

I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

UN EJEMPLO (MAS) DE LA FUERZA EXPANSIVA DEL DERECHO COMUNITARIO: LA RECIENTE INTERPRETACION DEL ORDEN PUBLICO EN LA EXPULSION DE EXTRANJEROS (*)

Por
E. COBREROS MENDAZONA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DEFENSA DEL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSA LEGAL DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS: 1. *En la legislación orgánica española*. 2. *En la legislación comunitaria*. 3. *Referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 4. *Recapitulación*.—III. LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS ACTIVIDADES CONTRARIAS AL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSA DE EXPULSIÓN: UN EJEMPLO DE LA FUERZA EXPANSIVA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL ORDENAMIENTO ESTATAL.—IV. BREVE REFLEXIÓN CONCLUSIVA.

I. INTRODUCCIÓN

Al estudiar los problemas que podían surgir cuando de la inserción de los ordenamientos comunitario y estatal se trataba, los análisis más clarividentes no se detenían en aspectos como la primacía del Derecho comunitario —y sus dificultades teóricas y/o prácticas— u otros, propios del funcionamiento más armónico posible del sistema, sino que pronosticaban, asimismo, un efecto *ad extra* que podría llegar a tener el Derecho supranacional, en el sentido de influir también sobre la interpretación judicial en ámbitos en los que, en principio, no era de aplicación. Se auguraba, así, una «importación» (desde la óptica de los Derechos estatales) de aquellos productos jurídicos que se consideraban mejor elaborados por el Derecho comunitario y que, además, no resultasen difíciles de conectar, en último término, con algún principio común a ambos ordenamientos (con lo que tal actuación resultaría mucho más fácilmente justificable y asumible). En definitiva, se venía a decir que las soluciones interpretativas avanzadas por el Derecho comunitario acabarían por influir en la interpretación del Derecho estatal, máxime teniendo en cuenta que ambos debían ser interpretados y aplicados por los mismos órganos jurisdiccionales.

Pues bien, el limitado objeto de este comentario es, precisamente, po-

(*) Trabajo adscrito a un Proyecto de Investigación financiado por el Gobierno Vasco (PI-1999/147).

ner de manifiesto una ejemplificación de tal pronóstico que se ha podido observar en la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las actividades contrarias al orden público como causa de expulsión de los extranjeros.

No obstante, debe advertirse de inmediato que la legislación actualmente en vigor no es la de 1985 (a que se refiere el Tribunal Supremo en las sentencias que nos interesan) (1), sino que, como es harto conocido —por la notoriedad que tuvo el debate político que acompañó a la reforma (y a la «contrarreforma») legislativa en esta materia—, la que está vigente es del año 2000 (2).

II. LA DEFENSA DEL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSA LEGAL DE EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS

Sin entrar ahora en consideraciones globales sobre la legislación de extranjería, ni en valoraciones sobre la oportunidad o el acierto de incluir las actividades contrarias al orden público como una causa de expulsión —y los diversos problemas interpretativos que presenta esta previsión legal (en sí o en relación con otros preceptos)—, podemos dejar constancia de que esta previsión es una constante en los ordenamientos. Veamos concretamente en qué términos viene recogida.

1. *En la legislación orgánica española*

La legislación de 1985, en su Título dedicado a las infracciones y sanciones, contemplaba como uno de los supuestos que posibilitaban la expulsión de extranjeros el «estar implicados en *actividades contrarias al orden público* o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países» [art. 26.1.c) LO de 1985].

Ahora bien, aunque ésta es la previsión legal que más nos interesa ahora, porque es la que tiene que interpretar y aplicar el Tribunal Supremo en la jurisprudencia que aquí vamos a destacar, procede mencionar —aunque sólo sea para apreciar la continuidad de la cláusula del orden público en nuestro Derecho de extranjería— que, en la legislación vigente, la «participación por el extranjero en la realización de *actividades contrarias al orden público* previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad ciudadana», está tipificada como una infracción grave [art. 53.f) LO de 2000]; y «participar en actividades contra-

(1) Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante, LO de 1985).

(2) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, profundamente modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (en adelante, LO de 2000), que derogó expresa y completamente la LO de 1985.

rias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en *actividades contrarias al orden público* previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad ciudadana» está tipificado como infracción muy grave [art. 54.1.a) LO de 2000]. En ambos casos —y ésta es una previsión capital— podrá sustituirse la sanción de multa por la expulsión del territorio español previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo (art. 57.1 LO de 2000) (3).

