CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 19 de mayo de 2009 [1]

I. Introducción

1. Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto normas de Derecho comunitario en materia de expulsión de nacionales de terceros países que no cumplen o que han dejado de cumplir los requisitos de estancia. Según las indicaciones del tribunal remitente, el Derecho español no impone obligatoriamente la expulsión de estas personas, sino que permite que simplemente se les imponga una multa. El tribunal remitente alberga dudas sobre la compatibilidad de esta normativa con el Derecho comunitario. En especial, solicita que se interprete el Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). [2] Además, también es pertinente el artículo 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen [3] (en lo sucesivo, «CAAS»). [4]

1 — Lengua original: alemán.
2 — DO L 105, p. 1.
3 — Convenio relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado el 14 de junio de 1985 en Schengen (DO 2000, L 239, p. 13).
4 — Firmado el 19 de junio de 1990 en Schengen (DO L 2000, L 239, p. 19).

II. Marco jurídico

A. *Código de fronteras Schengen*

2. La base jurídica del Código de fronteras Schengen es el artículo 62 CE, número 1 y número 2, letra a):

«El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam:

1) medidas encaminadas a garantizar, de conformidad con el artículo 14, la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países;

2) medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros en las que se establezcan:

a) las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras;

b) […].»

3. El Código de fronteras Schengen entró en vigor, con arreglo a su artículo 40, párrafo primero, el 13 de octubre de 2006.

4. El artículo 1 define el objeto del Código de fronteras:

«El presente Reglamento dispone la ausencia de controles fronterizos de las personas que crucen las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea.

Establece normas aplicables al control fronterizo de las personas que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.»

5. El artículo 5 regula los requisitos de entrada. El apartado 4 establece tres excepciones a dichos requisitos, en particular por motivos humanitarios [letra c)].

6. El artículo 11 establece una presunción legal según la cual se considera que se ha superado la duración de la estancia permitida cuando el documento de viaje no lleve sello de entrada, así como normas sobre la refutación de esta presunción y una eventual expulsión en caso de que no se refute la presunción:

«Artículo 11

Presunción en lo que respecta al cumplimiento de las condiciones de duración de la estancia

1. Cuando el documento de viaje de un nacional de un tercer país no lleve sello de entrada, las autoridades nacionales competentes podrán presumir que el portador no reúne o dejó de reunir las condiciones de

duración de la estancia aplicables en el Estado miembro de que se trate.

2. La presunción contemplada en el apartado 1 podrá refutarse cuando el nacional del tercer país aporte, por los medios que sea, pruebas fidedignas […].

3. De no refutarse la presunción a que se refiere el apartado 1, el nacional del tercer país será expulsado por las autoridades competentes del territorio del Estado miembro de que se trate.»

7. El artículo 13, apartado 1, establece que se negará la entrada a los nacionales de terceros países que no cumplan todos los requisitos de entrada del Código de fronteras. Esto no será un obstáculo para la aplicación de los requisitos especiales relativos al derecho de asilo y a la protección internacional o a la expedición de visados de larga duración.

B. *El CAAS*

8. También el artículo 23 del CAAS establece normas sobre el trato que debe dispensarse a los nacionales de terceros países que no reúnan o que hayan dejado de reunir los requisitos de una corta estancia:

«1. El extranjero que no cumpla o que haya dejado de cumplir las condiciones de corta estancia aplicables en el territorio de una de las Partes contratantes deberá, en principio, abandonar sin demora el territorio de las Partes contratantes.

2. El extranjero que disponga de un permiso de residencia o de una autorización de residencia provisional en vigor expedidos por otra Parte contratante deberá dirigirse sin demora al territorio de dicha Parte contratante.

3. Cuando dicho extranjero no abandone el territorio voluntariamente o pueda presumirse que no lo abandonará, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de seguridad nacional o de orden público, el extranjero será expulsado del territorio de la Parte contratante donde haya sido aprehendido, en las condiciones establecidas en el Derecho nacional de dicha Parte contratante. Si la aplicación de tal Derecho no permitiera la expulsión, la Parte contratante de que se trate podrá permitir la estancia del interesado en su territorio.

