente Sánchez.	834
LA LITERALIDAD DEL ART. 13.1º CE NO INCLUYE EL DERECHO A ENTRAR EN ESPAÑA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS	
2005/145.- Tribunal Constitucional, Sala 1ª, Sentencia 72/2005, de 4 de abril.	838
Observaciones de Lydia Esteve González.	841
INCUMPLIMIENTO DE ESPAÑA POR LA DEMORA EN LA EXPEDICIÓN DE PERMISOS DE RESIDENCIA A LOS NACIONALES DE UN PAÍS TERCERO, QUE SEAN MIEMBROS DE LA FAMILIA DE UN NACIONAL COMUNITARIO	
2005/146.- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala 2ª; Sentencia de 14 de abril de 2005. .	844
Observaciones de Lydia Esteve González.	845
 FAMILIA	
ÁMBITO DE LA NULIDAD EN LOS MATRIMONIOS CONTRAÍDOS ENTRE ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS POR INEXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO	
Notas de Carmen Azcárraga Monzonis y de Nerea Magallón Elósegui.	850
2005/147.- Audiencia Provincial de León, Sección 3ª, Sentencia de 19 de junio de 2002.	856

Convenios con Chile y Perú y también en similares términos en el Convenio con Uruguay". La interpretación de los TSJ ha sido dispar: en unos casos se ha interpretado que la concesión de la autorización para trabajar es obligatoria para la administración, mientras que en otros casos se afirma que no existe un derecho de estos nacionales a obtener un permiso de trabajo o de residencia (*vid.* M. Moya Escudero, *cit.* p. 82 y 83). El TS, con esta Sentencia objeto de comentario, que niega la existencia de contradicción entre el anterior Reglamento y los convenios bilaterales de doble nacionalidad, se inclina por una interpretación tendente a la necesidad de concesión de la autorización para trabajar en los términos establecidos en la legislación de extranjería, sin resolver, por escapar del objeto del recurso, la cuestión sobre el trato beneficioso por parte de la Administración en cuanto a la concesión de las autorizaciones de trabajo para los nacionales de los países con los que existen suscritos convenios internacionales de doble nacionalidad. Aunque sobre tal cuestión ya ha tenido ocasión de pronunciarse el TS a favor, por ejemplo, de los nacionales chilenos o peruanos, para los que no es necesario valorar la "situación nacional de empleo", en aplicación de lo establecido en tales Convenios de doble nacionalidad (*vid.* SSTS 4 de marzo 1991, RJ2099, y de 13 de febrero 1996, RJ 1118).

5. Con todo, el TS, al rechazar el recurso, informa de la posibilidad de que, dependiendo del caso concreto, un ciudadano procedente de los países iberoamericanos mencionados en el recurso pueda recurrir una determinada decisión administrativa, alegando los preceptos contenidos en la Ley de extranjería y en atención a su condición y a lo que puedan establecer los aludidos Tratados de doble nacionalidad. Cuestión que el TS reconoce no poder enjuiciar por falta de objeto, al resolver un recurso directo contra el Reglamento de extranjería que desarrolla la LO sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Así mismo, el TS entiende que el contenido del mencionado RD 864 "no puede tacharse de inconstitucional, ya que el artículo tercero de esta Ley contiene una cláusula de salvaguardia en virtud de la cual: 1. Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE en sus Leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta LO. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros se interpretarán de conformidad con la DUDH y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas". Por lo tanto, el TS "desaconseja plantear las cuestiones de inconstitucionalidad" y desestima el recurso de nulidad contra el RD 864 y contra los actos presuntos y expresos de la Delegación de Gobierno de Madrid, "puesto que el fundamento o causa de tales impugnaciones en sede jurisdiccional está en el incorrecto planteamiento que se sostiene en la demanda respecto de la ilegalidad del Reglamento de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, y acerca de la inconstitucionalidad de esta Ley en atención a los motivos esgrimidos por la representación procesal del partido demandante".