2. En la legislación comunitaria

El Tratado de la Comunidad permite, expresamente, la existencia en su seno de un régimen especial para los extranjeros ciudadanos de otro país comunitario, con medidas justificadas por *razón de orden público*, seguridad y salud públicas; aunque también prevé que tales medidas sean coordinadas por medio de directivas (4). La Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, se dictó precisamente para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamientos y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública; Directiva que resulta aplicable a los nacionales de un Estado miembro que residen o se desplazan a otro Estado miembro de la Comunidad, bien con vistas a ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, bien en calidad de destinatarios (art. 1.1) (5). De esta normativa, lo que más interesa ahora es la doble precisión de que las medidas de orden público o de seguridad pública deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen y que la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas (art. 3.1 y 2).

En 1992 el Gobierno español dictó un Reglamento regulador, precisamente, de la entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas (6), en el que expresamente se prevé la posibilidad de adoptar la medida de «ordenar la expulsión o devolución del territorio español», cuando así lo impongan *razones de orden público*, de seguridad o de salud pública, de acuerdo con la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y donde se recoge que, cuando las medidas se adopten por razones de orden público o de se-

(3) Incluso por el discutible «procedimiento preferente» regulado en el artículo 63 LO de 2000.

(4) Antiguo artículo 56 del Tratado, actualmente artículo 46 reformado.

(5) Repárese, además, en que el ámbito de aplicación ha sido interpretado muy ampliamente, considerando, por ejemplo, que el principio comunitario de la libre prestación de servicios (art. 49 TCE, antiguo art. 59) incluye la libertad de los destinatarios de desplazarse a otro Estado miembro para beneficiarse en él de un servicio, debiendo incluirse en esta categoría a los turistas (SSTJCE de 2 de febrero de 1989, C-186/87, *Cowan*, aptdo. 15; y 19 de enero de 1999, C-348/96, *Donatella Calfa*, aptdo. 16).

(6) Se trata del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio.

guridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en el comportamiento personal de quien sea objeto de las mismas (art. 15.1 y 2).

Ahora bien, esta referencia al Derecho comunitario resultaría incompleta si no se mencionasen las decisivas intervenciones al respecto del Tribunal de Luxemburgo (que, no se olvide, constituyen interpretaciones obligatorias para los Estados). En este sentido, quizá lo más destacable sea, a título principal, la premisa de que el régimen especial para los extranjeros nacionales comunitarios—que, como hemos visto, prevé el Tratado de la Comunidad Europea— autoriza la adopción de medidas (como la expulsión y la prohibición de acceso) que los Estados no podrían aplicar a sus propios nacionales, sin que por ello se incurra en una actuación discriminatoria incompatible con el Derecho comunitario (7). Y entrando ya en la causa de orden público, el Tribunal hace tiempo que interpretó —en sentido claramente restrictivo— que dicho concepto puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (8), y que la existencia de una condena penal recaída sobre el ciudadano comunitario en el país extranjero sólo puede considerarse, a estos efectos de poder constituir presupuesto de hecho para adoptar medidas de orden público o de seguridad pública como la expulsión (9), si las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pusieran de manifiesto la existencia de un comportamiento personal constitutivo de una *amenaza actual para el orden público* (10).

Pero será en 1999 cuando el Tribunal de Justicia integre definitivamente todos estos aspectos (11) y sentencie que sólo puede adoptarse una medida de expulsión contra un nacional comunitario si, además de haber infringido la ley penal, su comportamiento personal crea una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (12).

(7) Vid. las sentencias de 4 de diciembre de 1974, C-41/74, *Van Duyn*, aptdos. 22 y 23; de 18 de mayo de 1982, C-115 y 116/81, *Adoui y Cornuaille*, aptdo. 7; y de 17 de junio de 1997, C-65 y 111/95, *Shingara y Radiom*, aptdo. 28.

(8) Sentencia de 27 de octubre de 1977, C-30/77, *Bouchereau*, aptdo. 35. Esta afirmación, que luego sería repetida por el Tribunal de Luxemburgo en la importante Sentencia *Donatella Calfa* de 1999 (citada en la nota 5), tendrá una influencia decisiva en nuestro Tribunal Supremo, como luego tendremos la oportunidad de apreciar.