4. La expulsión podrá realizarse desde el territorio de ese Estado al país de origen del extranjero o a cualquier otro Estado donde sea posible su admisión, en particular en aplicación de las disposiciones pertinentes de los acuerdos de readmisión suscritos por las Partes contratantes.

5. Lo dispuesto en el apartado 4 no constituirá un obstáculo para las disposiciones nacionales relativas al derecho de asilo ni para la aplicación de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 relativa al Estatuto de los refugiados, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, ni para las disposiciones del apartado 2 del presente artículo y del apartado 1 del artículo 33 del presente Convenio.»

9. La Decisión 1999/436/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen, [5] establece que el artículo 62 CE, número 3, es la base jurídica del artículo 23 del CAAS.

5 — DO L 176, p. 17.

10. Sobre la base de la Decisión 2007/801/CE del Consejo, [6] el acervo de Schengen también se aplica, desde el 21 de diciembre de 2007, a los Estados miembros que se adhirieron en 2004, con excepción de Chipre.

11. El artículo 23 del CAAS fue sustituido recientemente mediante la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. [7] En ella se regula de modo mucho más detallado que en el Derecho comunitario adoptado hasta la fecha la «Ausweisung» («decisión de expulsión») y la «Abschiebung» («ejecución de la expulsión»).

C. Derecho español

12. El tribunal remitente español presenta la normativa española como sigue.

6 — Decisión de 6 de diciembre de 2007, relativa a la plena aplicación de las disposiciones del acervo de Schengen en la República Checa, la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca (DO L 323, p. 34).

7 — DO L 348, p. 98.

13. Con arreglo al artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, en la versión correspondiente a la Ley Orgánica 8/2000, constituye una infracción grave:

«Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente.»

14. La conducta mencionada se sanciona con una multa que, con arreglo al artículo 57 de la misma Ley, puede ser sustituida por una expulsión:

«Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 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.»

15. No obstante, el artículo 57, apartado 3, de la citada Ley establece lo siguiente:

«En ningún caso podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.»

III. Hechos y peticiones de decisión prejudicial

16. Julia Zurita García y Aurelio Choque Cabrera son nacionales bolivianos. A raíz de sendos controles, se comprobó que se encontraban en España a pesar de no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de estancia.

17. La Sra. Zurita García fue controlada el 26 de septiembre de 2006. A raíz de dicho control, el Delegado del Gobierno en la Región de Murcia dictó, el 15 de noviembre de 2006, una resolución por la que se la expulsaba del territorio español y se le prohibía la entrada en el espacio Schengen por un período de cinco años. El Sr. Choque Cabrera fue controlado el 14 de mayo de 2007. Como consecuencia de dicho control, el Delegado del Gobierno en la Región de Murcia dictó contra él, el 30 de julio de 2007, la misma resolución que había adoptado contra la Sra. Zurita García.

18. Los recursos interpuestos en primera instancia contra estas resoluciones fueron desestimados. Actualmente están pendientes sendos recursos de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que conoce en última instancia.

19. Según la información facilitada por dicho Tribunal, la más reciente legislación española considera que la expulsión es una sanción que puede ser sustituida por una multa. Por tanto, en principio, a los nacionales de terceros países que no cumplan los requisitos para la entrada y permanencia en España se les debe imponer una multa. Con arreglo al principio de proporcionalidad, sólo podría expulsarse a estas personas si concurrieran circunstancias agravantes.

20. Sin embargo, el tribunal remitente estima que, conforme a la normativa comunitaria, los nacionales de terceros países que se encuentran en el territorio de la UE sin cumplir los requisitos necesarios para ello deben abandonar dicho territorio, mediante la denegación de entrada o mediante la expulsión. En consecuencia, el tribunal remitente ha planteado en ambos asuntos ante el Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«De acuerdo con el Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas, en especial su artículo 62.1 y 2 a), así como el Reglamento nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), en particular sus artículos 5, 11 y 13:

¿Deben interpretarse las anteriores normas en el sentido de que se oponen a una regulación, como la nacional y la jurisprudencia que la interpreta, que posibilita la sustitución de la expulsión, de todo aquel "nacional de un tercer país que no disponga de título habilitante para la entrada y permanencia en el territorio de la Unión Europea, por la imposición de una multa?»