En conclusión, el trato preferencial, existente para los nacionales de los países con los que España tienen suscritos acuerdos de doble nacionalidad, debe de ser respetado, y podrán recurrirse los actos particulares de la Administración y las decisiones que contradigan el tenor de dichos instrumentos convencionales en vigor, dado que la Administración carece de discrecionalidad en la concesión de las autorizaciones, en virtud del derecho reconocido en los Convenios internacionales. Pero ello no significa que la legislación de extranjería sea contraria a los Tratados bilaterales de doble nacionalidad o a los de Paz y Amistad mencionados, por lo que el recurso incorrectamente planteado en el que se pide, entre otros, la anulación del anterior Reglamento de extranjería, no podía más que ser rechazado. Lydia Esteve González.

OBLIGACIÓN DE LOS NACIONALES DE UN ESTADO DE APORTAR LAS PRUEBAS QUE ACREDITEN LA REGULARIDAD DE SU ESTANCIA

2005/144.- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sala Iª, Sentencia de 17 de febrero de 2005. Asunto C-215/03. Ponente: Sr. J.N. Cunha Rodrigues.

Libre circulación de personas.- Derecho de entrada y de estancia de los nacionales de los Estados miembros.- Obligación de presentar un documento de identidad o un pasaporte.- Condición

previa al reconocimiento del derecho de estancia.- Sanción.- Imposición de una medida de internamiento con fines de expulsión.

Normas aplicadas: Art. 49 TCE; art. 4, ap. 2 Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios.

El art. 4, ap. 2, párrafo tercero, de la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios, debe interpretarse en el sentido de que el reconocimiento por un Estado miembro del derecho de estancia de un destinatario de servicios nacional de otro Estado miembro no puede estar supeditado a la presentación por dicho nacional de un documento de identidad o un pasaporte válido, si su identidad y su nacionalidad pueden probarse inequívocamente por otros medios.

El art. 49 TCE se opone a que los nacionales de los Estados miembros estén obligados en otro Estado miembro a presentar un documento de identidad o un pasaporte válido para acreditar su nacionalidad, si dicho Estado miembro no impone a sus propios nacionales una obligación general de identificación, permitiéndoles probar su identidad por cualquier medio admitido en el Derecho nacional.

La adopción de una medida de internamiento con fines de expulsión de un nacional de otro Estado miembro, motivada por la no presentación de un documento de identidad o un pasaporte válido, aun cuando no exista una amenaza para el orden público, constituye un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios y, por lo tanto, vulnera el art. 49 TCE.

Corresponde a los nacionales de un Estado miembro que residan en otro Estado miembro en calidad de destinatarios de servicios aportar las pruebas que acrediten la regularidad de su estancia. A falta de tales pruebas, el Estado miembro de acogida puede adoptar una medida de expulsión respetando los límites impuestos por el Derecho comunitario.

Observaciones: 1. La Sentencia objeto de estudio tiene como antecedente la petición de una decisión prejudicial planteada ante el TJCE por el *Rechtbank te 's-Gravenhage* (Países Bajos) en fecha 12 de mayo de 2003, en el asunto entre Salah Oulane y el Minister loor Vreemdelingenzaken en Integratie, en relación a la interpretación del art. 4, ap. 2 Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios (DO L 172 de 28.06.1973). Los hechos que dieron lugar a la misma pueden esquematizarse del siguiente modo: El Sr. Oulane, de nacionalidad francesa, fue detenido en los Países Bajos por las fuerzas del orden el día 2 de diciembre de 2001, siendo liberado al día siguiente al no haberse incoado procedimiento alguno contra él. Sin embargo, ese mismo día, el 3 de diciembre de 2001, en un control de extranjeros vuelve a ser detenido por las autoridades neerlandesas siendo retenido y objeto de una medida de internamiento para su posterior expulsión al no haber podido acreditar su identidad en el momento de su detención. Todo este proceso se desarrolló en el marco de aplicación de la *Vreemdelingenwet* (Ley de Extranjería) de 2000. El Sr. Oulane informó a las autoridades neerlandesas acerca de su nacionalidad francesa, de su fecha de nacimiento y de su estancia en los Países Bajos por vacaciones. Sin embargo, en ese momento, no pudo mostrar documento alguno que acreditase su identidad. Contra la medida de internamiento con fines de expulsión expedida por las autoridades neerlandesas, el Sr. Oulane, interpuso un recurso ante el *Rechtbank te 's-Gravenhage*, solicitando el levantamiento de esta medida y el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios. Además, el día 7 de diciembre de 2001, -cuatro días después de su detención e internamiento- el Sr. Oulane presentó ante las autoridades neerlandesas un documento de identidad francés que acreditaba su identidad. Tres días después de presentada esta documentación, es decir el 10 de diciembre de 2001, las autoridades neerlandesas levantaban la medida de internamiento y expulsión contra el Sr. Oulane. Unos meses después, el 27 de julio de 2002, el Sr. Oulane volvió a ser detenido por las autoridades neerlandesas. En esta ocasión por la policía ferroviaria al haber sido encontrado en un túnel destinado al paso de mercancías, no accesible al público, en la estación de Róterdam Central. En esta ocasión, el Sr. Oulane fue puesto en libertad al no iniciarse diligencias penales contra él pero, inmediatamente después, volvió a ser detenido, retenido y objeto de

