CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GERHARD REISCHL presentadas el 14 de junio de 1977 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

I. El presente procedimiento prejudicial, sobre el que formulo estas conclusiones, parte de tres acciones penales diferentes, pendientes ante el Amtsgericht de Reutlingen y que versan sobre la interpretación de la Ley alemana sobre extranjeros de 28 de abril de 1965 y, en particular, sobre la aplicación de las disposiciones penales de su artículo 47 a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad. Los hechos de estos tres asuntos son los siguientes:

1. La nacional italiana Concetta Sagulo, que ejerce la profesión de encuadernadora, fue objeto, el 21 de noviembre de 1975, a instancia del Ministerio fiscal de 12 de noviembre de 1975, de una resolución penal por la que el Amtsgericht de Reutlingen la condenó, conforme al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 47 de la Ley alemana sobre los extranjeros, a una multa de 100 DM, más las costas procesales y gastos de ejecución de la pena, por haber residido en la República Federal de Alemania desde el 24 de febrero hasta el 4 de septiembre de 1975 careciendo, por negligencia que le era imputable, de pasaporte o autorización de residencia. La Sra. Sagulo recurrió esta resolución el 28 de noviembre de 1975.

2. El nacional italiano Gennaro Brenca, obrero, fue condenado, por una resolución penal del Amtsgericht de Reutlingen de 25 de noviembre de 1976, pronunciada a instancia del Ministerio fiscal de 22 de noviembre de 1976, por infracción del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 47 de la ley alemana sobre los extranjeros, a una multa de 100 DM más las costas y gastos de ejecución de la pena, por haber residido en la República Federal de Alemania desde el «30 de febrero» hasta el 16 de junio de 1976, careciendo, por negligencia que le era imputable, de pasaporte o permiso de residencia. El Sr. Brenca recurrió esta resolución.

3. El ciudadano francés Addelmadjid Bakhouche, sin profesión, estuvo primeramente alistado en las Fuerzas francesas en Alemania desde el 22 de junio de 1962 hasta el 14 de noviembre de 1973; después obtuvo una autorización de residencia para

* Lengua original: alemán.

el período comprendido entre el 12 de diciembre de 1973 y el 11 de diciembre de 1974. Por impago de quince multas que le habían sido impuestas por infracciones de tráfico fue objeto de una orden de captura, en ejecución de la cual estuvo detenido del 27 de enero al 6 de marzo de 1976. Seguidamente, como el interesado no solicitó la prórroga de su autorización de residencia, pese a que la autoridad competente le había instado repetidamente a ello, fue objeto de detención preventiva por infracción del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 47 de la Ley alemana sobre los extranjeros hasta el 12 de marzo de 1976, fecha en la que el Amtsgericht de Reutlingen le condenó por este motivo a una multa de 1.200 DM, más las costas, deduciendo el arresto preventivo que había sufrido. Actualmente el Sr. Bakhouche es perseguido mediante acta de acusación del Ministerio fiscal de 24 de septiembre de 1976, por haber continuado residiendo en el República Federal de Alemania sin autorización de residencia y por no haber solicitado la prórroga ésta, que caducó el 11 de diciembre de 1974, pese a haber sido condenado a una multa el 12 de marzo de 1976 y a los reiterados requerimientos de la autoridad competente. Por estos motivos se procedió contra el Sr. Bakhouche ante el Amtsgericht de Reutlingen por infracción del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 47 en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley alemana sobre los extranjeros.

Mediante resolución de 13 de enero de 1977, el Amtsgericht de Reutlingen decidió suspender el procedimiento en estos tres asuntos penales y someter al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) Si el documento especial de estancia, previsto en el artículo 4 de la Directiva 68/360 del Consejo y que tiene un efecto declarativo, puede, por lo que respecta a los extranjeros cuyos derechos derivan de los artículos 48 y siguientes del Tratado CEE, asimilarse desde el punto de vista administrativo y penal, a la autorización general de residencia establecida por la Ley alemana sobre los extranjeros, con la consecuencia de que, a falta de dicho documento de estancia o en caso de caducidad de éste, dichos extranjeros pueden ser condenados, con arreglo al párrafo primero o segundo del apartado 1 del artículo 47 de la Ley alemana sobre los extranjeros, por entrada o residencia en el territorio sin autorización de residencia válida con arreglo al artículo 5 de esta misma Ley, o bien si se da en este supuesto una violación del Tratado CEE.