21. Han presentado observaciones en la fase escrita del procedimiento el Sr. Choque Cabrera, el Reino de España, la República Italiana, la República de Austria y la Comisión de las Comunidades Europeas. No se ha celebrado una vista oral. Mediante auto del Presidente de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia, de 27 de marzo de 2009, se acumularon ambos asuntos a efectos de la sentencia.

IV. Apreciación jurídica

22. El tribunal remitente desea saber si los artículos 5, 11 y 13 del Código de fronteras Schengen se oponen a una normativa nacional que permite sustituir la expulsión de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir los requisitos de estancia por una multa.

A. *Admisibilidad e interpretación de las peticiones de decisión prejudicial*

23. Dado que el Código de fronteras se basa en el artículo 62 CE, número 1 y número 2, letra a), sólo pueden plantear una petición de decisión prejudicial sobre él ante el Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 68 CE, apartado 1, los órganos jurisdiccionales que conozcan en última instancia.

24. En los asuntos principales, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia es un tribunal de apelación. Parece que no existen otros recursos que puedan modificar las resoluciones que adopte en dichos asuntos, por lo que el tribunal remitente está facultado para plantear sus peticiones de decisión prejudicial.

25. No obstante, España considera que la petición de decisión prejudicial en el asunto Zurita García no es admisible porque tiene carácter hipotético. Alega que, debido a la prohibición de retroactividad, el Código de fronteras no es aplicable *ratione temporis* a dicho asunto porque la Sra. Zurita García fue controlada antes de la entrada en vigor de dicho Código. Dado que el tribunal remitente también alberga dudas sobre la aplicabilidad temporal del Código de fronteras, ha planteado una petición de decisión prejudicial en el asunto Choque Cabrera, en el que no se suscitan dichas dudas.

26. Es cierto que una petición de decisión prejudicial manifiestamente hipotética no es admisible. [8] No obstante, no considero conveniente declarar la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial en el asunto Zurita García ni estimo necesario examinar la aplicabilidad temporal del Código de fronteras en dicho asunto.

27. Como expondré detalladamente a continuación, en los presentes asuntos no resulta pertinente el Código de fronteras en su conjunto, sino su artículo 11 en particular. Y una disposición con contenido idéntico, el artículo 6 *ter* del CAAS, ya estaba vigente desde el 1 de enero de 2005 [9] y fue sustituida por el artículo 11 del Código de fronteras. Por tanto, debe considerarse que en el litigio principal en el asunto Zurita García sería aplicable el artículo 6 *ter* del CAAS en caso de que no fuera aplicable el artículo 11 del Código de fronteras.

28. En consecuencia, para proporcionar al tribunal remitente una respuesta adecuada, el Tribunal de Justicia también debería examinar el artículo 6 *ter* del CAAS a pesar

8 — Sobre esta cuestión, véanse en particular las sentencias de 11 de marzo de 1980, Foglia (104/79, Rec. p. 745), apartados 18 y ss.; de 16 de julio de 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartados 25 y ss.; de 28 de junio de 2007, Dell'Orto (C-467/05, Rec. p. I-5557), apartado 40 y, concretamente sobre el problema de la aplicabilidad temporal, apartados 47 y ss., así como de 16 de diciembre de 2008, Cartesio (C-210/06, Rec. p. I-9641), apartados 67 y ss. y la jurisprudencia allí citada.