una medida de internamiento con vistas a su expulsión en el marco de aplicación de la *Vreemdelingenwet* de 2000. En esta ocasión, el Sr. Oulane volvió a declarar ante las autoridades neerlandesas que no poseía documento alguno que acreditase su identidad pero que las autoridades ya disponían de copia de su documento de identidad. Además, manifestó que llevaba 18 días en los Países Bajos y que su intención era regresar a Francia. De nuevo, el Sr. Oulane interpuso, en fecha 29 de julio de 2002, un recurso ante el *Rechtbank te 's-Gravenhage*, solicitando el levantamiento de la medida de internamiento con fines de expulsión y el reconocimiento de una indemnización por daños y perjuicios. Las autoridades neerlandesas levantaron la medida de internamiento pero, contrariamente a lo que había sucedido en la detención anterior, procedieron a su expulsión a Francia el 2 de agosto de 2002. Ante la impugnación de las medidas de internamiento con fines de expulsión y el reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios planteadas por el Sr. Oulane ante el *Rechtbank te 's-Gravenhage*, este órgano jurisdiccional consideró que la solución del litigio requería la interpretación del Derecho comunitario, por lo que procedió a suspender el procedimiento y plantear ante el TJCE once cuestiones prejudiciales. Todas ellas estaban directamente relacionadas con el problema que plantea la aplicación de la *Vreemdelingenwet* de 2000 en aquellos supuestos en los que debe ser aplicada a personas que dicen ser nacionales comunitarios pero que, sin embargo, no pueden acreditar este extremo mediante la presentación con carácter inmediato de un documento de identidad o pasaporte válidos. Por razón de la materia, y al objeto de dar respuesta a las mismas, el TJCE agrupó las once cuestiones en cuatro grupos de preguntas:

2. En primer lugar, el órgano jurisdiccional neerlandés planteaba “si el art. 4, ap. 2, párrafo tercero, de la Directiva 73/148 debe interpretarse en el sentido de que el reconocimiento por un Estado miembro del derecho de estancia de un destinatario de servicios nacional de otro Estado miembro está supeditado a la prestación, por parte de dicho nacional, de un documento de identidad o pasaporte”. Con el fin de dar respuesta a esta cuestión, resulta evidente que el TJCE debía tomar como referencia el sistema arbitrado tanto por el Tratado cuanto por el derecho derivado y la jurisprudencia en materia de libre circulación de personas. En este sentido, no podemos olvidar que este principio se encuentra reconocido en el Título III, arts. 39 ss TCE bajo la rúbrica: “Libre circulación de personas, Servicios y Capitales”, y constituye una de las libertades que forman parte de los principios básicos del Tratado. En el derecho derivado, por su parte, debemos mencionar que la Directiva 73/148, en su art. 4, ap. 2, establece las condiciones aplicables a las estancias en otros Estados miembros para los prestadores y destinatarios de servicios. Así según se trate de estancias inferiores o superiores a tres meses, los requisitos exigidos varían, siendo exigible en el primer supuesto la tarjeta de identidad o pasaporte que permitió la entrada en el Estado de acogida mientras que en el segundo supuesto será preciso que se expida un permiso de residencia por el Estado de acogida. A mayor abundamiento, conviene precisar que la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOCE L 229 29.06.2004), por la que se deroga, con efectos a partir del 30 de abril de 2006, la Directiva 73/148, viene a confirmar las condiciones establecidas en esta última en relación al derecho de estancia de los nacionales comunitarios en otro Estado miembro y a los requisitos administrativos para el ejercicio de este derecho. No obstante, este principio tiene algunas limitaciones. Así, los Estados miembros podrán exigir a los nacionales de otros Estados miembros que acrediten su identidad y nacionalidad al objeto de expedirles un permiso de residencia en su territorio, para aquellas estancias superiores a tres meses, tal y como dispone el art. 6 Directiva 73/148

