

## DOCTRINA

### CONTROL JUDICIAL: LA EXPULSIÓN

Por **DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS**

*Magistrado. Doctor en Derecho. Licenciado especial en Derecho europeo por la Universidad de Bruselas*

**La expulsión de los extranjeros constituye la clave de bóveda del sistema administrativo sancionador español en materia de extranjería y al mismo tiempo plantea numerosos problemas interpretativos en el control por los Tribunales españoles debido a la pluralidad de estatutos de los extranjeros. Desde una perspectiva judicial se examina la aplicación de las exigencias constitucionales y legales del ordenamiento español; y también se indican los límites al poder sancionador del Estado que imponen tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como el Derecho de la Unión Europea en los términos que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.**

#### I. INTRODUCCIÓN

La evolución de la sociedad española en las tres últimas décadas ha sido tan espectacular que en algunos ámbitos como el relativo a la extranjería se ha modificado radicalmente la perspectiva a la hora de adoptar las políticas públicas. Así, por ejemplo, en 1978 el fenómeno de la migración se consideraba en España desde el punto de vista de un país tradicionalmente con emigrantes hacia otros países hasta el punto de que la Constitución española se preocupa expresamente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y por su retorno y a esta cuestión dedica el art. 42 donde enuncia uno de los principios rectores de la política social y económica. En cambio, en la última década es la inmigración una de las preocupaciones más sentidas por la sociedad española lo que se refleja en una cierta inestabilidad legislativa, como se deduce de las modificaciones de la vigente LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social -- en adelante, Ley de extranjería-- así como de su Reglamento de aplicación, cuya última versión es de finales de 2004; cambios legislativos que revelan claramente la necesidad de responder a los nuevos y a los importantes desafíos que se presentan (1).

Precisamente, una de las preocupaciones más serias y que en estos momentos las encuestas consideran la más importante se refiere a la inmigración ilegal y a la necesidad y a la conveniencia de poner en manos de las autoridades públicas mecanismos adecuados para contener y regular los flujos migratorios. Pues bien, los mecanismos más utilizados por los poderes públicos son los de carácter represivo y sancionador y se articulan de manera complementaria a través de un régimen penal y de un régimen administrativo sancionador. Ahora bien, tal y como ocurre en otros ámbitos, el legislador español ha optado por establecer un importante marco legal que permite un amplísimo ejercicio de la potestad administrativa sancionadora dejando en manos del juez penal únicamente los supuestos más graves. De hecho, la importancia meramente cuantitativa del régimen administrativo sancionador resulta patente a la vista de que la Ley de extranjería dedica 17 artículos de 71 --los arts. 50 a 66 de la Ley, lo que supone un 22,5%-- y el Reglamento de extranjería se ocupa del régimen sancionador en 43 artículos --del 112 al 154, de un total de 165 artículos y, por tanto, en una extensión del 26%--. En suma, casi la cuarta parte de la regulación general sobre extranjería se dedica a articular un régimen administrativo sancionador.

Asimismo, existe otro dato muy relevante en materia de extranjería y que tiene una incidencia particular en la aplicación del régimen administrativo sancionador: la pluralidad de estatutos de extranjería. De este modo, si bien desde un punto de vista jurídico el extranjero se define por oposición al nacional español, lo que implica una discriminación justificada constitucional y legalmente en el reconocimiento y en el ejercicio de derechos, lo más relevante del *status* de extranjero es la configuración de los distintos tipos de extranjeros y así se puede comprobar que existen, ciertamente, extranjeros de primera categoría, de segunda categoría y así se suceden estatutos que implican una minoración de derechos hasta llegar a aquel estatuto de extranjería que atribuye a los extranjeros más desprotegidos un núcleo esencial y mínimo de derechos. Esta pluralidad de estatutos está presidida por la primera categoría en la que se incluyen los nacionales de la Unión Europea, y en una segunda y muy similar categoría se agrupan los nacionales del Espacio Económico Europeo; y a continuación aquellos extranjeros amparados por tratados celebrados por España o por la Comunidad Europea con terceros países, etc. Esta discriminación, reconocida por el momento en nuestras sociedades, implica la necesidad de adscribir a cada extranjero al grupo que le corresponde y al régimen jurídico aplicable hasta el punto de que, en algunos supuestos, también el *status* particular tiene incidencia en la aplicación del régimen administrativo sancionador

en la medida en que los derechos reconocidos a los extranjeros impiden o limitan la aplicación del régimen de infracciones y de sanciones previsto para los extranjeros.

El anterior panorama justifica un examen del vigente régimen administrativo sancionador de los extranjeros pero limitado, básicamente, a la aplicación de la sanción de expulsión y a su tratamiento en la jurisprudencia. A estos efectos, es necesario recordar, en primer lugar, algunas cuestiones generales sobre el marco constitucional y legal del régimen administrativo sancionador en materia de extranjería; y, a continuación, desgranamos algunas cuestiones que con frecuencia se plantean en estos momentos ante los tribunales españoles y que giran en torno a la imposición de la sanción de expulsión y a su control jurisdiccional; por último, subrayamos los límites o las modulaciones que, también en la jurisprudencia deducida por el Tribunal Europeo del Convenio Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia del Derecho de la Unión Europea, se imponen a los poderes públicos españoles en la adopción del marco legal y en la aplicación administrativa del régimen sancionador.

## II. LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE EXTRANJERÍA APLICADO EN ESPAÑA

La discriminación por razón de extranjería resulta generalizada en la sociedad internacional aunque existe en el último siglo una tendencia a superarla paulatinamente en determinados Estados como consecuencia, generalmente, de convenios internacionales bilaterales o multilaterales y, sobre todo, a raíz de la creación de organizaciones supranacionales de integración económica y política. Por esa razón cada vez es más amplio el núcleo de derechos que se reconocen a los extranjeros en los países más avanzados, particularmente en el ámbito europeo. Por tanto, conviene señalar cuál es desde el punto de vista constitucional y legal el núcleo mínimo de derechos de los que goza cualquier extranjero en España. Esta delimitación permitirá, a continuación, referirse a la configuración básica del régimen administrativo sancionador, principalmente la tipificación de las infracciones y las sanciones aplicables.

### 1. Los derechos fundamentales de los extranjeros en el régimen administrativo sancionador

Aunque el art. 13 de la Constitución parece delimitar claramente cuáles son los derechos constitucionales que, conforme a los tratados y la ley, corresponden a los extranjeros, en el seno del propio Tribunal Constitucional se han revelado importantes diferencias de interpretación.

Por una parte, el Tribunal Constitucional comprueba los diferentes estatutos resultantes de la aplicación de la Constitución. A tal efecto, en su sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, el Tribunal Constitucional constata cómo «los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados – dentro de su específica regulación– de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal [aun cuando] *derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles [...]. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio» (2).*

En cambio, por otra parte, la división en el seno del Tribunal Constitucional es patente tal y como resulta, por ejemplo, de la sentencia 115/1987, de 7 de julio, en la que se deben señalar los límites del legislador a la hora de restringir los derechos y libertades de los extranjeros en España (3). La mayoría del Tribunal Constitucional consideró que tales límites eran muy estrictos y declaró inconstitucionales las restricciones al derecho de reunión y de asociación en la que participaban extranjeros. En cambio, en un voto particular suscrito por tres magistrados se subrayó que el margen de actuación del legislador era mucho más amplio (4).

Por tanto, los extranjeros son titulares de un núcleo mínimo e indisponible de derechos fundamentales que, no obstante, está sometido a una configuración legal. Teniendo en cuenta el alcance del régimen administrativo sancionador es conveniente referirse a aquellos derechos más vinculados al control jurisdiccional de la actuación de la Administración, en particular, al derecho de libertad y al derecho de tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia.

#### A) El derecho de libertad de los extranjeros y la concurrencia de jurisdicciones (penal y contencioso-administrativa)

El art. 17 de la Constitución española consagra el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad. En cambio, en el art. 19 de la Constitución el derecho a elegir libremente la residencia y a circular por el territorio nacional, entrar y salir, es un derecho constitucional reservado a los españoles.

No obstante, en el caso de los extranjeros el derecho a la libertad puede someterse a límites pero, en todo caso, tales restricciones deben estar sujetas al control judicial. Ahora bien, tal y como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en la sentencia 115/1987, de 7 de julio, en relación con el internamiento de los extranjeros «la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma» (5).

En cuanto a la libertad de desplazamiento, entrada y salida en España, se trata de un derecho que se confiere a los extranjeros en los términos establecidos en los tratados internacionales y en la ley (6). No obstante, algún magistrado del Tribunal Constitucional ha considerado que los controles que puedan establecerse por ley tienen un límite en la cláusula general del Estado social y democrático de Derecho y, refiriéndose a un control policial realizado en la estación de ferrocarril de Valladolid a una señora de raza negra, que resultó ser de nacionalidad española, ha advertido: «dicho control (de extranjeros que no se ha llevado a cabo en su ámbito natural, esto es, en los puestos autorizados para su entrada en las fronteras de los Estados miembros, sino en el interior del país y lejos de éstas) sólo constituye un residuo histórico del "Estado policía" y, como consecuencia, [l]a "policía de extranjeros", entendida como control de alcance general, se acomoda mal, en principio, con los valores de un Estado democrático y social de Derecho» (7).

Por otra parte, en materia de extranjería se produce una concurrencia en el ejercicio de las potestades estatales penales y administrativas que plantea algunos problemas para su control jurisdiccional. En efecto, la delimitación entre los ámbitos penal y administrativo sancionador ha exigido la atención, por ejemplo, del Tribunal Constitucional que en la sentencia 12/1994, de 17 de enero (8), o en la sentencia 96/1995, de 19 de junio (9).

En fin, el Tribunal Constitucional ha procurado delimitar el ejercicio de las funciones judiciales penal y contencioso-administrativa en relación con los procedimientos de expulsión refiriéndose a su naturaleza y finalidad y señalando, por ejemplo en la sentencia 24/2000, de 31 de enero, que «es lícito que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son, entre otras, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público, o la de no cometer delitos de cierta gravedad. Conclusión que se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio» (10).