9 — Véase el artículo 6, párrafo segundo, del Reglamento (CE) nº 2133/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, sobre la obligación, para las autoridades competentes de los Estados miembros, de proceder al sellado sistemático de los documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican a tal efecto las disposiciones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Manual común (DO L 369, p. 5), Reglamento por el que se introdujo el artículo 6 *ter* en el CAAS.

de que no se haya mencionado dicha disposición en la cuestión prejudicial. [10]

29. Italia y la Comisión señalan, además, acertadamente, que la petición de decisión prejudicial no contiene indicaciones que permitan afirmar con seguridad que el Código de fronteras sea en efecto aplicable. En cambio, no cabe excluir que sea pertinente la disposición general del artículo 23 del CAAS, analizada por Austria y por la Comisión. Por tanto, el Tribunal de Justicia también debería extender su examen a esta disposición.

30. Por el contrario, el artículo 62 CE, número 1 y número 2, letra a), mencionado en la petición de decisión prejudicial no es directamente pertinente para la respuesta de la cuestión ya que se trata de una base jurídica. Como tal no contiene derechos y obligaciones autónomos de los extranjeros.

31. Entendidas de este modo, las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto que se dilucide si los artículos 5, 11 y 13 del Código de fronteras y/o los artículos 6 *ter* y 23 del CAAS se oponen a una normativa nacional que permite sustituir la expulsión de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir los requisitos de estancia por una multa.

B. *Respuesta a las peticiones de decisión prejudicial*

1. Artículos 5 y 13 del Código de fronteras

32. En principio, el Código de fronteras no tiene por objeto el trato que deba darse a los nacionales de terceros países que ya se encuentren en el espacio Schengen cuando surjan dudas sobre su derecho de estancia. Así sucede, en particular, con los artículos 5 y 13.

33. Con arreglo a su artículo 3, el Código de fronteras se aplicará a las personas que crucen las fronteras exteriores o interiores. Éste tiene sobre todo por objeto el control de las fronteras exteriores y la supresión en general de los controles en las fronteras interiores.

34. Esto refleja las bases jurídicas indicadas: el artículo 62 CE, número 1, permite la adopción de medidas que garanticen, de conformidad con el artículo 14 CE, la ausencia de controles sobre las personas, ya sean ciudadanos de la Unión o nacionales de terceros países, en el cruce de las fronteras interiores. El

10 — Véanse las sentencias de 20 de marzo de 1986, Tissier (35/85, Rec. p. 1207), apartado 9, y de 10 de enero de 2006, De Groot en Slot Allium y Bejo Zaden (C-147/04, Rec. p. I-245), apartado 68 y la jurisprudencia allí citada.

artículo 62 CE, número 2, letra a), posibilita la adopción de medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros en las que se establezcan las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras.

35. En este contexto, el artículo 5 regula los requisitos de entrada de los nacionales de terceros países en el espacio Schengen y el artículo 13 la denegación de la entrada cuando el nacional de un tercer país no cumple todos los requisitos.

36. Sin embargo, los asuntos principales se refieren a otra situación, porque a los interesados, según las indicaciones del tribunal remitente, no se les denegó la entrada, sino que se les juzga por encontrarse irregularmente en territorio español. Esto se debe, probablemente, a que los nacionales bolivianos, hasta el 1 de abril de 2007, podían entrar sin visado en el espacio Schengen para permanecer en él un máximo de tres meses. [11] Posiblemente la Sra. Zurita García y el Sr. Choque Cabrera han sobrepasado este plazo.

11 — Véanse el artículo 20, apartado 1, del CAAS y, a este respecto, la sentencia de 3 de octubre de 2006, Bot (C-241/05, Rec. p. I-9627). La exención de la obligación de visado se derivaba del Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 81, p. 1), en la versión correspondiente al Reglamento (CE) nº 851/2005 del Consejo, de 2 de junio de 2005 (DO L 141, p. 3). Se puso fin a esta exención mediante el Reglamento (CE) nº 1932/2006 del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, que modifica el Reglamento nº 539/2001 (DO L 405, p. 23).