Finalmente, la reiterada jurisprudencia del TJCE se manifiesta igualmente en este sentido, al considerar que tanto la entrada cuanto la permanencia en un Estado miembro por parte de los nacionales de otro Estado miembro constituye un derecho directamente conferido por el TCE y sus normas de desarrollo —Derecho derivado— (Vid., en este sentido STJCE 8 de abril de 1976, As. C-48/75, *Royer*, p. 497).

Ante estos precedentes normativos y doctrinales, la respuesta del TJCE a la cuestión planteada parte del reconocimiento del derecho que asiste a todo nacional de un Estado miembro para residir en otro Estado miembro como prestador o destinatario de servicios, amparado en el derecho reconocido en el art. 49 TCE. Además, si bien el TJCE no menciona este argumento, bastaría la simple demostración de su condición de ciudadano de la Unión para que su estancia en otro Estado miembro quedase justificada, tal y como se desprende de la lectura del art. 18 TCE. Por otra parte, cuando se trate de una estancia inferior o igual a tres meses —como sucedía en el supuesto que dio lugar al presente recurso prejudicial—

ésta quedará amparada por la presentación de una tarjeta de identidad o pasaporte válido. Se excluye, por tanto, que la expedición del permiso de residencia por parte de las autoridades administrativas, requisito previsto para aquéllos supuestos en los que la duración de la estancia sea superior a tres meses, se trate de un acto constitutivo de derechos, sino más bien de un acto de reconocimiento por el que un Estado miembro acredita la situación de un nacional comunitario. Así pues, la finalidad última de este conjunto de obligaciones administrativas será, de una parte, identificar a los nacionales comunitarios que tienen derecho a circular libremente por el territorio comunitario distinguiéndolos de aquellos que no lo son y, de otra, controlar y sancionar las estancias irregulares en el territorio de un Estado miembro.

Ahora bien, el cumplimiento de estas exigencias formales que imponen los Estados miembros no podrá, en ningún caso, limitar el ejercicio del derecho a la libre circulación de personas atribuido a los nacionales comunitarios ya que de ser así, se estaría cercenando el derecho reconocido por el TCE a todos los ciudadanos comunitarios. En definitiva, el incumplimiento de alguna de estas obligaciones podrá ser sancionada por el Estado de acogida (*Vid.* S TJCE 14 de julio de 1977, As. 8/77, *Sagulo*) pero, en ningún caso, supondrá la negación o el no reconocimiento *a priori* de la nacionalidad comunitaria del individuo en cuestión y, por consiguiente, la negativa a ejercer el derecho de estancia reconocido a todo ciudadano comunitario. Como acertadamente señala el Abogado General P. Léger en sus Conclusiones la obligación de presentar cualesquiera de estos documentos acreditativos no constituye un fin en sí mismo sino que lo que en definitiva importa es la prueba de la nacionalidad del interesado.