#### *B) El derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la presunción de inocencia de los extranjeros*

La misma Ley de extranjería ha reconocido en su art. 20 el derecho a la tutela judicial efectiva y ha establecido unas garantías mínimas relativas al procedimiento administrativo. Asimismo, en art. 22 de la Ley de extranjería se consagra el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva se ha ido ampliado paulatinamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, entiende el mismo Tribunal Constitucional aplicable este derecho constitucional no sólo en el proceso penal sino también en el mismo procedimiento administrativo sancionador, tal y como resulta de su sentencia 74/2004, de 22 de abril, conforme a la cual se declara «la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del art. 24 CE. Sin ánimo de exhaustividad se pueden citar el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable al caso con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba» (11).

El Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros no puede estar sometido a restricciones como la que pretendía imponer la Ley de extranjería de 1985. En el examen de la constitucionalidad de esta Ley de extranjería el Tribunal Constitucional en su sentencia 115/1987, de 7 de julio, ya citada, reconoció «la igualdad de trato de extranjeros y españoles, y la homogeneidad de tratamiento de unos y otros que la Constitución reconoce respecto a ciertos derechos y garantías, entre los que se incluye, según ha dicho la STC 93/1985 de 30 septiembre, el derecho a la tutela judicial efectiva y, por ello, las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales» (11).

De manera complementaria y en relación con los extranjeros el Tribunal Supremo ha reconocido el derecho a la presunción de inocencia, explicando su alcance, por ejemplo, en la sentencia de 15 de febrero de 2005 (12). Asimismo, en algunos de los supuestos donde se han producido discrepancias en los tribunales, por ejemplo, en cuanto se refiere a la falta de postulación, el Tribunal Supremo ha sido claro al declarar que se produce indefensión cuando el tribunal de instancia inadmite un recurso encabezado exclusivamente por el letrado actuante por no estar representado por procurador el recurrente y ordena el archivo de las actuaciones (13).

## **2. El régimen administrativo sancionador de extranjería: tipos de infracciones y sanciones administrativas, con especial referencia a la expulsión**

Los presupuestos constitucionales básicos de un régimen administrativo sancionador son, en los términos que exige el art. 25.1 de la Constitución, la cobertura de una norma con rango de ley y la seguridad en la tipificación de las infracciones administrativas. Sobre tales exigencias se ha pronunciado en numerosas sentencias el Tribunal Constitucional, exigiendo que haya una norma con rango de ley (*lex praevia*) y que exista una determinación apropiada del tipo de infracción administrativa (*lex certa*). Sólo a título de ejemplo recordamos la sentencia 116/1993, de 29 de marzo, en la que el Tribunal Constitucional subraya, respecto de un Decreto preconstitucional que si bien podía considerarse que cumplía --en los términos establecidos en su propia jurisprudencia-- la exigencia de ley anterior, en modo alguno ofrecía la indispensable seguridad jurídica al configurar de las infracciones administrativas sancionadas

«al definir las conductas determinantes de la expulsión a través de conceptos que por su amplitud y vaguedad dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles merecedores de tal medida» (14).

El actual régimen legal sancionador cuenta, a primera vista, con la apropiada cobertura legal y parece que también responde al principio de seguridad jurídica en la tipificación de las infracciones y en la aplicación de las sanciones. No obstante, conviene que examinemos las infracciones y el cuadro de sanciones administrativas, centrándonos, en especial, en la configuración de la sanción administrativa de expulsión.

Siguiendo el sistema sancionador tradicional en el Derecho español, la Ley de extranjería clasifica las infracciones administrativas en leves, graves y muy graves.

El art. 52 de la Ley de extranjería considera como infracciones leves conductas relativas al incumplimiento por el propio extranjero de deberes administrativos que no tienen mayor trascendencia. Al tipificar las infracciones graves en el art. 53 de la Ley de extranjería se incluyen comportamientos del extranjero que supongan, fundamentalmente la estancia o la residencia ilegal, el trabajo ilegal o la comisión de otras infracciones administrativas. Por último, el art. 54 de la Ley de extranjería se refiere a las infracciones muy graves que se imputan a los propios extranjeros, a los transportistas de los extranjeros y a aquellos que trafiquen o contraten a extranjeros.

En primer lugar, las infracciones muy graves que se imputan a los propios extranjeros son las dos que establece el art. 54.1 de la Ley de extranjería referidas a la participación en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o al orden público previstas como muy graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, y la comisión de una tercera infracción grave en el plazo del año anterior.

Por lo que se refiere a las infracciones muy graves en materia de extranjería imputables a los transportistas de extranjeros, el art. 54.2 de la Ley de extranjería las tipifica detalladamente. Ahora bien, respecto de las infracciones de los transportistas el art. 54.3 establece una salvedad en materia de asilo.

Por último, pueden ser responsables de la vulneración de la Ley de extranjería terceras personas, distintas del extranjero y del transportista, tal y como establece el art. 54.1 de la Ley de extranjería.

El cuadro de infracciones que establece la Ley de extranjería tiene una particularidad al contar con dos figuras sancionadoras: las multas económicas hasta 60.000 euros, o incluso 500.000 euros, y la expulsión del territorio nacional por un período de tiempo comprendido entre tres y diez años.

Las multas económicas se aplican a los tres tipos de infracciones administrativas, leves, graves y muy graves, así como a todo tipo de responsables: extranjeros, transportistas y terceros. Las horquillas de las multas se establecen en el art. 55.1 de la Ley de extranjería: Las infracciones leves con multa de hasta 300 euros, las graves con multa de 301 hasta 6.000 euros; y las muy graves con multa desde 6.001 hasta 60.000 euros, excepto la prevista en el art. 54.2 b), que lo será con una multa de 3.000 a 6.000 euros por cada viajero transportado o con un mínimo de 500.000 euros a tanto alzado, con independencia del número de viajeros transportados.

El cuadro de multas se completa mediante la regulación de la sanción de expulsión del territorio. Ahora bien, la expulsión como sanción administrativa está sujeta a límites que se manifiestan en el art. 57.1 de la Ley de extranjería dado que los sancionados sólo pueden ser extranjeros --no procede la expulsión de un nacional español--, debe tratarse de alguna de las infracciones graves y en cualquiera de las infracciones muy graves y, obviamente, requiere la tramitación del expediente administrativo sancionador en el que a la Administración corresponderá elegir entre la multa económica o la sanción de expulsión.

Adicionalmente, el art. 57.2 de la Ley de extranjería prevé un supuesto en el que «previa la tramitación del correspondiente expediente» procede la expulsión: que «el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados».

La clave de bóveda del sistema sancionador es precisamente el art. 57.1 de la Ley de extranjería, por lo que convendría intentar aclarar una distinción esencial y que no siempre se tiene en cuenta como es la que separa la expulsión como mero acto administrativo de policía y la expulsión como sanción administrativa. Las diferencias entre estas dos figuras resultan tan relevantes que la propia Ley de extranjería, al regular el régimen administrativo sancionador, parece querer delimitarlas claramente. Así, el art. 58.2 de la Ley de extranjería dispone:

\* «No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.
- b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.»

Asimismo, el art. 28.3 de la Ley de extranjería aporta luces a tal diferencia entre ambas figuras que tienen, sin embargo, su propia y específica naturaleza jurídica:

\* «La salida será obligatoria en los siguientes supuestos:

- a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal.
- b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley.
- c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.»

En la jurisprudencia se ha hecho referencia a la diferencia entre expulsión como mero acto de policía y la expulsión como sanción, bien administrativa bien penal.

En primer lugar, es preciso referirse a las diferencias que ofrece la sanción de expulsión administrativa de la sanción de expulsión penal, tal y como, por ejemplo, se recoge en la sentencia de 22 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo puntualiza que «la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes» (15).

Y, en segundo lugar, en el mismo ámbito administrativo debe tenerse en cuenta que no todos los procedimientos llevados a cabo en materia de extranjería tienen una naturaleza sancionadora. Por eso, la orden de expulsión no exige un procedimiento administrativo sancionador ni reclama las garantías inherentes, tal y como explica el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de diciembre de 2004, en tanto que «el procedimiento de entrada en España no es un procedimiento sancionador, por lo que no procede aplicarle el mismo régimen de garantías que a los dirigidos a la imposición de sanciones administrativas» (16).

Sin embargo, la regulación legal y reglamentaria no distingue adecuadamente tales figuras: orden de expulsión y sanción administrativa de expulsión, tal y como señala, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (17). Ahora bien, el Tribunal Supremo ha subrayado la distinta naturaleza entre una orden de expulsión y una sanción de expulsión en algunas de sus sentencias. Así, resulta muy clara la diferencia cuando se trata de una mera orden de expulsión, como se deduce de la sentencia de 14 de diciembre de 1998: «*al no ser la orden de expulsión de la recurrente sino la ejecución forzosa de su obligación de salir de España por no encontrarse en las situaciones contempladas por el citado art. 13 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, carece dicha expulsión de carácter sancionador y, por consiguiente, no le es aplicable, en contra del parecer de la Sala de instancia, el régimen de prescripción de las infracciones y sanciones administrativas*» (18).

Obviamente en el procedimiento administrativo sancionador son aplicables las garantías tradicionales: la prescripción de la infracción (tres años, dos años y seis meses para las muy graves, graves y leves, respectivamente), la prescripción de la sanción (cinco años, dos años y un año) o la caducidad del expediente sancionador (seis meses, por regla general) (19). Asimismo, se aplica el régimen de impugnación de los acuerdos de incoación del expediente sancionador que, en principio, son actos de mero trámite no impugnables en vía contencioso-administrativa (20). En cambio, cabe un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de la petición de archivo del expediente por caducidad del procedimiento administrativo de expulsión, tal y como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de enero de 2005 (21).

En cualquier caso, resulta patente que en materia sancionadora administrativa la adopción de la expulsión como sanción está sometida a un límite particular como es el procedimiento administrativo sancionador que, como examinamos a continuación, ofrece algunas particularidades prácticas relevantes.