2. Artículo 11 del Código de fronteras y artículo 6 *ter* del CAAS

37. El hecho de que los asuntos principales no traten directamente del cruce de fronteras no excluye, sin embargo, que el Código de fronteras sea aplicable, ya que éste contiene disposiciones que, si bien parten del cruce de fronteras, se refieren a la estancia. [12]

38. El artículo 11 del Código de fronteras tiene relación con el cruce de fronteras en la medida en que se refiere al sello de entrada. Según el artículo 10, la guardia de fronteras sellará los documentos de viaje de los nacionales de terceros países cuando crucen las fronteras exteriores. El sellado del documento de viaje hace posible establecer con certeza la fecha y el lugar en que se ha producido el cruce de fronteras. [13] De este modo, del sello de entrada se deduce si el nacional de un tercer país ha superado la duración de la estancia permitida.

39. Sobre esta base, el artículo 11, apartado 1, del Código de fronteras establece la presunción refutable de que los nacionales de terceros países no reúnen o dejaron de reunir los requisitos de duración de la estancia

12 — Además del artículo 11 del Código de fronteras, habría que mencionar especialmente el artículo 7, apartado 3, letra c), que se refiere a la inspección a la salida de los nacionales de terceros países respecto al cumplimiento de los requisitos de estancia.

13 — Véase el considerando 7 del Reglamento nº 2133/2004, citado en la nota 9.

cuando sus documentos de viaje no lleven sello de entrada.

40. A esta presunción se refiere la disposición del artículo 11, apartado 3, del Código de fronteras relativa a la expulsión. Ésta está prevista para el caso de que no se refute la presunción de que el nacional del tercer país ha superado la duración de la estancia permitida. No cabe excluir que los asuntos principales se basen en esta presunción.

41. No obstante, las versiones lingüísticas del artículo 11, apartado 3, del Código de fronteras difieren entre sí. Según la versión española, el nacional del tercer país será expulsado. Podría entenderse que este resultado tiene carácter imperativo. Por el contrario, como indica la Comisión, las demás versiones lingüísticas indican que el nacional del tercer país podrá ser expulsado. Esto no sería una obligación, sino una mera posibilidad.

42. Las distintas versiones lingüísticas de una norma comunitaria deben interpretarse de modo uniforme. En caso de discrepancia entre las mismas, la disposición de que se trate debe interpretarse, en principio, en función del sistema general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte. [14] No obstante, en el presente caso, no es necesario analizar esta cuestión en detalle, porque una disposición de la que existen versiones lingüísticas divergentes también debe interpretarse según la voluntad real de su autor. [15] De los trabajos preparatorios del artículo 11, apartado 3, del Código de fronteras se deriva que la versión española no refleja la voluntad real del legislador, sino que se debe a un error de traducción.

43. Como ya se ha indicado, [16] mediante el artículo 11 del Código de fronteras se incorporó en dicho Código el ya existente artículo 6 *ter* del CAAS. La versión española del artículo 6 *ter,* apartado 3, del CAAS no se diferenciaba de las demás versiones ligüísticas en cuanto al carácter facultativo de la expulsión. [17] Conforme a dicha versión española, los Estados miembros pueden expulsar, pero no están obligados a ello.

44. Parece que al redactar la versión española del Código de fronteras se pasó por alto esta versión antigua. Esto podría deberse a que ni

14 — Sentencias de 5 de diciembre de 1967, Van der Vecht (19/67, Rec. pp. 462 y ss., en especial p. 473); de 27 de octubre de 1977, Bouchereau (30/77, Rec. p. 1999), apartados 13 y 14; de 14 de junio de 2007, Euro Tex (C-56/06, Rec. p. I-4859), apartado 27, y de 21 de febrero de 2008, Tele2 Telecommunication (C-426/05, Rec. p. I-685), apartado 25.

15 — Sentencias de 12 de noviembre de 1969, Stauder (29/69, Rec. p. 419), apartado 3; de 7 de julio de 1988, Moksel (55/87, Rec. p. 3845), apartado 49; de 20 de noviembre de 2001, Jany y otros (C-268/99, Rec. p. I-8615), apartado 47, y de 27 de enero de 2005, Junk (C-188/03, Rec. p. I-885), apartado 33.

16 — Véase, *supra,* el punto 27.