Respecto a los medios de prueba, el TJCE cuestiona que la prueba de la identidad del nacional comunitario pueda quedar limitada exclusivamente a la presentación de determinados documentos oficiales como son su tarjeta de identidad o pasaporte ya que, de ser así, podríamos encontrar ante situaciones en las que la ausencia del cumplimiento de esta formalidad administrativa pudiese poner en peligro el cumplimiento de los objetivos de la Directiva 73/148. De este modo, el TJCE considera que los medios de prueba que pueden utilizar los nacionales comunitarios al objeto de demostrar su nacionalidad han de ampliarse a todos aquellos susceptibles de identificar al individuo y acreditar con certeza su nacionalidad. Entendemos que esta interpretación es totalmente acorde con el objetivo último TCE y de las directivas comunitarias, por cuanto el derecho a la libre circulación de personas deriva directamente de la condición de cada persona y su ejercicio no puede quedar condicionado en cada momento a la presentación de una determinada prueba documental. De este modo, si bien el nacional comunitario está obligado a demostrar su identidad y nacionalidad (*Vid.* STJCE 21 de septiembre de 1999, As. C-378/97, *Wijzenbeek*), no bastando la simple invocación de su nacionalidad comunitaria para beneficiarse del derecho a la libre circulación de personas, resulta evidente que podrá valerse de cualquier medio de prueba con el fin de acreditar la misma, no pudiendo excluirse *a priori* ninguno de estos medios. Si así lo hiciera, el nacional comunitario gozará de su derecho de residencia no pudiendo ser cuestionado por las autoridades de ningún Estado miembro (STJCE 25 de julio de 2002, As. C-459/99, *GRAS*).

3. Habiendo quedado clara la potestad que el derecho comunitario reconoce a los Estados para que puedan exigir a los nacionales comunitarios la presentación de una tarjeta de identidad o pasaporte, -es decir, cualquier documento o medio de prueba- que les identifique, así como la obligación de los ciudadanos de demostrar su identidad y nacionalidad al objeto de beneficiarse de los derechos conferidos por el Derecho comunitario, se planteaba a continuación por el órgano jurisdiccional remitente "si el Derecho comunitario se opone a que los nacionales de los Estados miembros estén obligados en otro Estado miembro a presentar un documento de identidad o un pasaporte válido para acreditar su nacionalidad, cuando dicho Estado no impone una obligación general de identificación a sus propios nacionales". De este modo, si un Estado opta por no exigir una obligación general de identificación a sus propios nacionales, ¿podría disponer un tratamiento diferenciado en esta materia respecto a los nacionales de otros Estados miembros?. Esta es la situación que contempla la legislación neerlandesa que, en definitiva, establece un tratamiento claramente diferenciado entre sus propios nacionales y los nacionales de otros Estados miembros. Así, mientras los nacionales neerlandeses solamente están obligados a acreditar su identidad en casos muy concretos, por ejemplo en casos de control de extranjeros, y pueden hacerlo por distintos medios de prueba, -no solo mediante la presentación de la tarjeta de identidad o el pasaporte sino, igualmente, mediante la presentación del permiso de conducir o, incluso, acudiendo a la consulta de datos administrativos en poder de las autoridades locales-, los nacionales de otros Estados miembros tendrán que estar dispuestos a probar en cualquier momento su identidad ya que, de otro modo, pueden

ser retenidos hasta que cumplan con este requisito. En principio esta práctica podría quedar amparada por la aplicación de las excepciones que el propio art. 46 TCE permite aplicar a la libre prestación de servicios, es decir, cuando las limitaciones al ejercicio de este derecho vengan justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, -en el caso que nos ocupa, evidentemente, por razones de orden público-. Así, en la práctica, la aplicación de la normativa neerlandesa implica una obligación permanente de identificación para los nacionales de otros Estados miembros situación claramente discriminatoria respecto al tratamiento previsto para sus propios nacionales.