### **III. CUESTIONES ESCOGIDAS DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE EXTRANJERÍA EN LA JURISPRUDENCIA: LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN**

Desde el punto de vista de la experiencia judicial contencioso-administrativa relativa a la sanción administrativa de expulsión podrían abordarse cuatro cuestiones: las dos primeras tienen una relevancia procedimental y se refieren a las particularidades del procedimiento administrativo sancionador preferente y a las medidas cautelares judiciales; las otras dos, de carácter sustantivo, pretenden determinar si a la hora de elegir entre la imposición de una multa o la expulsión la Administración debe motivarlo y debe aplicar el principio de proporcionalidad; y, asimismo, examinaremos la aplicación «retroactiva» de hechos y circunstancias posteriores al momento de comisión de la infracción y que impidan la ejecución de la sanción de expulsión impuesta en su momento.

#### **1. El procedimiento preferente de expulsión: alegaciones y pruebas**

El régimen administrativo sancionador en materia de extranjería está presidido por una norma como el art. 50 de la Ley de extranjería en virtud de la cual considera que es simplemente una especialidad del procedimiento administrativo sancionador. Y sobre las mismas cuestiones procedimentales el Reglamento de extranjería, renovado en diciembre de 2004, confiesa en su preámbulo que «se ha pretendido potenciar la eficacia de los mecanismos legales de sanción, incluidos los diferentes supuestos de repatriación, al tiempo que se ofrecen mayores garantías a aquellas personas a las que se les ha incoado un procedimiento sancionador o se hallan privadas de libertad en centros de internamiento».

La clave en la aplicación de la Ley de extranjería lo constituye la expulsión. Sin embargo, la borrosa distinción entre orden de expulsión y sanción de expulsión puede inducir a error en el establecimiento y en la aplicación de un procedimiento especial, denominado «procedimiento preferente» en el art. 63 de la Ley de extranjería, que tiene como finalidad precisamente facilitar la expulsión de los extranjeros (22).

En primer lugar, el procedimiento preferente requiere, como establece el art. 63.1, que se siga contra los extranjeros y en relación con determinadas infracciones «en los supuestos de las letras a) y b) del apartado 1 del art. 54, así como las a), d) y f) del art. 53». Es decir, cuando se trate de estas dos infracciones muy graves: bien la participación en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o la implicación en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves de la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana; bien la organización de la inmigración clandestina de personas. Y también en el supuesto de tres infracciones graves: encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente; incumplir las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente; y realizar actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Lo más relevante del procedimiento preferente de expulsión es su regulación legal y las particularidades que ofrece su tramitación, tal y como las detalla el art. 63 de la Ley de extranjería y como se desarrolla en los arts. 130 a 134 del Reglamento de extranjería. Como puede comprobarse, el procedimiento preferente cuenta con unos requisitos mínimos como es dar audiencia al denunciado y permitir su defensa, de modo que, cumplido este trámite sin que haya alegaciones del extranjero, el acuerdo de iniciación es considerado como propuesta de resolución correspondiendo a la autoridad competente la adopción de la expulsión.

Por tanto, la cuestión radica en que si frente a la propuesta de expulsión contenida en el acuerdo de iniciación el extranjero formula en el plazo de 48 horas alegaciones y solicita pruebas, el órgano instructor está obligado a pronunciarse sobre las mismas. Sin embargo, para los supuestos de que las pruebas no se admitiesen de forma motivada, por improcedentes o innecesarias «el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución». No obstante, el art. 131 del Reglamento de extranjería parece más claro que la regulación legal al exigir:

«3. En la notificación del acuerdo de iniciación se advertirá al interesado que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido del acuerdo en el plazo previsto en el apartado 1, dicho acuerdo será considerado como propuesta de resolución con remisión del expediente a la autoridad competente para resolver.

4. Si el interesado o su representante formularan alegaciones y realizaran proposición de prueba dentro del plazo establecido, el órgano instructor valorará la pertinencia o no de aquélla.

*Si no se admitiesen las pruebas propuestas, por improcedentes o innecesarias, se le notificará al interesado de forma motivada y se le dará trámite de audiencia, conforme a lo previsto en el párrafo siguiente. En este supuesto, el acuerdo de iniciación del expediente, sin cambiar la calificación de los hechos, será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver.»*

En cuanto a las alegaciones parece ser que sólo pueden tener como finalidad paralizar la tramitación del procedimiento preferente porque, si no lo considera así el instructor, resultarán irrelevantes. En cambio, respecto de las pruebas sólo podrán practicarse si el instructor las admite, aunque la inadmisión de las pruebas debe motivarse y parece razonable y así parece deducirse del tenor de la disposición reglamentaria que la Administración deberá dar traslado de la propuesta de Resolución al extranjero.

## **2. Las medidas cautelares ante la jurisdicción contencioso-administrativa: la suspensión de la expulsión del extranjero**

Una vez adoptada la sanción de expulsión, la resolución administrativa tiene naturaleza ejecutiva como se encarga de recordar el art. 63.4 de la Ley de extranjería: «La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata». Pues bien, la única manera de paralizar la expulsión sería interponiendo el correspondiente recurso contencioso-administrativo y solicitando la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión de la orden de expulsión.

Asimismo, dados los términos expeditivos de la actuación administrativa en este supuesto lo más aconsejable es iniciar el trámite de las medidas denominadas provisionalísimas y utilizar la vía del art. 135 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa que, básicamente, exige el pronunciamiento del juez contencioso-administrativo por auto en el que, si aprecia las circunstancias de especial urgencia, decretará la suspensión y deberá convocar a las partes a una vista que se celebrará dentro de los tres días siguientes con el fin de mantener o levantar la suspensión decretada.

La resolución del juez de las medidas cautelares gira en torno a dos presupuestos cuya importancia varía obviamente en cada caso: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*.

Dadas las circunstancias de los asuntos de extranjería, el *periculum in mora* es probablemente el presupuesto esencial para la concesión judicial de la suspensión. En este caso sería preciso que por parte del recurrente se aporten las pruebas necesarias que demuestren un grado de vinculación tal del extranjero a España que los daños que le produciría la ejecución inmediata de la orden de expulsión sólo podrían evitarse mediante la suspensión. Asimismo, el Juez podrá denegar la medida cautelar cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Por último, la *apariencia del buen derecho* es un presupuesto cuya exigencia en el ámbito contencioso-administrativo requiere especial prudencia dado que debe conciliarse con el principio de presunción de legalidad de la actuación de las Administraciones.

Para ilustrar la práctica judicial se examina a continuación dos sentencias del Tribunal Supremo que se adoptaron el 24 de noviembre de 2004 y en las que, sin embargo, se llega a soluciones divergentes.

En efecto, en la primera sentencia, recaída en el recurso 6922/2002, se recopilan los criterios jurisprudenciales sentados hasta el momento por el Tribunal Supremo y que se refieren fundamentalmente a la urgencia y al *periculum in mora*, agrupándolos en torno a las tres consideraciones siguientes:

«Primera: *Las dificultades de defenderse en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio, porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática, lo que no se compadece con el principio de eficacia administrativa.* Es, éste, un criterio jurisprudencial que cabe ver, entre otras, en las sentencias de 25 de noviembre de 1995 --recurso de casación 1017/1993--, 17 de febrero de 1996 --recurso de casación 4842/1993--, 13 de marzo de 1999 --recurso de casación 6337/1995-- y 13 de noviembre de 2000 --recurso de casación 10009/1997--; así como también, entre otros, en los autos de 6 de junio de 1995 --recurso de apelación 1783/1992-- y 18 de septiembre de 1995 --recurso contencioso-administrativo 808/1994--.

Segunda: *El arraigo de un ciudadano extranjero en territorio español, bien sea por razones económicas, sociales o familiares, es causa suficiente para suspender la ejecutividad de una orden de expulsión o la obligación impuesta de abandonar España, por considerarse en estos casos como prevalente, de ordinario, el interés particular frente al general.* Así puede leerse, entre otras, en la sentencia de 2 de junio de 2001 --recurso de casación 1486/1999--, que cita, a su vez, las sentencias de 28 de diciembre de 1998, 23 de enero, 3 de mayo, 11 de octubre, 15 de noviembre y 4 de diciembre de 1999 y 20 de enero de 2001.

Es más, en un caso así, *el mantenimiento de esos vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que se reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye, también, una o la finalidad legítima del recurso, en el sentido en que este concepto jurídico indeterminado es utilizado en la norma recogida en el art. 130.1 de la actual Ley de la jurisdicción.* Y

Tercera: *Salvo casos singulares, en los que fundadamente quepa apreciar que el estado o grado de vinculación existente al tiempo de decidir sobre la medida cautelar es el natural o lógico desarrollo o evolución del ya existente al tiempo de dictarse la resolución administrativa impugnada, salvo tales casos, repetimos, es este último, el existente al tiempo de dictarse tal resolución, el estado de vinculación que debe valorarse para hacer aquella ponderación del conflicto de intereses o para decidir sobre la subsunción del supuesto en ese concepto jurídico indeterminado antes aludido, pues lo contrario, esto es, la valoración en todo caso del estado o grado de vinculación existente al tiempo de decidir sobre la medida cautelar, desconecta ésta del supuesto enjuiciado y favorece la creación artificial de aquellos vínculos» (23).*

Sin embargo, al aplicar esta doctrina jurisprudencial al caso concreto, el Tribunal Supremo llegó a la conclusión de que no concurrían los requisitos para conceder la suspensión de la expulsión.

En cambio, en la segunda sentencia, recaída en el recurso 4099/2002, la razón determinante para suspender la expulsión fue la constatación de un simple dato que, sin duda, se afectaba al fondo del asunto. En este supuesto el Tribunal Supremo aplicó de un modo abiertamente expeditivo la doctrina de la apariencia de buen derecho, prejuzgando en realidad el fondo del asunto principal:

«La Administración denegó al actor el permiso de residencia por falta de arraigo en España y conectó la falta de arraigo única y exclusivamente a un motivo, a saber, "no encontrarse en España antes del 23 de enero de 2001". Lo cual significa que si el interesado se hubiera encontrado en España antes de esa fecha, la Administración habría considerado que existía arraigo y habría otorgado el permiso de residencia.

Pues bien, el interesado presentó con su solicitud de suspensión un informe de la Policía Local de Guía de Isora, de fecha 5 de marzo de 2002, que dice literalmente que "Luis Pablo habita desde el mes de junio del 2000 en Avda. (...) núm. (...), Playa San Juan, Guía de Isora".