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

los considerandos ni los documentos accesibles al público relativos a la elaboración del Código de fronteras permiten deducir que se haya recogido una disposición ya existente. [18]

45. En consecuencia, como resultado provisional, debe señalarse que el artículo 6 *ter*, apartado 3, del CAAS y el artículo 11, apartado 3, del Código de fronteras, de igual tenor, no obligan a expulsar a los extranjeros de terceros países sobre la base de la presunción relativa al incumplimiento de los requisitos de estancia.

3. Artículo 23 del CAAS

46. No obstante lo anterior, principalmente Austria extrae del artículo 23 del CAAS una obligación de poner fin a la estancia irregular de los nacionales de terceros países. Según esta disposición, los nacionales de terceros países deben abandonar un Estado Schengen cuando no cumplan o hayan dejado de cumplir los requisitos de estancia. En caso de que esto no suceda voluntariamente o en la medida en que exista una especial urgencia, con arreglo al artículo 23, apartado 3, del CAAS, serán expulsados del territorio de la Parte contratante donde hayan sido aprehendidos, en las condiciones establecidas en el Derecho nacional de dicha Parte contratante.

47. Si sólo se contemplan las versiones alemanas, parece que el artículo 6 *ter*, apartado 3, del CAAS, el artículo 11, apartado 3, del Código de fronteras y el artículo 23, apartado 3, del CAAS se refieren a casos distintos, porque por un lado se menciona la «Ausweisung» (N. del T.: en la versión española, «expulsión») y por otro la «Abschiebung» (N. del T.: en la versión española, «expulsión»). Según el Derecho alemán, la «Ausweisung» es la resolución sobre la finalización de la estancia y la «Abschiebung» es la ejecución de dicha resolución.

48. No obstante, no sería correcto dar una gran importancia a estas diferencias conceptuales. En otras versiones lingüísticas, esta diferencia no está tan clara. Las versiones lingüísticas inglesas de ambas normas utilizan el concepto «to expell», las españolas el concepto «expulsar» y las francesas se refieren a «expulser» en un caso y a «éloigner» en otro.

49. Además, en el artículo 6 *ter*, apartado 3, del CAAS y en el artículo 11, apartado 3, del Código de fronteras no existe una regulación de la ejecución de la decisión de expulsión y en el artículo 23 del CAAS no se aprecia una regulación expresa sobre la decisión de expulsión que pueda llevarse a la práctica mediante la ejecución de la expulsión. Sólo la Directiva 2008/115, adoptada entre tanto, distingue claramente entre una «Rückkeh-

18 — Una disposición similar a la del artículo 6 *ter* del CAAS aparece por primera vez en un proyecto del Código de fronteras de 23 de marzo de 2005: se trata del artículo 9 *bis* del documento del Consejo nº 9630/05, http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/05/st09/st09630.es05.pdf. Según proyectos anteriores del Código de fronteras, el artículo 6 *ter* del CAAS se habría suprimido sin ser sustituido. Ni esta supresión ni la incorporación en el Código de fronteras fueron fundamentadas en los documentos accesibles. Probablemente esto se debe a que el artículo 6 *ter* del CAAS se estableció durante el procedimiento de adopción del Código de fronteras y la Comisión, en este otro procedimiento legislativo, había propuesto inicialmente incluir la presunción relativa a la superación de la duración de la estancia en otra parte del CAAS. Esta parte no se vio afectada por el Código de fronteras, de modo que no habría sido necesario tener en cuenta la regulación de la presunción en el Código de fronteras.

rentscheidung» (N. del T.: en la versión española, «decisión de retorno») [19] y una «Abschiebung» (N. del T.: en la versión española, «expulsión») [20] entendida como su ejecución.

50. Por tanto, debe considerarse que tanto el artículo 6 *ter*, apartado 3, del CAAS y el artículo 11, apartado 3, del Código de fronteras como el artículo 23, apartado 3, del CAAS se refieren, sin precisión técnica, al objetivo del alejamiento del nacional de un tercer país sin distinguir entre la decisión administrativa y su ejecución.