2) Si hay violación del Tratado CEE cuando a un extranjero cuyos derechos derivan directamente del artículo 48 del Tratado CEE y de la citada Directiva del Consejo se le expide tan sólo una autorización de residencia conforme al artículo 5 de la Ley alemana sobre los extranjeros, con las posibles consecuencias desfavorables que se derivan del artículo 47 de dicha Ley.

3) Si existe violación de la prohibición de discriminación establecida en el artículo 7 del Tratado CEE o cualquier otra violación contra el contenido y los fines de este Tratado –artículo 5 del Tratado CEE– cuando un extranjero que, en virtud del artículo 48 del Tratado CEE o de alguna de las disposiciones adop-

tadas para su ejecución, tenga o haya tenido inicialmente el derecho a residir o entrar en la República Federal de Alemania con los fines mencionados en dichos textos y cuyo pasaporte nacional o documento equivalente, exigido por el artículo 3 de la Ley alemana sobre los extranjeros y por el artículo 10 de la Ley alemana sobre la entrada y estancia de los nacionales de la CEE, no sea ya válido, puede, de acuerdo con los párrafos primero y segundo del apartado 1 del artículo 47 de la Ley alemana sobre los extranjeros, ser condenado, dentro del territorio de aplicación de esta Ley como autor de un delito, a una pena privativa de libertad de hasta un año o a una multa de hasta 360 días de haber, en tanto que un nacional cuya tarjeta de identidad, exigida por leyes comparables de la Federación y de los Länder sobre la tarjeta de identidad, ya no sea válida, no puede ser condenado por una infracción administrativa más que a una multa (artículo 47 de la Ley alemana sobre las infracciones administrativas, pero generalmente no se procede contra él), que en caso de negligencia, puede elevarse a 500 DM y, en caso de propósito deliberado, a 1.000 DM.

4) Si habría violación del Tratado CEE si un extranjero cuyos derechos derivan del artículo 48 del Tratado CEE y que ya había sido condenado el año anterior a una multa por infracción voluntaria de la Ley alemana sobre los extranjeros por haber residido en territorio federal sin autorización de residencia, fuera ahora, después de la fecha en que la sentencia se convirtió en definitiva, condenado por una conducta idéntica a una pena privativa de libertad.

II. Sobre una serie de problemas que plantean estas cuestiones, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado con anterioridad. Por esta razón, antes de examinar cada una de ellas, me parece oportuno recordar la grandes líneas de esta jurisprudencia.

En su sentencia de 8 de abril de 1976, Royer (48/75,← Rec. p. 497), este Tribunal declaró, en relación con el derecho de residencia de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro:

«El derecho de los nacionales de un Estado miembro a entrar en el territorio de otro Estado miembro y a residir en él lo confiere directamente el Tratado –en particular sus artículos 48, 52 y 59– o, en su caso, las disposiciones adoptadas para su apliación, a toda persona que se encuentre comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, con independencia de que el Estado de acogida le expida una autorización de residencia.»

Sobre la naturaleza jurídica de la tarjeta de estancia de que se trata en el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 68/360/CEE del Consejo de 15 de octubre de 1968 (DO L 257, p. 13; EE 05/01, p. 88), el Tribunal de Justicia declaró que este documento no era un acto constitutivo de derechos, sino que estaba destinado únicamente

a que el Estado miembro reconociera la situación individual de un nacional de otro Estado miembro en relación con las disposiciones del Derecho comunitario (asunto 48/75, antes citado, apartado 33, p. 513). En el mismo asunto, el Tribunal de Justicia declaró que la tarjeta de residencia servía tan sólo para probar el derecho de residencia y que debía ser expedida a todo el que probara su pertenencia a una de las categorías de personas que tienen tal derecho (asunto 48/75, antes citado, apartados 34 a 36 y 37 y apartado 2 del fallo).

En cuanto a la cuestión de las condiciones en que los nacionales de otro Estado miembro pueden quedar sujetos a las medidas de la policía de extranjeros, el Tribunal de Justicia declaró en el asunto 48/75, antes citado (apartado 42, p. 514):

«Por otra parte, el Derecho comunitario no impide que, en caso de infracciones a las disposiciones nacionales sobre el control de extranjeros, los Estados miembros impongan las sanciones adecuadas –distintas de la decisión de expulsión del territorio– necesarias para garantizar la eficacia de sus disposiciones.»