(9) Recuérdesse que el artículo 3.2 de la Directiva 64/221/CEE no permitía por sí solo su apreciación.

(10) Vid. Sentencia *Bouchereau*, cit., aptdos. 27, 28 y 29, donde añade, a continuación, que «si bien, en general, la comprobación de una amenaza de esta naturaleza implica que la persona de que se trata presenta una tendencia a persistir en este comportamiento en el futuro, puede también suceder que el simple comportamiento pasado reúna los requisitos de una amenaza semejante para el orden público». Esta consideración, sin embargo, no será luego recogida en la Sentencia *Donatella Calfa*.

(11) En una Sentencia interpretativa relativa a una medida de expulsión (de por vida) de una ciudadana italiana por haber sido condenada en Grecia por un delito relativo a la adquisición y tenencia de estupefacientes para uso personal. Se trata de la ya mencionada Sentencia *Donatella Calfa* (comenta esta resolución, que luego tanto se citará por nuestro Tribunal Supremo, D. MARINAS SUÁREZ, *Algunas consideraciones en torno a la excepción de orden público en materia de libre circulación de personas y prestación de servicios en el Derecho comunitario*, en «RVAP», núm. 54, 1999, págs. 453 y ss.).

(12) Aptdo. 25, reiterando lo dicho anteriormente en la Sentencia *Bouchereau*, cit., aptdo. 35. En este punto la Sentencia se queda ahí, pero las Conclusiones del Abogado Ge-

Quede, entonces, claro que, si bien el orden público puede permitir la expulsión de un nacional de otro Estado miembro: *a)* el contenido que debe otorgarse a la cláusula de orden público no es aquel que libremente decidan los Estados, sino que es un concepto de Derecho comunitario y, por tanto, cuando este ordenamiento sea el de aplicación, aquél habrá de ser respetado inexcusablemente; *b)* la legislación comunitaria ha fijado ya una serie de restricciones que delimitan el mencionado concepto comunitario de orden público como causa de expulsión (fundamentalmente, en lo dispuesto por el art. 3 de la Directiva 64/221/CEE), y *c)* para la mejor aplicación del Derecho comunitario en todos los Estados, la jurisprudencia comunitaria ha explicitado algunos requisitos más con el fin de que los Estados hagan un uso compatible con la finalidad y los principios que inspiran el Tratado de la Comunidad Europea (sobre todo, en sus sentencias *Bouchereau* y *Donatella Calfa*).

3. Referencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Pero no se puede tratar de la legislación en materia de expulsión de extranjeros sin hacer referencia a los límites que pueden encontrarse en vinculaciones internacionales asumidas por el ordenamiento español; lo que es especialmente destacado en lo atinente al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la decisiva relevancia que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo tiene a estos efectos (sobre todo, por la previsión constitucional del art. 10.2 CE) (13).

Así, en este ámbito pueden detectarse dos importantes restricciones a la medida de expulsión. Una, en relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar que una medida de este tipo podría llegar a vulnerar (14), ya que aun teniendo en cuenta que el propio Convenio de Roma prevé que la «defensa del orden» puede justificar una medida que supondría una injerencia en este derecho, es requisito imprescindible —según el propio

neral, Sr. LA PERGOLA —que giran sobre el test de discriminación y de falta de proporcionalidad de la medida—, avanzaban un poco más en su precisión, señalando que la conducta personal del extranjero comunitario sólo reúne el requisito de constituir una amenaza efectiva y suficientemente grave para los intereses fundamentales del Estado de acogida (que pudiera justificar, por tanto, una eventual medida de expulsión) cuando las autoridades nacionales, ante un comportamiento análogo de sus propios ciudadanos, adoptaban medidas tal vez no idénticas pero sí dirigidas efectivamente a combatir dicha conducta (apdo. 7).

(13) Para lo que valga la remisión *in integrum* a la obra de A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, CGPJ, Madrid, 1999, especialmente págs. 134 y ss.

(14) Respeto al derecho a la vida privada y familiar que está garantizado por el artículo 8 CEDH. Entre los pronunciamientos más recientes que han conceptualizado la expulsión de un extranjero como una potencial injerencia lesiva de este derecho, vid. las SSTEDH de 19 de febrero de 1998, *caso Dalia*; de 30 de noviembre de 1999, *caso Baghli*; de 11 de julio de 2000, *caso Ciliz*; de 13 de febrero de 2001, *caso Ezzouhdi*; y de 2 de agosto de 2001, *caso Boulif*.