51. Al igual que la denegación de entrada prevista en el artículo 13 del Código de fronteras, al que ha aludido Austria, el artículo 23 del CAAS se refiere al interés común de los Estados Schengen en evitar la estancia irregular en el espacio Schengen de nacionales de terceros países, o por lo menos en ponerle fin. Dado que ya no se controlan las fronteras interiores, es de temer que los extranjeros de terceros países que se encuentran de modo irregular en un Estado miembro se trasladen a otro Estado miembro y vivan allí de modo irregular. Italia destaca, acertadamente, que la Directiva 2008/115 va en la misma dirección.

19 — Artículo 3, número 4, de la Directiva 2008/115.

20 — Artículo 3, número 5, de la Directiva 2008/115.

52. El artículo 23 del CAAS se aplica, en principio, a todos los extranjeros de terceros países que se encuentran en el espacio Schengen a pesar de no cumplir o haber dejado de cumplir todos los requisitos de estancia. Cabría preguntarse si la presunta superación de la duración de la estancia con arreglo al artículo 6 *ter* del CAAS o al artículo 11 del Código de fronteras está sometida a otras normas.

53. No obstante, teniendo en cuenta especialmente los antecedentes del artículo 11 del Código de fronteras, es decir, en particular la génesis del artículo 6 *ter* del CAAS, el tenor no permite esta interpretación. La Comisión había propuesto que las autoridades competentes *pudieran* aplicar el artículo 23, apartado 3, del CAAS en caso de que se presumiera que se hubiera rebasado la duración de la estancia. [21] Conforme a lo anterior, los Estados miembros habrían estado facultados para aplicar el artículo 23, apartado 3. Por el contrario, España propuso que se impusiera expresamente a los Estados miembros la aplicación del artículo 23, apartado 3, del CAAS. [22] Es cierto que esta propuesta no fue aceptada, pero la versión finalmente adoptada del artículo 6 *ter*, apartado 3, del

21 — Propuesta, de 6 de noviembre de 2003, de Reglamento del Consejo por el que se establece la obligación, para las autoridades competentes de los Estados miembros, de proceder al sellado sistemático de los documentos de viaje de los nacionales de terceros países en el momento de cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros y por el que se modifican a tal efecto el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el Manual común, COM(2003) 664 final. No está publicada en el Diario Oficial.

22 — Documento del Consejo 7858/04, de 30 de marzo de 2004, http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/04/st07/st07858.en04.pdf, p. 4, nota 10.

CAAS ya no contiene ninguna remisión al artículo 23, apartado 3, de éste.

54. En consecuencia, en los casos de presunción del artículo *6 ter* del CAAS y del artículo 11 del Código de fronteras debe determinarse la aplicabilidad del artículo 23 del CAAS con arreglo a las reglas generales de interpretación. Los apartados 3 de las dos primeras disposiciones citadas no regulan, en este contexto, una excepción al artículo 23 del CAAS, sino que sólo aclaran que la presunción de que se ha rebasado la duración de la estancia puede justificar una expulsión. [23]

55. Sin embargo, a diferencia de lo que alega Austria, del artículo 23, apartado 3, del CAAS no puede deducirse que los Estados miembros estén obligados a la expulsión conforme al Derecho comunitario. La Comisión destaca acertadamente las restricciones contenidas en el artículo 23 del CAAS.

56. En primer lugar, la expulsión no es la regla general, sino una excepción. Los apartados 1 y 2 parten de que el extranjero de un Estado tercero abandone voluntariamente el país. Esta posibilidad constituye, frente a la expulsión, el medio menos riguroso y se corresponde, según las observaciones de España, con la normativa nacional.

57. Pero, sobre todo, el artículo 23, apartado 3, del CAAS no contiene ninguna base jurídica para una expulsión, sino que se remite al Derecho nacional. De dicho artículo no se derivan exigencias determinadas en cuanto al contenido del Derecho nacional. En vez de ello, el artículo 23, apartado 3, segunda frase, del CAAS faculta expresamente a los Estados miembros para que permitan la estancia de los extranjeros de terceros países cuando el Derecho nacional no prevea una expulsión. Esta regulación presupone necesariamente que los Estados miembros pueden establecer excepciones a la expulsión, pero no prevé ninguna limitación material de las facultades de los Estados miembros al definir tales excepciones. Por tanto, no puede existir ninguna obligación de expulsión.