Este derecho de los Estados miembros a aplicar y ejecutar medidas de policía de extranjeros incluso en relación con los nacionales de otros Estados miembros, fue expresamente confirmado por este Tribunal de Justicia en su sentencia de 7 de julio de 1976, Watson y Belmann (118/75,↔ Rec. pp. 1185 y ss., especialmente p. 1198), apartados 17 y 18. En relación con posibles sanciones, el Tribunal de Justicia declaró (véase el apartado 21, p. 1199):

«En cuanto a las otras sanciones, como la multa o la privación de libertad, si bien las autoridades nacionales pueden someter el incumplimiento de las disposiciones relativas a la declaración de presencia de los extranjeros a sanciones comparables a las que se aplican a las infracciones nacionales de la misma importancia, no estaría sin embargo justificado establecer a este respecto sanciones tan desproporcionadas a la gravedad de la infracción que se conviertan en un obstáculo a la libre circulación de personas.»

A la luz de esta jurisprudencia, el examen de las cuestiones que han sido sometidas al Tribunal de Justicia me lleva a señalar lo siguiente:

1. La *primera cuestión* parte de la idea, conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de que la tarjeta de estancia prevista en el artículo 4 de la Directiva 68/360 del Consejo y que en la cuestión presentada se denomina «documento de estancia», tiene un efecto puramente declarativo. Esta precisión y esta formulación subrayan de modo explícito el carácter jurídico particular de este documento que lo distingue de la autorización de residencia prevista por la Ley alemana sobre los extranjeros, que tiene, por su parte, efecto constitutivo. La caducidad de una autorización de residencia en el sentido del apartado 1 del artículo 2 de la Ley alemana sobre los extranjeros implica automáticamente la extinción del derecho del extranjero a residir en la República Federal de Alemania. La caducidad de la tarjeta de estancia prevista en el artículo 4 de la Directiva 68/360 del Consejo, por el contrario, tiene únicamente por consecuencia privar a su titular de la

prueba escrita de su derecho de residencia que de hecho subsiste sin modificación, ya que el interesado puede, por lo demás, exigir que dicho documento de prueba sea prorrogado o renovado. Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, la tarjeta de estancia de nacional de un Estado miembro de la CEE se asemeja más al documento de identidad que se expide a los nacionales que a la autorización general de residencia prevista por la Ley alemana sobre los extranjeros. Estas consideraciones generales bastan ya, en mi opinión, para excluir cualquier asimilación de los dos títulos de residencia desde el punto de vista administrativo y penal.

Más concretamente la cuestión tiene por objeto determinar si las disposiciones penales de los párrafos primero y segundo del apartado 1 del artículo 47 de la Ley alemana sobre los extranjeros son aplicables a la tarjeta de estancia contemplada por el artículo 4 de la Directiva del Consejo 68/360. Al respecto, la Comisión observó oportunamente que la ampliación de la cuestión al párrafo primero del apartado 1 del artículo 47 (entrada sin autorización de residencia) se debía sin duda a un error. De acuerdo con el apartado 1 del artículo 2 de la Ley alemana sobre la entrada y residencia de los nacionales de la CEE de 22 de julio de 1969, las personas que gozan del derecho de libre circulación pueden efectivamente entrar en la República Federal de Alemania sin ser titulares de una autorización de residencia. Como, por otra parte, las disposiciones de dicha Ley priman, según su artículo 15, sobre la Ley alemana sobre los extranjeros, el propio Derecho nacional de la República Federal de Alemania no considera punible el hecho de que las personas cuyos derechos derivan del artículo 48 del Tratado CEE, entren en la República Federal sin autorización de residencia.

En lo que se refiere ahora al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 47 de la Ley alemana sobre los extranjeros, no incumbe al Tribunal de Justicia interpretar esta disposición del Derecho alemán para saber si hay que entender por «autorización de residencia» el derecho material de residencia o si este concepto comprende igualmente el documento que se limita a confirmar un derecho de residencia ya existente. El hecho de que la tarjeta de estancia prevista por el artículo 4 de la Directiva 68/360 del Consejo no esté comprendida en el ámbito de aplicación de esta disposición penal de la Ley general alemana sobre los extranjeros deriva de consideraciones del Derecho comunitario. Según la norma general establecida en el párrafo primero del artículo 7 del Tratado CEE, consagrada en particular para los trabajadores en el apartado 2 del artículo 48 del Tratado CEE, está prohibida toda discriminación o desigualdad de trato entre los nacionales de los Estados miembros por razón de la nacionalidad. Así pues, los nacionales de los Estados miembros deben asimilarse, en principio, a los nacionales propios. Como ya se ha indicado, el documento especial de estancia de nacional de un Estado miembro de la CEE se asemeja más, desde el punto de vista de sus efectos jurídicos, a los documentos de identidad expedidos a los nacionales que a la autorización general de residencia prevista por la Ley alemana sobre los extranjeros. Cuando un nacional propio incumple su obligación de estar en posesión de un documento de