Convenio— no sólo que la expulsión esté prevista en la Ley, sino que constituya una medida necesaria en una sociedad democrática. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido que es prerrogativa de los Estados asegurar el orden público y que, a tal efecto, tienen la facultad de expulsar a los extranjeros delincuentes, pero también ha advertido que «sus decisiones en esta materia, en la medida en que vulneren un derecho protegido por el párrafo 1 del artículo 8, deben ser necesarias en una sociedad democrática, es decir, justificadas por una necesidad social imperiosa y, concretamente, por ser proporcionadas al fin legítimo perseguido» (15).

La otra restricción se refiere a la prohibición de sometimiento a torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes (16), ya que una expulsión de un extranjero a un país con semejantes prácticas implicaría su conculcación (17). En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya ha establecido que, si bien el asilo político no está contemplado como un derecho protegido en el Convenio ni en sus Protocolos (18), la expulsión puede comprometer el artículo 3 CEDH si se advierten motivos razonables para pensar que la persona expulsada se enfrenta a un riesgo real de ser sometida a un trato contrario al mencionado precepto, razón por la cual el respeto a los derechos recogidos en este artículo obliga al Estado a no expulsar al extranjero al país en cuestión. Ello exige, asimismo, «un examen riguroso de la queja de un individuo de que su deportación a un tercer país le expondría a sufrir tortura o un trato inhumano o degradante» (19).

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también debe ser mencionado (20), aunque su influencia sea ciertamente limitada. En concreto, aquí interesan sus artículos 12 y 13. En el primero, se reconoce el derecho a la libre circulación y elección de residencia para toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado; derecho que no puede ser objeto de restricciones, «salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden político o la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de

(15) Sentencia *Ezzouhdi*, cit., aptdo. 32, que reitera lo dicho en otras anteriores (*Baghli*, cit., aptdo. 45; y *Boujlifa*, de 21 de octubre de 1997, aptdo. 42).

(16) Establecida en el artículo 3 CEDH.

(17) De entre las sentencias que han relacionado la expulsión con una eventual lesión de esta garantía, vid. las de 7 de julio de 1989, *caso Soering*; de 20 de marzo de 1991, *caso Cruz Varas y otros* (siquiera sea incidentalmente, permítase recordar aquí la importancia de estas dos sentencias en la problemática cuestión de la adopción de medidas cautelares en procesos seguidos ante el Tribunal de Estrasburgo; al respecto, vid. el comentario de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Sobre la legitimidad de las medidas cautelares utilizadas por la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», ahora en su libro *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 2.ª edic., 1995, págs. 345 y ss.); de 15 de noviembre de 1996, *caso Chahal*; de 19 de febrero de 1998, *caso Dalia*; de 11 de julio de 2000, *caso Jabari*; y, finalmente, de 6 de marzo de 2001, *caso Hilal*.

(18) Sentencia de 30 de octubre de 1991, *caso Vilvarajah y otros*, aptdo. 102; y Sentencia *Jabari*, cit., aptdo. 38.

(19) Sentencia *Jabari*, cit., aptdo. 39.

(20) Sobre todo si se tiene en cuenta que el Protocolo Adicional núm. 4 al CEDH no ha sido ratificado por España. En general, sobre la relevancia de este Pacto en la interpretación de nuestros derechos fundamentales, vid. A. SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, págs. 125 y ss.

terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto» (art. 12.1 y 3 PIDCP). Además, el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y se le debe respetar la audiencia, «a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello» (art. 13 PIDCP). El propio Tribunal Constitucional ha utilizado este texto internacional para interpretar el alcance del derecho fundamental recogido en el artículo 19 CE en relación con los extranjeros expulsados (21).

4. *Recapitulación*

Como acabamos de ver, la defensa del orden público se considera motivo suficiente de expulsión no sólo en la legislación española, sino también en la comunitaria, así como en el Convenio de Roma de 1950 y en el Pacto de Nueva York de 1966 (además de otros muchos ejemplos de Derecho comparado que se podrían aducir, pero que ahora no vienen al caso). Sin embargo, las autoridades españolas tienen un doble límite a la hora de establecer y aplicar tal medida. En primer lugar, uno de carácter general y absoluto: que no se lesionen los derechos garantizados por los artículos 3 y 8 CEDH y 12 y 13 PIDCP. En segundo lugar, otro de carácter subjetivamente más limitado: que si se trata de expulsar ciudadanos de la Unión Europea, no se conculquen los derechos garantizados por el Derecho comunitario (que impone determinadas exigencias adicionales, como ya se ha visto).