Este informe invalida la razón que la Administración tuvo en cuenta para dictar la resolución recurrida, de suerte que podemos decir que *en la pretensión del actor existe una apariencia de buen derecho que, unida a los evidentes perjuicios que la ejecución de la expulsión ocasionaría al actor, y a la ausencia de daños para los intereses públicos*

*derivados de la suspensión, ha de llevar a la revocación de los autos impugnados y a la concesión de la suspensión que se postula» (24).*

En fin, resulta patente que en esta materia de extranjería los hechos y las circunstancias personales del extranjero resultan determinantes para que el Juez acceda a la suspensión de la expulsión. Así se desprende, por ejemplo, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo tal y como la expone en su sentencia de 17 de noviembre de 2004:

*«Es jurisprudencia consolidada que los vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, son relevantes para apreciar la existencia de arraigo en el territorio y determinantes de la prevalencia de tales vínculos frente al interés general en que se lleve acabo la expulsión de quien carezca de permiso o autorización para residir» (sentencias de esta Sala de 28 de diciembre de 1998, 23 de enero, 3 de mayo, 11 de octubre, 15 de noviembre y 4 de diciembre de 1999 y 20 de enero de 2001, entre otras).*

También es doctrina jurisprudencial que *la reagrupación familiar es causa justificativa de la suspensión de expulsiones u obligaciones de abandonar el territorio, dándole un significado social, que no se puede desconocer aunque el familiar, residente en España, tuviese una precaria situación económica, pues ha de valorarse desde la dimensión del vínculo parental, para lo que ha de tenerse en cuenta la autenticidad o no de la pretendida reagrupación familiar, de modo debe de otorgarse singular trascendencia a la convivencia de hecho, lazos afectivos y cumplimiento de deberes jurídicos, así como a las circunstancias personales y socioculturales de los interesados, evidenciadoras de las características de la familia, la cual puede ser más extensa que la meramente paterno-filial (entre otras, sentencias de esta Sala de 28 de diciembre de 1998, 23 de enero, 3 de mayo, 11 de octubre, 10, 15, 24, 25 y 28 de noviembre de 1999 y 25 de noviembre de 2000)» (25).*

No obstante, debe distinguirse entre un examen cautelar y *prima facie* a los efectos de decretar la suspensión, del examen pleno de la resolución administrativa sancionadora que constituye propiamente el litigio principal. Sólo observando esta distinción se respetaría la distinta naturaleza de la tutela cautelar y de la tutela judicial plena en el litigio principal.

### **3. La proporcionalidad en la elección entre la sanción de expulsión o la multa**

Probablemente, la cuestión más controvertida de la aplicación del régimen sancionador en materia de extranjería sea la interpretación la locución del art. 57.1 de la Ley de extranjería conforme al cual: «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 art. 53 de esta Ley Orgánica, *podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español*, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo».

En primer lugar no hay duda de que, tal y como prevé art. 55.3 y 4, la graduación de las sanciones se ajustará a «criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia»; así como, cuando se trate de una multa, habrá de tenerse «especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor». También, en el art. 119.3 del Reglamento de extranjería se establece un criterio de ponderación adicional basado en *«las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor»*.

En segundo lugar, la expulsión del extranjero resulta improcedente se deduce del propio Derecho español o, como veremos en el capítulo siguiente, si así resulta de la aplicación del Convenio Europeo y del Derecho de la Unión Europea. Por lo que se refiere a los límites del Derecho español, en la sentencia de 26 de enero de 2005 el Tribunal Supremo se emplea a fondo para anular una sanción de expulsión y la prohibición de entrada en España por un periodo de tres años de la ciudadana brasileña que había tenido un hijo menor de edad nacido en España (26). También en la jurisprudencia se establece un límite a la expulsión como consecuencia de la comisión de una infracción por carecer de la documentación preceptiva si había instado su expedición (27).

Pues bien, sin perjuicio de las anteriores consideraciones se han prologado en el último lustro interpretaciones divergentes de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la necesidad o no de motivar la elección que lleva a cabo la Administración entre las dos sanciones, bien la multa bien la expulsión. Y así, unos Tribunales Superiores consideran que la elección entre expulsión y multa no requiere motivación ni a la misma se aplica el principio de proporcionalidad «porque así lo establece la ley»; mientras que otros Tribunales Superiores anulan las resoluciones sancionadoras que imponen la expulsión si la Administración no ofrece explícitamente las razones que determinan la elección de la expulsión y en la medida en que no aplica proporcionalmente la sanción menos gravosa que, en principio, sería la multa.

Algunos Tribunales Superiores, como los de Extremadura (28), Valencia (29) o Madrid (30), consideran habilitada a la Administración para elegir la sanción de expulsión sin necesidad de dar razón alguna ni requerir una aplicación proporcionada de la sanción de expulsión. El Tribunal valenciano considera «en cuanto a la desproporcionalidad de la sanción de expulsión que no estamos en presencia de un supuesto de graduación de la sanción sino de la elección de una alternativa legal». Lo que representa, en sustancia, el mismo criterio mantenido por el Tribunal Superior de Madrid que, en la sentencia ya citada, considera proporcionada en todo caso la expulsión al preverlo así la Ley de extranjería.

En cambio, otros Tribunales Superiores –Andalucía, Baleares, Asturias, Cantabria y País Vasco– exigen que la Administración tenga en cuenta el principio de proporcionalidad y motive, con el fin de permitir un adecuado control jurisdiccional, la elección que lleva a cabo entre multa y expulsión.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía aplica el principio de proporcionalidad en la elección entre la expulsión y la multa en función de la naturaleza de la infracción (31). En el mismo sentido el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en su sentencia 499/2004, de 18 de junio, considera que «la elección de la que a cada caso concreto corresponda incumbe, desde luego, al órgano administrativo competente para sancionar, pero esa elección entre sanciones alternativas se encuentra sujeta, en general, al principio de congruencia y, por lo que aquí importa, al principio de proporcionalidad, de modo que, aun sin que quepa entender que la sanción pecuniaria fuese de aplicación preferente, no hay duda que la resolución sancionadora, cuando impone la expulsión, esto es, la sanción más gravosa en atención al derecho que limita, viene ineludiblemente obligada a contener la motivación correspondiente a que en el caso concreto se ha mantenido la debida proporcionalidad» (32).

También el Tribunal Superior de Asturias exige, con el fin de permitir llevar a cabo el control jurisdiccional, la motivación y la aplicación de la proporcionalidad (33). Más recientemente en su sentencia 122/2005, de 23 de junio, el Tribunal Superior asturiano se pronuncia claramente al respecto resolviendo que *«la Administración está obligada a motivar expresamente las razones por las que se sustituye la pena tipo que la de establecer para los supuestos de estancia ilegal --que no es otra más que la pecuniaria por la más grave de expulsión del territorio nacional-- y ello precisa en razón de no ser esta última la prevista con carácter básico y por la necesidad de que el administrado conozca y pueda combatir tales razones así como por la de que los Tribunales puedan controlar en debida forma la actividad administrativa; y si bien es conocida por este Tribunal la opinión que sostiene que en el caso de imponerse la sanción pecuniaria resultaría beneficiado el infractor, no se comparte la misma puesto que entonces carecería de sentido la previsión legal de dicha sanción para los supuestos de estancia ilegal del art. 53 a) de la LO 4/2000 modificadas por la LO 8/2000 y la LO 14/2003»* (34).

También sigue este criterio el Tribunal Superior de Cantabria que, por ejemplo, en la sentencia 675/2004, de 8 de octubre, anula la sanción de expulsión en la medida en que la Administración no había motivado la elección respecto de la multa (35). En fin, el Tribunal Superior vasco aplica la proporcionalidad a la elección entre multa y expulsión, tal y como se aprecia en la sentencia 1050/2004, de 12 de noviembre, en la medida en que *«se muestra como criterio principal de ponderación (y control jurisdiccional), primero, al tiempo de la elección sobre la naturaleza de la sanción a imponer (pecuniaria o restrictivas de derechos) y después, al decidir sobre su extensión cuantitativa, la gravedad de la infracción cometida y el grado de culpabilidad del sancionado»* (36).

Obviamente, cuando se justifica la imposición de la expulsión la proporcionalidad se aplica en la horquilla del período que dura la prohibición. Así, en la sentencia 1096/2004, de 9 de diciembre, el Tribunal vasco tiene en cuenta el principio de proporcionalidad pero no anula la expulsión sino que la rebaja de 5 a 3 años de prohibición (37).

La exigencia de motivación y de aplicación de la proporcionalidad resulta la solución más acertada. Por una parte, ha de tenerse en cuenta la gravedad de la sanción de expulsión por un período mínimo de tres años lo que exige ponderar las circunstancias personales y familiares del extranjero sancionado. Por otra parte, la motivación de la Administración permite que el control jurisdiccional sea apropiado y que pueda tener en cuenta, en su caso, los límites o las modulaciones que derivan del particular estatuto de extranjería aplicable al caso concreto. No obstante, debe reconocerse que estas diferencias de criterio entre los distintos Tribunales Superiores de Justicia reclaman, como ha analizado lúcidamente CHAVES GARCÍA, una jurisprudencia del Tribunal Supremo que, dado el sistema de recursos, se resiste a llegar (38).

#### **4. Los efectos retroactivos de hechos que impiden la ejecución de la sanción y su consideración judicial**

Dada la importancia que tienen las circunstancias personales y sociales en el régimen administrativo sancionador de extranjería, cuando el juez examina la legalidad de las resoluciones sancionadoras se plantea qué circunstancias debe tener en cuenta: las del momento en que se cometió la infracción o también las posteriores que podrían en determinados casos impedir la ejecución de la expulsión o que contribuirían a la graduación de la sanción. A esta cuestión intenta responder con particular prudencia el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de abril de 2002, en este caso el matrimonio posterior (39). Más abiertamente, el Tribunal Supremo reconoce la eficacia retroactiva de los hechos en su sentencia de 22 de mayo de 2003:

«Dicha sentencia, como ya antes se ha expresado, parte de la especial virtualidad que corresponde a los derechos fundamentales, y con esa base declara que la ignorancia por la Administración de la invalidez sobrevinida de la orden de expulsión, y derivada de su propia actuación, es contraria al derecho fundamental de tutela judicial efectiva.