identidad, conforme al Derecho alemán, sólo puede ser condenado a una multa por una infracción administrativa. La gravedad de la infracción cometida por un nacional de otro Estado miembro de la CEE, que incumple su obligación de poder probar un derecho material de residencia existente, no debe ser enjuiciado de otro modo. Este punto de vista está, por lo demás, en la línea de la actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Este, ciertamente, declaró lícitas, como se ha recordado la aprobación y aplicación de las disposiciones de policía de extranjeros, incluso respecto a los nacionales de los Estados miembros de la CEE, pero en cuanto a las sanciones subrayó expresamente que éstas debían estar de acuerdo con el principio de igualdad de trato con los nacionales y al de proporcionalidad de los medios (véase el asunto 118/75, antes citado, apartados 21 y 22, p. 1199). Una interpretación del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 47 de la Ley alemana sobre los extranjeros en el sentido de que esta disposición se aplicase igualmente a la tarjeta de estancia prevista en el artículo 4 de la Directiva del Consejo 68/360 constituiría, ante todo, una infracción de la prohibición establecida en el párrafo primero del artículo 7 del Tratado CEE. En segundo lugar, semejante interpretación llevaría a aplicar penas completamente desproporcionadas con la gravedad del incumplimiento de las formalidades dispuestas por la legislación sobre los extranjeros y de este modo constituiría un obstáculo directo a la libre circulación garantizada por el Derecho comunitario, lo que constituiría igualmente una violación del Tratado CEE.

2. Sobre la *segunda cuestión* hay que observar que parte del supuesto erróneo de que la aplicación de la disposición penal del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 47 de la Ley alemana sobre los extranjeros podría depender del tipo de autorización de residencia elegido por la autoridad que expide este documento. Como el derecho de residencia de los nacionales de los Estados miembros deriva directamente del Tratado o de las disposiciones comunitarias adoptadas para su ejecución, la naturaleza jurídica de este derecho no podría modificarse, por ejemplo, cuando la autoridad competente expide por error una autorización general de residencia prevista por la Ley alemana sobre los extranjeros. Como además, según ha declarado también la jurisprudencia, un nacional de un Estado miembro cuyo derecho de residencia deriva del artículo 48 del Tratado CEE, puede exigir jurídicamente el documento especial de estancia previsto por el apartado 2 del artículo 4 de la Directiva 68/360 del Consejo y la expedición de una autorización general de estancia en el sentido del apartado 1 del artículo 2 de la Ley alemana sobre los extranjeros constituiría igualmente una violación del Derecho comunitario.

3. En lo que se refiere a la *tercera cuestión,* puedo ser muy breve. De acuerdo con lo que observé sobre la primera cuestión, la desigualdad de trato examinada en la tercera cuestión constituye evidentemente una violación de la prohibición de discriminación establecida por el párrafo primero del artículo 7 del Tratado CEE.

4. En lo que se refiere a la *cuarta cuestión,* su respuesta es consecuencia, igualmente, de las observaciones expuestas

sobre la primera. Más aún, es evidente que una primera condena contraria al Derecho comunitario no puede, como la Comisión ha señalado oportunamente, influir sobre la valoración del mismo hecho en caso de nuevas actuaciones.

III. Por lo tanto, propongo dar a las cuestiones planteadas las siguientes respuestas:

1) El derecho de residencia reconocido por el artículo 48 del Tratado CEE y por las disposiciones adoptadas para su ejecución, existe independientemente de la expedición de una autorización de residencia. Las sanciones previstas por la legislación de los Estados miembros sobre la policía de extranjeros en caso de falta o extinción del derecho material de residencia, no son, pues, aplicables cuando un nacional de un Estado miembro, cuyo derecho deriva del artículo 48 del Tratado CEE, no está en posesión de autorización de residencia o cuando ésta ha caducado.

2) Los Estados miembros están obligados a expedir a los nacionales de los otros Estados miembros, cuyo derecho de residencia derive del artículo 48 del Tratado CEE, un documento que acredite este derecho, de acuerdo con las disposiciones de la Directiva 68/360 del Consejo.

3) Según el artículo 7 del Tratado CEE, las sanciones previstas por la legislación de los Estados miembros sobre la policía de extranjeros, en caso de falta de autorización de residencia o caducidad de ésta, no pueden ser más severas, para los nacionales de los otros Estados miembros cuyos derechos derivan del artículo 48 del Tratado CEE, que las que el Derecho nacional del mismo Estado dispone cuando uno de sus nacionales incumple la obligación de estar en posesión de un documento de identidad.