Pues bien, tal y como reconoce el TJCE esta situación podría ser contraria al principio general de no discriminación reconocido en el TCE con carácter general en su art. 12 y con carácter específico, respecto a la libre prestación de servicios, en su art. 49. Así, conviene recordar la ya reiterada y copiosa doctrina del TJCE en materia de discriminación, donde ha tenido ocasión de declarar que la misma consiste en tratar de forma semejante situaciones diferentes o, *a sensu contrario*, en otorgar distinto tratamiento a situaciones idénticas. (*Vid.*, entre otras, SSTJCE 4 de febrero de 1982, As. 1253/79, *Battaglia* y 23 de febrero de 1983, As. 8/82, *Wagner*). En el mismo sentido, resulta bastante clarificadora la STJCE 27 de abril de 1989, As. 321/87, *Comisión c. Bélgica*, en la que el Tribunal reconocía el derecho del Estado belga a exigir en todo momento a los nacionales comunitarios que estuviesen en posesión de su tarjeta de residencia ya que la misma obligación se impone con carácter general a los nacionales belgas en relación a su documento de identidad. En la misma línea, es decir sin ningún tipo de discriminación, habrán de aplicarse las sanciones por incumplimiento de las obligaciones de identificación exigibles tanto a los nacionales del propio Estado como a los de otros Estados miembros. Así se recoge, entre otras, en la STJCE 30 de abril de 1998, As. C-24/97, "*Comisión c. Alemania*".

En consecuencia, la potestad que el derecho comunitario reconoce a los Estados miembros para llevar a cabo controles de identidad y exigir la presentación de una tarjeta de identidad o pasaporte que les identifique será válida siempre que la misma se ejerza de forma no discriminatoria para todos los nacionales comunitarios. En el caso que nos ocupa la legislación de extranjería neerlandesa, al aplicar de forma discriminatoria por razón de nacionalidad los requisitos de identificación exigibles, estaría contraviniendo el principio general de no discriminación reconocido por el Tratado.

4. El segundo grupo de cuestiones planteadas por el tribunal remitente estaba relacionado con las medidas de internamiento con el fin de expulsión adoptadas respecto a un nacional de otro Estado miembro. Por ello, se solicitaba del TJCE que se pronunciase acerca de "si la adopción de una medida de internamiento de un nacional de otro Estado miembro, con el fin de expulsarlo, motivada por la no presentación de un documento de identidad o un pasaporte válido, pese a la inexistencia de una amenaza para el orden público, constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios y, en caso de respuesta afirmativa, si dicho obstáculo puede estar justificado"

Como hemos señalado anteriormente, los Estados miembros tienen la facultad de exigir el cumplimiento de los requisitos de identificación a los nacionales de otros Estados miembros y, asimismo, podrán sancionar las infracciones que se produzcan en esta materia. Sin embargo, en virtud del principio general de no discriminación antes mencionado, estas sanciones no podrán diferir de las que se impongan a sus propios nacionales por infracciones similares. Además, estas sanciones tendrán que ser proporcionadas a la gravedad de la infracción que se pretenda sancionar. Esto implica que, en ningún caso, la imposición de estas sanciones podrá representar un obstáculo a la libre circulación de personas que reconoce el Tratado (*Vid.*, entre otras, SSTJCE *Sagulo* y *Wijsenbeek*). Partiendo de estas premisas, el TJCE considera que las medidas propuestas por las autoridades neerlandesas de privación de libertad o de expulsión por el incumplimiento de los requisitos de identificación son desproporcionadas en relación a la gravedad de la infracción. Además estarían vulnerando un derecho fundamental reconocido por el TCE en su art. 49, ya que estas medidas constituyen un obstáculo a la libre circulación de personas y servicios.

Por lo que respecta a la medida de internamiento, tampoco estará justificada por razones de orden público, seguridad o salud públicas si la finalidad última de esta medida es proceder a la expulsión del ciudadano comunitario y esta expulsión no está justificada. Recordemos que para avalar esta medida de internamiento las autoridades neerlandesas habían invocado la protección del orden público, -excepción a la libre circulación de personas prevista en el art. 46 TCE y reconocida por la jurisprudencia del TJCE, (*Vid.*, al respecto STJCE 19 de enero de 1999, As. C-348/96, *Calfa*) -. *A sensu contrario*, el órgano jurisdiccional remitente consideraba que no existía una amenaza para el orden público. Aplicaba, de este

modo, la doctrina del TJCE cuando establece que, frente al derecho a la libre circulación de personas conferido por el Tratado, el incumplimiento de este tipo de formalidades legales por parte de un ciudadano comunitario no puede catalogarse como una actuación contraria al orden público o a la seguridad pública, especialmente porque no se considera una "amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad", ni se trata de "un comportamiento personal que suponga una amenaza actual para el orden público", (*Vid.*, por todas, STJCE 27 de octubre de 1977, As. 30/77, *Bouchereau*).