Esa argumentación es acertada, porque efectivamente *la trascendencia que corresponde a los derechos fundamentales impone en la práctica administrativa y judicial la adopción de aquellas soluciones que mejor conduzcan a su real efectividad (arts. 9.2 y 53 CE); y el pronunciamiento del fallo aquí recurrido era la mejor manera de otorgar tutela judicial al derecho del recurrente a que operara en su favor la ineficacia sobrevinida de la expulsión, derivada de su implícita revocación por la Administración a través de los permisos de trabajo y residencia que posteriormente concedió»* (40).

En un sentido similar se ha pronunciado el Tribunal de Justicia que reconoce los efectos retroactivos a hechos posteriores como se deduce, por ejemplo, de la sentencia de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, en la que ha tenido en cuenta cómo *«en la práctica, no puede excluirse la posibilidad de que entre la fecha de la resolución de expulsión, por una parte, y la de su examen por el órgano jurisdiccional competente, por otra, surjan circunstancias que impliquen la desaparición o una considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el orden público, el comportamiento de la persona que haya sido objeto de una resolución de expulsión [de modo que] una práctica nacional como la descrita en la resolución de remisión puede vulnerar el derecho a la libre circulación de que gozan los*

nacionales de los Estados miembros y, en particular, su derecho a no ser objeto de medidas de expulsión sino en los casos extremos previstos en la Directiva 64/221. Esta afirmación vale muy especialmente cuando haya transcurrido un prolongado lapso de tiempo entre la fecha de la resolución de expulsión del interesado, por una parte, y la del examen de dicha resolución por el órgano jurisdiccional competente, por otra [por lo que] el art. 3 de la *Directiva 64/221 se opone a una práctica nacional conforme a la cual se considera que los órganos jurisdiccionales nacionales, al examinar la legalidad de la expulsión de un ciudadano de otro Estado miembro, no tienen que tener en cuenta los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes que puedan implicar la desaparición o la considerable disminución de la amenaza que constituiría, para el orden público, el comportamiento de la persona de que se trate. Tal es el caso, sobre todo, cuando ha transcurrido un prolongado lapso de tiempo entre la fecha de la resolución de expulsión, por una parte, y la del examen de dicha resolución por el órgano jurisdiccional competente, por otra*» (41).

En suma, bien como manifestación de un derecho fundamental del extranjero bien como resultado de la aplicación de un derecho reconocido por el Derecho de la Unión, en determinados casos los jueces deberán realizar un control de las sanciones administrativas impuestas a los extranjeros teniendo en cuenta circunstancias posteriores a la imposición de la sanción en la medida en que puedan modularla o incluso enervarla.

#### **IV. LOS LÍMITES Y LAS MODULACIONES DEL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR ESPAÑOL DE EXTRANJERÍA: EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

La pluralidad de estatutos de extranjería aplicables en España está marcada por dos regímenes especiales de gran trascendencia: el primero se funda en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y se aplica a todos los extranjeros; en cambio, el segundo deriva de la regulación del Derecho de la Unión Europea y se aplica de conformidad con los distintos estatutos a los nacionales de la Unión Europea, a los nacionales de Estados miembros del Espacio Económico Europeo o, en fin, a los nacionales de países terceros que cuentan con tratados internacionales celebrados con la Unión Europea (42).

A continuación hacemos un recorrido por algunos de los principios esenciales deducidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que operan como límite o como moduladores del ejercicio de poder administrativo sancionador en materia de extranjería.

##### **1. El derecho a la vida privada y familiar como límite a la expulsión de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El Convenio Europeo de Derechos Humanos no consagra un derecho específico de los extranjeros de entrada o de residencia en los países que son parte en este tratado internacional. Sin embargo, en algunos supuestos el régimen sancionador, sea penal o administrativo, en materia de extranjería resulta particularmente limitado por el Convenio de Roma. Tal es el caso de la sanción administrativa o penal consistente en la expulsión de un extranjero que debe respetar el derecho a la vida privada y familiar en los términos interpretados por el Tribunal Europeo.

El juicio de ponderación que realiza el Tribunal Europeo en los recursos que se le someten consiste, básicamente, en determinar si la prohibición de residir está adoptada de acuerdo con la ley, persigue un objetivo legítimo como es el de prevenir las alteraciones del orden público y la delincuencia, y si la interferencia es necesaria en una sociedad democrática, es decir, si se ajusta al principio de proporcionalidad.

En la sentencia de 17 de abril de 2003, *Yilmaz c. Alemania*, el Tribunal Europeo aplica el principio de proporcionalidad a la expulsión por tiempo indefinido de Alemania de un turco. El punto de partida del razonamiento del Tribunal Europeo se funda en la necesidad de respetar «un equilibrio adecuado entre los intereses en juego, es decir, de una parte, el derecho del interesado al respeto de su vida familiar y, de otra parte, la protección del orden público y la prevención de las infracciones penales» (43).

A continuación el Tribunal Europeo explicó, por una parte, los vínculos familiares del ciudadano turco en Alemania: un inmigrante de segunda generación que había nacido en Alemania donde vivían sus padres y sus dos hermanas, donde tenía un hijo de una ciudadana alemana y que apenas contaba con vínculos en su país de origen. Y, por otra, el Tribunal Europeo consideró que el ciudadano turco había sido condenado por delitos relacionados con el tráfico de drogas y, por tanto, suficientemente graves. Ahora bien, el Tribunal Europeo reprochó a Alemania que la expulsión no estuviese limitada en el tiempo lo que, a la vista del caso concreto, era «desproporcionada respecto de los fines legítimos perseguidos».

La sentencia de 15 de julio de 2003, *Mokrani c. Francia*, explica cómo deben entenderse los límites que implica el Convenio Europeo para la expulsión de un extranjero, en este caso de un argelino que había nacido y residía en Marsella de modo que, ciertamente, «el Convenio no garantiza, en cuanto tal, ningún derecho de un extranjero de entrar o de residir en el territorio de un país determinado»; sin embargo, «excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respecto de la vida familiar, tal y como está protegido por el art. 8.1 del Convenio» (44).

Por eso el Tribunal Europeo determina en esta misma sentencia *Mokrani c. Francia* los casos en que estaría justificada una injerencia en la vida privada del ciudadano extranjero cuando sea necesaria en una sociedad democrática, es decir, si está justificada por una razón social imperiosa y, particularmente, se es proporcionada al fin legítimo perseguido (45).

En fin, en la sentencia de 22 de abril de 2004, *Radovanovic c. Austria*, el Tribunal Europeo examinó si Austria había respetado los derechos protegidos por el Convenio al haber expulsado por tiempo indefinido al serbio-bosnio Jovo Radovanovic: éste había nacido en Viena en 1979, a los siete meses de haber nacido se trasladó a vivir con sus abuelos a la antigua Yugoslavia donde terminó la escuela primaria, aunque pasaba las vacaciones escolares con sus padres en Austria; en 1989, con 10 años de edad, volvió a vivir con sus padres y su hermana en Viena, donde terminó la escuela secundaria y completó un curso de formación profesional de carnicería y en mayo de 1993 recibió un permiso de residencia ilimitado; no obstante, en julio de 1997 el Tribunal de menores de Viena declaró al demandante culpable de varios robos y de allanamiento de morada y lo condenó a 30 meses de prisión, de los que 24 quedaron suspendidos durante un periodo de prueba de tres años, lo que determinó la expulsión del país y la prohibición indefinida de volver. En este caso el Tribunal Europeo llegó a la conclusión de que tal decisión austríaca vulneraba el derecho a la vida privada y familiar dado que «la imposición de una prohibición de residencia por tiempo indefinido fue una medida extremadamente rigurosa. En este sentido, una medida menos aflictiva, como la prohibición durante un tiempo determinado, hubiese bastado. Así pues, el Tribunal concluye que las autoridades austríacas al imponer al recurrente la prohibición de residencia por tiempo ilimitado no han realizado una ponderación equilibrada entre los intereses implicados y que los medios empleados fueron desproporcionados respecto del objetivo perseguido en las circunstancias de autos» (46).

En fin, resulta especialmente reseñable la recepción de esta jurisprudencia europea por los tribunales españoles y a estos efectos es elocuente la sentencia 910/2004, de 1 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que aplica el principio de proporcionalidad y sustituye la expulsión por multa teniendo en cuenta que la expulsión supone injerencia desproporcionada en la vida privada del extranjero expulsado que, no obstante, mantenía en España a su mujer y a dos hijos (47).

## **2. Los límites de la potestad administrativa sancionadora en materia de extranjería en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

El estatuto de extranjería más importante del Derecho español es, sin lugar a dudas, el que resulta de la aplicación del Derecho de la Unión Europea o, más bien, de los distintos regímenes del Derecho comunitario europeo --en algunos casos superpuestos-- a los que se someten los extranjeros.

Así, por ejemplo, los nacionales de otros Estados de la Unión pueden invocar derechos en su condición de trabajadores, de prestadores o de receptores de servicios, para el ejercicio del derecho de establecimiento o, simplemente, como ciudadanos de la Unión; incluso en algunos supuestos, como es el caso de los nacionales de Polonia, Hungría, República checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania, Malta y Chipre --Estados miembros que se han incorporado el 1 de mayo de 2004-- , pueden estar sometidos a regímenes transitorios que, por lo general, restringen temporalmente la libre circulación de trabajadores. Pero también existe un régimen particular aplicable a los nacionales de terceros países que estén vinculados a un ciudadano de la Unión y que, por tanto, gozan de derechos específicos que pueden inmunizar total o parcialmente al extranjero respecto del régimen sancionador español.

Por otra parte, los nacionales de terceros países deben clasificarse por categorías y en función de estatutos tan especiales como los nacionales de Estados del Espacio Económico Europeo (Noruega, Islandia y Liechtenstein) o asimilados (Suiza); y en menor medida ha de tenerse en cuenta el régimen particular de los nacionales de terceros países amparados por tratados internacionales celebrados por la Comunidad Europea, como es el caso de los Acuerdos de asociación (Turquía) o los denominados Acuerdos europeos (los Países de Europa central y oriental antes de su adhesión, la Federación rusa, etc.).