58. Por lo demás, el alcance normativo limitado del artículo 23 del CAAS no permite considerarlo una norma imperativa

23 — Esta interpretación garantiza también, por lo demás, que el artículo 11 del Código de fronteras no adopta medidas especiales innecesarias con respecto a la Directiva 2008/115. Por el contrario, en el futuro deben observarse las exigencias de la Directiva también en caso de expulsión basada en la presunción de superación de la duración de la estancia.

sobre la decisión de expulsión o la ejecución de la expulsión. Esta disposición sólo establece principios básicos y niveles mínimos que requieren en esencia un desarrollo en el Derecho nacional.

59. Esto queda de manifiesto, en especial, mediante una comparación del artículo 23 del CAAS con la Directiva 2008/115, adoptada entre tanto. Ésta contiene disposiciones muy detalladas sobre el trato que debe dispensarse a los extranjeros de terceros países que se encuentran en el espacio Schengen a pesar de no cumplir o haber dejado de cumplir los requisitos de estancia. No obstante, el artículo 4 de esta Directiva faculta expresamente a los Estados miembros para aplicar disposiciones más favorables.

60. A la falta de una obligación de expulsión tampoco se le puede oponer el interés común de todos los Estados Schengen en la finalización de la estancia irregular de nacionales de países terceros. Más bien debe considerarse que la remisión del artículo 23 del CAAS al Derecho nacional se basa en el elevado grado de confianza y de solidaridad entre los Estados miembros. Esto justifica también en otros ámbitos el reconocimiento recíproco de decisiones importantes, [24] y se opone a la necesidad de que exista una obligación, basada en el Derecho comunitario, de poner fin a la estancia irregular. Más bien debe partirse de que los Estados miembros adopten las medidas adecuadas sin que exista tal obligación.

61. Por lo demás, no existen motivos para pensar que España no respondería a esta confianza. Según el Gobierno español, la imposición de la multa no lleva aparejada la tolerancia de la estancia irregular. Por el contrario, los extranjeros de terceros países están legalmente obligados a abandonar el territorio nacional en 15 días. Si esto no sucede, se inicia un nuevo procedimiento sancionador por estancia continuada sin cumplimiento de los requisitos de estancia. Dado que ya se ha impuesto una multa, esto da lugar al inicio de un procedimiento de expulsión.

62. En consecuencia, el artículo 23, apartado 3, del CAAS no se opone a una normativa nacional, como la de los presentes asuntos, según la cual la expulsión de un nacional de un tercer país que se encuentra en la Unión Europea sin un documento que le habilite para la entrada y/o la estancia puede ser sustituida por la imposición de una multa.

24 — Véanse las sentencias de 11 de febrero de 2003, Gözütok y Brügge (C-187/01 y C-385/01, Rec. p. I-1345), apartado 33, sobre el reconocimiento recíproco de sentencias penales como base del principio *ne bis in idem*, y de 3 de mayo de 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Rec. p. I-3633), apartado 57, sobre la renuncia a la doble tipificación en caso de extradición.

V. Conclusión

63. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo:

«1) El artículo 6 *ter*, apartado 3, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y el artículo 11, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras, que tiene el mismo tenor, no obligan a expulsar a los extranjeros de terceros países sobre la base de la presunción de incumplimiento de los requisitos de estancia establecida en el artículo 6 *ter*, apartado 1, del citado Convenio de aplicación y en el artículo 11, apartado 1, del citado Reglamento.

2) El artículo 23, apartado 3, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen no se opone a una normativa nacional, como la de los presentes asuntos, según la cual la expulsión de un nacional de un tercer país que se encuentra en la Unión Europea sin un documento que le habilite para la entrada y/o la estancia puede ser sustituida por la imposición de una multa.»