Por todo ello, el TJCE considera que esta medida es desproporcionada con la gravedad de la infracción que se pretende sancionar ya que no está justificada la aplicación de la excepción de orden público. Por lo tanto no puede considerarse que el mencionado obstáculo a la libre prestación de servicios esté justificado siendo contrario a lo dispuesto en el art. 49 TCE. Además coincidiendo con la tesis mantenida por el Abogado General P. Léger, el TJCE considera que el hecho de que la declaración posterior de ilegalidad del internamiento de un ciudadano comunitario pudiese dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios carece de pertinencia al objeto de justificar este obstáculo a la libre prestación de servicios.

5. Finalmente, el TJCE hace una breve incursión en el concepto de destinatario de servicios con el fin de resolver las dudas del tribunal remitente que planteaba "si la noción de destinatario de servicios debe interpretarse en el sentido de que cabe presumir que un nacional de un Estado miembro es destinatario de servicios turísticos en otro Estado miembro por el mero hecho de su permanencia en el territorio de éste durante un período superior a seis meses, aun cuando no pueda justificar un domicilio ni una residencia fijos y no posea dinero ni equipaje".

Tras repasar todos los argumentos y fundamentos jurídicos expuestos a lo largo de la Sentencia, el TJCE viene a concluir que todos los ciudadanos comunitarios pueden residir en otro Estado miembro en calidad de destinatarios de servicios, pues resulta evidente que el principio a libre prestación de servicios incluye el desplazamiento de los nacionales comunitarios a otros Estados miembros. Por otra parte, tal y como señala acertadamente el Abogado General P. Léger en sus Conclusiones, la condición de destinatario de servicios aparece implícita en todo nacional que se desplaza a otro Estado miembro en calidad de turista ya que, a lo largo de su estancia en el país de acogida, va a tener ocasión de recibir la prestación de algún servicio. Ahora bien, recaerá sobre él la carga de la prueba en relación a la acreditación de la regularidad de su estancia. Y ello pasa por justificar su identidad como nacional comunitario por cualesquiera de los medios a su alcance tal y como se ha expuesto en el presente comentario. Únicamente en caso de ausencia de tales pruebas, y con los límites que establece el Derecho comunitario que han sido objeto de estudio en esta Sentencia, el Estado miembro de acogida podrá adoptar una medida de expulsión contra un nacional comunitario.

Para concluir, si bien el TJCE no se pronuncia sobre si la supuesta falta de domicilio o residencia en el país de acogida o la falta de dinero o equipaje pudiese influir en la consideración de destinatario de servicios, hemos de señalar que, tal y como señala el Abogado General P. Léger, en sus Conclusiones, ninguna de estas ausencias puede ser considerada relevante al objeto de negar la consideración de destinatario de servicios al nacional comunitario que se encontrare en esas circunstancias. Raúl Lafuente Sánchez.

LA LITERALIDAD DEL ART. 13.1º CE NO INCLUYE EL DERECHO A ENTRAR EN ESPAÑA COMO DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS EXTRANJEROS

2005/145.- Tribunal Constitucional, Sala 1ª, Sentencia 72/2005, de 4 de abril. Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio.

Derechos y libertades de los extranjeros en España.- Derecho a la libre circulación y a la residencia.- Denegación de entrada en frontera a un extranjero.

Normas aplicadas: Arts. 10.2º, 13, 19, 24 y 25 CE; art. 24.2º LO 4/2000; arts. 12 y 13 PIDCP; art. 13 DUDH.