Sin pretender ser exhaustivos exponemos a continuación algunos límites que impone el Derecho de la Unión a la aplicación del régimen administrativo sancionador distinguiendo entre los derechos de los nacionales de la Unión, los derechos de los nacionales de terceros países con vínculos con ciudadanos de la Unión que ejercen libertades comunitarias, y los derechos de nacionales de terceros países sometidos al régimen general comunitario europeo (48).

### *A) Los derechos de los nacionales de la Unión como límite a la potestad sancionadora*

Con carácter previo es preciso recordar que el Derecho de la Unión, por ejemplo el mismo estatuto de ciudadanía europea, ha exigido la adaptación del régimen constitucional español (49). Pero es, sobre todo, el régimen legal de extranjería aplicable a los nacionales de la Unión el que exige una especial adaptación hasta el punto de que el art. 1.3 de la Ley de extranjería dispone:

«Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables» (50).

La evolución en la integración europea --sometida en las dos últimas décadas a un vertiginoso cambio constitucional-- y los continuos avances en la legislación comunitaria y los desarrollos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia plantean continuamente dudas sobre si la adaptación del régimen español de extranjería es conforme con el Derecho de la Unión. A título de ejemplo, el Tribunal Supremo ha anulado precisamente en su sentencia de 9 de febrero de 2005, el art. 18.2 del referido RD 178/2003 por la razón siguiente:

«No se puede negar que atribuir a la denegación de la tarjeta de residencia a un nacional de Estados miembros de la Unión Europea, o partícipes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, el efecto de obligarle a abandonar nuestro país no solamente contraviene el principio de proporcionalidad que impide reputar causa bastante de orden, seguridad o sanidad pública a esta sola circunstancia, en sí misma considerada, sino que se halla en contradicción con el mismo catálogo de resoluciones a adoptar que se especifica en el art. 16, según el cual la denegación de la expedición o renovación de la tarjeta de residencia y la expulsión del territorio nacional se consideran medidas diferentes, y no consecuencia la una de la otra» (51).

También el Tribunal Constitucional ha comprendido el alcance del Derecho de la Unión como límite a la potestad del Estado en relación con los nacionales de Estados miembros de la Unión (52). Pero, donde sin duda se manifiestan la naturaleza de límite del ordenamiento comunitario y el efecto de modulación de las potestades estatales en materia de extranjería, es en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En la evolución de esta doctrina se observa claramente cómo la libertad de circulación de los trabajadores, se transforma en libre circulación de personas y, en fin, paulatinamente, se proclama un derecho de circulación de los ciudadanos de la Unión.

Sobre los límites a las libertades comunitarias, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en numerosas sentencias. Por lo que ahora importa conviene destacar, por una parte, que las autoridades nacionales pueden invocar la excepción de orden público para restringir las libertades comunitarias. No obstante, tal y como señala el Tribunal de Justicia en la sentencia de 26 de noviembre de 2002, *Oteiza Olazábal*, esta excepción sólo puede interpretarse de forma restrictiva y respetando el principio de proporcionalidad por lo que «un Estado miembro no puede, amparándose en la reserva de orden público contenida en los arts. 48 y 56 del Tratado, adoptar frente a un nacional de otro Estado miembro medidas provocadas por un comportamiento que, de ser realizado por los nacionales del primer Estado miembro, no da lugar a medidas represivas o a otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir dicho comportamiento» (53).

Sin embargo y para tener en cuenta las diferencias entre los referidos estatutos de los extranjeros en el Derecho de la Unión, basta con recordar la sentencia de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri*, referida a dos nacionales comunitarios --el primero griego y el segundo italiano-- residentes en Alemania y con fuertes vínculos personales; toxicómanos y que habían sido expulsados por la gravedad de las infracciones cometidas según la legislación alemana. El Tribunal de Justicia se pronunció como consecuencia de sendos reenvíos prejudiciales del Tribunal administrativo de Stuttgart poniendo de manifiesto minuciosamente el alcance los límites que tanto el Tratado CE como las Directivas aplicable supone en función de que se ejerza la libre circulación de trabajadores --como era el caso del griego que había realizado diversos trabajos por cuenta ajena, interrumpidos por prologados períodos de desempleo--; o se invoque el estatuto de ciudadanía de la Unión o se pretenda el amparo de la libre prestación de servicios en el mercado común --como ocurría en el supuesto del italiano, que había contraído el sida y la hepatitis C crónica, que no parece que formase parte del mercado de trabajo alemán y que, sin embargo, requería cuidados médicos dado que se encontraba gravemente enfermo y pronto fallecería y que, según el hospital del centro penitenciario alemán, probablemente no pudiese recibir en Italia-- (54).

Y en un sentido similar se pronuncia el Tribunal de Justicia en la sentencia de 17 de febrero de 2005, *Oulane*, respondiendo a un reenvío prejudicial de un tribunal holandés y en relación con un nacional francés que había sido detenido por la policía. El extranjero comunitario no portaba ningún documento que acreditase su identidad por lo que fue internado y posteriormente expulsado. En la sentencia el Tribunal comunitario recuerda que «las medidas de privación de libertad o de expulsión basadas exclusivamente en el incumplimiento por el interesado de las formalidades legales relativas al control de extranjeros menoscaban la propia esencia del derecho de residencia, directamente reconocido por el Derecho comunitario, y resultan manifiestamente desproporcionadas en relación con la gravedad de la infracción» (55).

En el mismo sentido se pronuncia el abogado general Ruiz-Jarabo en un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión Europea contra Bélgica por mantener un ordenamiento y una práctica administrativa consistente en expulsar a los nacionales comunitarios «por el simple hecho de no observar en plazo los trámites necesarios para que se les expida el permiso de residencia». El recurso se había formulado a raíz de que una ciudadana portuguesa que se traslada a Bélgica para convivir con su compañero, quien se compromete a sustentarla y que se decreta su expulsión automática por falta de aportación en plazo de los documentos requeridos (56).

En suma, los derechos reconocidos a los nacionales de la Unión no les inmuniza frente al régimen administrativo sancionador y en determinados supuestos es también posible su expulsión de España, siempre y cuando se respeten los límites impuestos por el Derecho de la Unión (57).

#### *B) Los derechos de los nacionales de terceros países vinculados a nacionales de la Unión*

En el caso de los nacionales de terceros países vinculados, generalmente por lazos familiares, a los ciudadanos de la Unión Europea, gozan de una serie de derechos derivados del Derecho de la Unión que operan también como límites en el régimen administrativo sancionador. La aplicación de estos derechos, vinculados a los ciudadanos comunitarios, exige que por estos últimos se haya ejercido el derecho a la libre circulación en la Unión Europea (58). Sin embargo, esta exigencia de que el nacional comunitario ejerza una de las libertades comunitarias ha sido muy debilitada al aplicarse el estatuto de ciudadanía de la Unión. Uno de los ejemplos más significativos es la sentencia, de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, en la que el Tribunal de Justicia consideró que una niña que había nacido en Belfast de padres chinos y que había adquirido la nacionalidad irlandesa pudiese, a pesar de tener ocho meses, solicitar y obtener para ella y para su madre un permiso de residencia de larga duración en el Reino Unido dado que, a juicio del Tribunal de Justicia, «un niño de corta edad puede invocar los derechos de libre circulación y de residencia garantizados por el Derecho comunitario» (59).

Por otra parte, en la citada sentencia *MRAX*, de 25 de julio de 2002, el Tribunal de Justicia respondió a varias cuestiones prejudiciales formuladas por el Consejo de Estado belga que examinaba la legalidad de una circular del Gobierno nacional en relación con determinados visados de reagrupación familiar. A estos efectos, el Tribunal comunitario explicó que «un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los arts. 10 de la Directiva 68/360 y 8 de la Directiva 73/148» (60).

Del mismo modo, un nacional de un país tercero casado con un nacional comunitario que ha ejercido una libertad de circulación en el mercado interior goza de derechos amparados por el Derecho de la Unión. Así se deduce, por ejemplo, de dos sentencias muy significativas del Tribunal de Justicia: la sentencia de 7 de julio de 1992, *Singh* (61) y la sentencia de 23 de septiembre de 2003, *Akrich* (62).

La primera sentencia *Surinder Singh* se refería a este ciudadano hindú que había contraído matrimonio con una ciudadana británica y juntos habían trabajado en Alemania y volvían para establecerse y trabajar en el Reino Unido. El Tribunal de Justicia reconoció que el cónyuge de un nacional comunitario que se desplaza al territorio de otro Estado miembro --en este caso a Alemania-- para ejercer una actividad por cuenta ajena y que regresa para establecerse en su país --Reino Unido-- debe disfrutar, cuando menos, de los mismos derechos que le otorgaría el Derecho comunitario si su esposo entrase y residiese en el territorio de otro Estado miembro.

La segunda sentencia versaba sobre un marroquí que se había casado con una ciudadana británica, residía en Dublín y deseaba regresar al Reino Unido de donde había sido expulsado. En este supuesto el Tribunal de Justicia precisó que «cuando un ciudadano de la Unión establecido en un Estado miembro, casado con un nacional de un país tercero con derecho a residir en ese Estado miembro, se traslada a otro Estado miembro para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, este traslado no debe traducirse en la pérdida de la posibilidad de vivir legalmente juntos, razón por la cual el art. 10 del Reglamento 1612/68 concede a dicho cónyuge el derecho a instalarse en ese otro Estado miembro» (63). No obstante, el Tribunal comunitario reconoció en la misma sentencia *Akrich* los abusos que con frecuencia se cometen mediante matrimonios de conveniencia. En fin, el Tribunal de Justicia terminó recordando que en este tipo de asuntos era aplicable el Convenio Europeo de Derechos Humanos tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a estos efectos puntualizó que «aunque el Convenio no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el art. 8, apartado 1, del Convenio. Tal injerencia infringe el Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté "prevista por la ley" y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, "en una sociedad democrática, sea necesaria", es decir, que esté justificada por una necesidad social imperiosa y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida» (64).

Así pues, tanto los nacionales de la Unión como sus familias gozan de una serie de derechos que es preciso determinar en cada caso y que operan bien como límites a las sanciones adoptadas de conformidad con el régimen administrativo de extranjería, bien como modulación de las sanciones que en su caso se impongan, constituyendo el Derecho de la Unión un elemento importante de ponderación a la hora de aplicar la proporcionalidad en la graduación de la sanción.

### C) Los derechos de los nacionales de terceros países como límite a la potestad sancionadora

El impulso del Tratado de Maastricht y la configuración constitucional en el Tratado de Amsterdam del espacio de libertad, seguridad y justicia han permitido establecer un detallado estatuto jurídico de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. El Tratado Constitucional de 29 de octubre de 2004 constituye la culminación en la consagración de un estatuto de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. Este régimen comunitario de extranjería estaría presidido por el art. III-257.2 de la Constitución europea que proclama el principio de equidad en el trato a los ciudadanos de terceros países lo que constituye el núcleo esencial del estatuto de los nacionales no comunitarios en la Unión Europea y exige de las instituciones europeas y de las autoridades nacionales la observancia de los derechos fundamentales y una actitud abierta y humanitaria en el control de fronteras, la expedición de visados, la concesión de asilo, la acogida de los refugiados, etc., que, desde luego, constituye la manifestación de la mejor tradición política europea.

Aun cuando los desarrollos constitucionales, dado que está pendiente de ratificar la Constitución europea, y la aplicación de los nuevos Reglamentos y Directivas han sido adoptados muy recientemente como para que se haya podido desarrollar ampliamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se aprecia fácilmente que los derechos conferidos a los nacionales de terceros países por el Derecho de la Unión constituyen un límite o suponen modulaciones en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora.

Así, en la sentencia de 11 de febrero de 2003, *Gözütok y Brügger*, el Tribunal de Justicia interpretó, a instancias de un tribunal alemán de Colonia y de un tribunal belga, respectivamente, el art. 54 del Convenio de Aplicación de Acuerdo de Schengen que consagra el principio *non bis in idem* en materia penal. En el asunto *Gözütok*, este nacional turco había sido detenido en Alemania donde se le acusó ante los tribunales alemanes de haberse dedicado al tráfico de estupefacientes; no obstante, este extranjero no comunitario residía en Holanda y había sido objeto de diligencias penales por estar en posesión de distintos tipos de droga pero habían sido archivadas como consecuencia de la intervención del Ministerio fiscal holandés. En el asunto *Brügger* se trataba de un alemán contra el que la Fiscalía belga

había iniciado diligencias penales ante el tribunal belga por lesiones dolosas causadas a otra persona; no obstante, como consecuencia de las diligencias de investigación practicadas por el Ministerio fiscal alemán el Sr. Brügge llegó a un acuerdo amistoso con la lesionada por lo que, la Fiscalía alemana ordenó el archivo del procedimiento penal.

En ambos casos se plantea si el archivo de un proceso penal por el Ministerio fiscal de un Estado miembro y sin intervención de un órgano jurisdiccional impide que el mismo asunto sea objeto de enjuiciamiento en otro Estado. El Tribunal de Justicia consideró aplicable el art. 54 del Convenio de Schengen en la medida en que «pretende evitar que una persona, por el hecho de que ejerza su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros, [y dado que] sólo puede contribuir eficazmente al íntegro cumplimiento de tal objeto si se aplica también a las decisiones por las que se archivan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aun cuando se adopten sin intervención de un órgano jurisdiccional y no adopten la forma de una sentencia» (65).

Los desarrollos más significativos de la jurisprudencia comunitaria relativa al estatuto de nacionales no comunitarios se refieren a los derechos que derivan de tratados internacionales celebrados por las Comunidades Europeas con los respectivos países terceros.

Por ejemplo, el Acuerdo de asociación celebrado por la Comunidad Europea y Turquía ha producido una copiosa jurisprudencia. De las decisiones más recientes del Tribunal de Justicia basta referirse, por ejemplo, al asunto *Savas*, resuelto por la sentencia, de 11 de mayo de 2000, y al asunto *Kurz*, que fue examinado por la sentencia, de 19 de noviembre de 2002.

En la primera sentencia se planteaba la aplicación del derecho de establecimiento reconocido en el Acuerdo de asociación a los esposos de nacionalidad turca, Sr. y Sra. Savas. En respuesta a las cuestiones planteadas por la High Court of Justice inglesa, el Tribunal de Justicia precisó las diferencias entre el estatuto de los nacionales comunitarios y de los nacionales turcos concluyendo: «en el estado actual del Derecho comunitario, las disposiciones relativas a la Asociación CEE-Turquía no invaden la competencia de los Estados miembros para regular tanto la entrada en su territorio de los nacionales turcos como las condiciones de su primer empleo, sino que únicamente regulan la situación de los trabajadores turcos ya legalmente integrados en el mercado de trabajo de los Estados miembros [...] estos derechos conferidos a los trabajadores turcos en el ámbito laboral implican necesariamente la existencia de un correlativo derecho de residencia a favor de los interesados, pues en otro caso quedaría privado de eficacia el derecho a acceder al mercado de trabajo y a ejercer un empleo» (66).

Aunque el Tribunal de Justicia no fue tajante y dejó en manos del juez inglés la solución, subrayó, no obstante, que el ciudadano turco que ha ejercido actividades profesionales por cuenta propia infringiendo la normativa nacional sobre inmigración no puede beneficiarse del derecho conferido por el Acuerdo de asociación.

En la segunda sentencia del Tribunal de Justicia, de 19 de noviembre de 2002, se pronunciaba sobre una cuestión planteada por un Tribunal alemán ante el que había recurrido Kurz, un nacional turco a quien el Land de Baden-Württemberg le había denegado un permiso de residencia indefinida y le había expulsado de Alemania. El Tribunal de Justicia llegó a una interpretación conforme a la cual «un nacional turco autorizado a entrar en el territorio de un Estado miembro con un visado "válido tan sólo para una formación", al que se le ha entregado posteriormente una autorización de residencia provisional limitada a la actividad desempeñada en el marco de su formación profesional con un empresario determinado y que, en este contexto, ha ejercido legalmente una actividad económica real y efectiva para el citado empresario como contrapartida de la cual ha percibido una retribución correspondiente al trabajo realizado es un trabajador que forma parte del mercado legal de trabajo del citado Estado miembro y ocupa en él un empleo legal en el sentido de la referida disposición». Esto suponía, a juicio del Tribunal de Justicia, que, en aplicación de los principios de primacía y efecto directo del tratado internacional en cuanto que formaba parte del Derecho comunitario, «los Estados miembros no pueden adoptar una normativa en materia de policía de extranjeros ni aplicar una medida relativa a la residencia en su territorio de un nacional turco que pueda obstaculizar el ejercicio de los derechos que el Derecho comunitario reconoce expresamente a dicho nacional» (67).

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha interpretado otros Acuerdos europeos celebrados por la Comunidad Europea con Polonia, República checa y Bulgaria, en las sentencias de 27 de septiembre de 2001, *Gloszczuk* (C-63/1999), *Barkoci y Malik* (C-257/1999) e *Ivanova Kondova* (C-235/1999), respectivamente. En estas sentencias, a petición de la High Court of Justice de Inglaterra y Gales, el Tribunal de Justicia distinguió la aplicación del derecho de establecimiento tal y como se reconoce en el Tratado CE a los ciudadanos comunitarios y en los términos que resultan de un tratado internacional en favor de un ciudadano no comunitario (68). Esta jurisprudencia comunitaria ha sido aplicada sin mayores problemas por los tribunales españoles y, en particular, destaca la interpretación que ofrece el Tribunal Constitucional en su sentencia 130/1995, de 11 de septiembre, relativa a la denegación de una ayuda social solicitada por un marroquí residente en España y que había quedado en situación de desempleo (69).

A pesar de la pluralidad de estatutos de los extranjeros en el Derecho de la Unión, parece inevitable, a la vista de las nuevas previsiones constitucionales europeas, que se aproximen. Esta tendencia se aprecia también en la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo español que asume un concepto de orden público que si bien es aplicable en el marco del Derecho comunitario se emplea respecto de la legislación española de extranjería referida a ciudadanos no comunitarios (70).

(1) BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000. La LO 14/2003, de 20 de noviembre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003) es por el momento la última reforma legal. Asimismo, el Reglamento vigente de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, fue aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005).

(2) TC (Sala 2.ª), sentencia 107/1984, de 23 de noviembre (Ponente: Rubio Llorente, FJ 3.4 a 6 y FJ 4).

(3) TC (Pleno), sentencia 115/1987, de 7 de julio (Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

(4) TC (Pleno), sentencia 115/1987, de 7 de julio, antes citada (voto particular de Rubio Llorente, Tomás y Valiente y García-Mon, párrafo 7).

(5) TC (Pleno), sentencia 115/1987, de 7 de julio, ya citada, FJ 1.15 y 22.

(6) TC (Sala 1.ª), sentencia 116/1993, de 29 de marzo (Ponente: Gimeno Sendra): «De acuerdo con este precepto --que solamente reserva a los españoles la titularidad de determinados derechos reconocidos en el art. 23 CE, con el alcance que precisamos en la Declaración 1 julio 1992-- resulta claro que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19, si bien en los términos que establezcan los tratados y la Ley (art. 13.1 CE)» (FJ 2.3).

(7) TC (Sala 2.ª), sentencia 13/2001, de 29 de enero (Ponente: Jiménez Sánchez; voto particular de González Campos).

(8) TC (Sala 2.ª), sentencia 12/1994, de 17 de enero (Ponente: Gimeno Sendra, FJ 6.4).

(9) TC (Sala 2.ª), sentencia 96/1995, de 19 de junio (Ponente: Gabaldón López, FJ 3).

(10) TC (Sala 1.ª), sentencia 24/2000, de 31 de enero (Ponente: Garrido Falla).

(11) TC (Pleno), sentencia 115/1987, de 7 de julio, ya citada, FJ 4.9.

(12) TS (Sala 3.ª, Sección 7.ª), sentencia de 15 de febrero de 2005 (recurso 6927/1999, Ponente: González Rivas).

(13) TS (Sala 3.ª, Sección 5.ª), sentencia de 26 de enero de 2005 (recurso 3725/2001, Ponente: Fernández Valverde).

(14) TC (Sala 1.ª), sentencia 116/1993, de 29 de marzo (Ponente: Gimeno Sendra, FJ 3.10 y 11).

(15) TS (Sala 3.ª, Sección 7.ª), sentencia de 22 de mayo de 2000 (recurso 1911/1996, Ponente: Trillo Torres).

(16) TS (Sala 3.ª, Sección 7.ª), sentencia de 23 de diciembre de 2004 (recurso 7806/2002, Ponente: Lucas Murillo de la Cueva, FJ 4, *in fine*).

(17) TSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife), sentencia 648/2002, de 29 de mayo (recurso 1915/1998, Ponente: Alfonso Barrera).

(18) TS (Sala 3.ª, Sección 6.ª), sentencia de 14 de diciembre de 1998 (recurso 5155/1994, Ponente: Peces Morate); véase, también, la TS (Sala 3.ª, Sección 4.ª), sentencia de 26 de noviembre de 2002 (recurso 3693/1998, Ponente: Martí García, FJ 2, *in fine*).

(19) Véanse los detalles en el art. 121 del Reglamento de extranjería.

(20) TS (Sala 3.ª, Sección 5.ª), sentencia de 3 de marzo de 2005 (recurso 6963/2001, Ponente: Enriquez Sancho).

(21) TS (Sala 3.ª, Sección 5.ª), sentencia de 18 de enero de 2005 (recurso 7195/2001, Ponente: Yagüe Gil).

(22) Los procedimientos sancionadores son: el procedimiento ordinario, regulado en los arts. 122 a 129 del Reglamento; el procedimiento preferente, arts. 130 a 134 del Reglamento; y el procedimiento simplificado, reservado para las infracciones leves, arts. 135 a 137 del Reglamento de extranjería.

(23) TS (Sala 3.ª, Sección 5.ª), sentencia de 24 de noviembre de 2004 (recurso 6922/2002, Ponente: Menéndez Pérez, FJ 4).

(24) TS (Sala 3.ª, Sección 5.ª), sentencia de 24 de noviembre de 2004 (recurso 4099/2002, Ponente: Yagüe Gil).

(25) TS (Sala 3.ª, Sección 5.ª), sentencia de 17 de noviembre de 2004 (recurso 4547/2002, Ponente: Peces Morate).

(26) TS (Sala 3.ª, Sección 5.ª), sentencia de 26 de enero de 2005 (recurso 1164/2001, Ponente: Yagüe Gil).

(27) TC (Sala 1.ª), sentencia 94/1993, de 22 de marzo (Ponente: De la Vega Benayas, FJ 5, *in fine*).

(28) TSJ Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia de 27 de noviembre de 2001 (recurso 1404/1998, Ponente: Cruz Mera).

(29) TSJ Valencia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), sentencia 2006/2004, de 3 de diciembre (recurso 32/2004, Ponente: Vidal Más).

(30) TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), sentencia 1302/2004, de 9 de septiembre (recurso 372/2002, Ponente: Rodríguez Martí).

- (31) TSJ Andalucía (Sevilla), sentencia de 30 de enero de 2003 (recurso 894/2001, Ponente: Vázquez García).
- (32) TSJ Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), sentencia 499/2004, de 18 de junio (recurso 1286/2002, Ponente: Delfont Maza).
- (33) TSJ Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), sentencia 643/2001, de 4 de julio (recurso 1487/1998, Ponente: Querol Carceller, FJ 4).
- (34) TSJ Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), sentencia 122/2005, de 23 de junio (recurso de apelación 19/2005, Ponente: González Rodríguez, FJ 3).
- (35) TSJ Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), sentencia 675/2004, de 8 de octubre (recurso 105/2004, Ponente: Tolosa Tribiño).
- (36) TSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), sentencia 1050/2004, de 12 de noviembre (recurso 2485/2003, Ponente: Hernández Hernández).
- (37) TSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), sentencia 1096/2004, de 9 de diciembre (recurso 96/2004, Ponente: Hernández Hernández, FJ 6).
- (38) José Ramón CHAVES GARCÍA, «La expulsión de extranjeros: una incertidumbre interpretativa judicial insostenible», *Al Día Información Jurídica Aranzadi*, núm. 55, febrero de 2005, págs. 1-5.
- (39) TS (Sala 3.ª, Sección 7.ª), sentencia de 5 de abril de 2002 (recurso 10252/1997, Ponente: Trillo Torres).
- (40) TS (Sala 3.ª, Sección 7.ª), sentencia de 22 de mayo de 2003 (recurso 2236/1999, Ponente: Maurandi Guillén).
- (41) TJCE, sentencia de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri* (C-482/2001 y C-493/2001, rec. I-5257, apartados 77 a 82).
- (42) David ORDÓÑEZ SOLÍS, «Los nacionales no comunitarios en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1983, año LIX, 15 de febrero de 2005, págs. 441-476.
- (43) TEDH, sentencia de 17 de abril de 2003, *Yilmaz c. Alemania*, § 43.
- (44) TEDH, sentencia de 15 de julio de 2003, *Mokrani c. Francia*, § 23.
- (45) TEDH, sentencia *Mokrani c. Francia*, ya citada, §§ 24 y 27.
- (46) TEDH, sentencia, de 22 de abril de 2004, *Radovanovic c. Austria* (recurso 42703/1998, §§ 36 y 37).
- (47) TSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), sentencia 910/2004, de 1 de octubre (recurso 2843/2003, Ponente: Orue Bascones).
- (48) David ORDÓÑEZ SOLÍS, «Ciudadanos de la Unión, trabajadores no comunitarios y libre circulación: tendencias constitucionales y desarrollos jurisprudenciales en la Unión Europea», *Unión Europea Aranzadi*, vol. XXIX, 1/2002, enero de 2002, págs. 5-13.
- (49) Hasta el momento la única modificación de la Constitución de 1978 fue realizada el 27 de agosto de 1992 y consistió en añadir la locución «y pasivo» en el art. 13.2 de la Constitución, con el fin de adaptarla a las exigencias derivadas de la consagración por el Tratado de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, del derecho de sufragio activo y pasivo de los nacionales de la Unión en las elecciones municipales.
- (50) Véase también el RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (*BOE* núm. 46, de 22 de febrero de 2003).
- (51) TS (Sala 3.ª, Sección 4.ª), sentencia de 9 de febrero de 2005 (recurso núm. 71/2003, Ponente: Soto Vázquez, FJ 3).
- (52) TC (Sala 1.ª), sentencia 94/1993, de 22 de marzo (Ponente: De la Vega Benayas, FJ 3, *in fine*).
- (53) TJCE, sentencia de 26 de noviembre de 2002, *Oteiza Olazábal* (C-100/2001, rec. I-10981, apartado 42).
- (54) TJCE, sentencia de 29 de abril de 2004, *Orfanopoulos y Oliveri* (C-482/2001 y C-493/2001, rec. I-5257, apartados 47 a 54).
- (55) TJCE, sentencia de 17 de febrero de 2005, *Oulane* (C-215/2003).
- (56) TJCE, Conclusiones del abogado general. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, 25 de octubre de 2005, *Comisión / Bélgica* (C-408/2003, apartado 48).
- (57) TSJ País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), sentencia 109/2004, de 6 de febrero (recurso 1878/2002, Ponente: Ibarra Robles) en virtud de la cual se considera proporcionada la expulsión administrativa de un portugués residente en San Sebastián con prohibición de entrada por 10 años.
- (58) TJCE, sentencia de 25 de julio de 2002, *MRAX* (C-459/1999, pág. I-6591, apartado 39).
- (59) Sentencia, de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen* (C-200/2002, pág. I-9926, apartado 20).
- (60) TJCE, sentencia de 25 de julio de 2002, *MRAX*, ya citada, apartado 62.

- (61) TJCE, sentencia de 7 de julio de 1992, *Singh*(C-370/1990, pág. I-4265).
- (62) TJCE, sentencia de 23 de septiembre de 2003, *Akrich* (C-109/2001, pág. I-9607).
- (63) TJCE, sentencia de 23 de septiembre de 2003, *Akrich*, ya citada, apartado 52.
- (64) TJCE, sentencia de 23 de septiembre de 2003, *Akrich*, ya citada, apartado 59.
- (65) TJCE, sentencia de 11 de febrero de 2003, *Gözütok y Brügge*(C-187/2001 y C-385/2001, pág. I-1345, apartado 38).
- (66) TJCE, sentencia de 11 de mayo de 2000, *Savas* (C-37/1998, pág. I-2927, apartados 58 a 60).
- (67) TJCE, sentencia, de 19 de noviembre de 2002, *Kurz*, (C-188/2000, pág. I-10691, apartados 61 y 67); véase también la sentencia de 7 de julio de 2005, *Ceyhan Aydınli/Land Baden-Württemberg* (C-373/2003); asimismo, en la sentencia de 7 de julio de 2005, *Ergül Dogan/Sicherheitsdirektion für das Bundesland Vorarlbergel* (C-283/2003), el Tribunal de Justicia llega a esta conclusión: «un nacional turco que tiene derecho a acceder libremente a cualquier actividad laboral por cuenta ajena de su elección con arreglo al art. 6, apartado 1, tercer guión, de la Decisión 1/1980, no pierde ese derecho por no haber ejercido un empleo durante su internamiento en prisión, aunque el internamiento dure varios años, dado que su ausencia del mercado legal de trabajo del Estado miembro de acogida sólo es provisional» (apartado 25).
- (68) TJCE, sentencia de 27 de septiembre de 2001, *Głoszczuk*, (C-63/1999, rec. pág. I-6369, apartado 77).
- (69) TC (Sala 2.ª), sentencia 130/1995, de 11 de septiembre (Ponente: Gabaldón López, FJ 4).
- (70) TS (Sala 3.ª, Sección 6.ª), sentencia de 23 de septiembre de 2003 (recurso 4244/1998, Ponente: Martínez-Vares).