En el siguiente apartado podremos comprobar, sin embargo, cómo las garantías del grupo de «privilegiados» que constituyen los ciudadanos europeos acabarán trasladándose también a los restantes extranjeros, al unificar el Tribunal Supremo su interpretación de la cláusula general de actividades contrarias al orden público como causa de expulsión.

III. LA MÁS RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS ACTIVIDADES CONTRARIAS AL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSA DE EXPULSIÓN: UN EJEMPLO DE LA FUERZA EXPANSIVA DEL DERECHO COMUNITARIO SOBRE EL ORDENAMIENTO ESTATAL

Se ha adelantado ya que es la Jurisprudencia más reciente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo la que interesa analizar ahora; sin embargo, y para dejar más claro el punto de partida, conviene hacer referencia, en primer lugar, a una Sentencia del Alto Tribunal un poco anterior en el tiempo. Se trata de la dictada el *17 de abril de 1998* (22), en la que —con

(21) SSTC núm. 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; núm. 242/1994, de 20 de julio, FJ 5; y núm. 24/2000, de 31 de enero, FJ 4.

(22) Ar. 3831. Ponente Sr. SIEIRA MÍGUEZ.

una redacción un tanto confusa y sin que se pueda apreciar claramente el contenido completo de la resolución gubernativa que se recurre— parece que se hace una neta distinción (23) entre los supuestos (más estrictos) de alteración del orden público posibilitadores de expulsión para un ciudadano comunitario (concretados en el específico Reglamento de 1992) (24) y los supuestos (más amplios) para el caso de los restantes extranjeros (establecidos genéricamente en la LO de 1985) (25).

Dejando a un lado este pronunciamiento, podemos mencionar un grupo de tres sentencias dictadas en el primer trimestre del pasado año, todas ellas relativas a expulsiones de ciudadanos comunitarios. Así, la de *19 de febrero de 2000* (26), que recoge las que hemos denominado restricciones impuestas por la legislación comunitaria (y por las que se anulará la Sentencia previa de la Audiencia Nacional sometida a recurso de casación) y donde se cita expresamente, por primera vez —salvo error—, la doctrina establecida en *Donatella Calfa* (27). En la siguiente Sentencia del Tribunal Supremo, de *4 de marzo de 2000* (28), también se hace una interpretación restrictiva de la cláusula de orden público, según lo establecido en *Donatella Calfa*. Y en la Sentencia de *14 de marzo de 2000* (29) —donde lo que se cuestionaba no era propiamente la legalidad de la medida, sino la negativa a su suspensión— también se incorpora a sus fundamentos jurídicos el tan reiterado pronunciamiento del Tribunal comunitario.

En fin, en esta misma línea también podemos citar otra Sentencia un poco posterior, de *17 de julio de 2000* (30), donde se reitera, como un *plus* de exigencia, la necesidad de respetar los requisitos impuestos *ex* Derecho comunitario (31).

Pero los fallos que más nos interesan se inauguran —salvo error— con

(23) Así lo ha entendido, por ejemplo, D. MOYA MALAPEIRA, en *El régimen de extranjería en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Justicia Administrativa», núm. 8, 2000, págs. 295-296.

(24) Pero en el que ya se ha visto que la medida de expulsión habría de ser adoptada «con arreglo... a lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/1985» [art. 15.2.a) RD 766/1992].

(25) Dice así esta Sentencia: «En este punto se hace necesario resolver si entre las causas de expulsión invocadas por la Administración se encuentra alguna de las previstas en el artículo 15 del Real Decreto 766/1992, y así de una parte es claro que entre tales supuestos de seguridad pública, orden público y salud pública no se encuentra lo previsto en el apartado c) del artículo 26 de la Ley Orgánica 7/1985...».

(26) Ar. 2449. Ponente Sr. PECES MORATE.

(27) Aunque se desliza una equivocación en la fecha de esta Sentencia del Tribunal de Luxemburgo —que se fija en el 19 de marzo de 1999, cuando ya hemos señalado que es de 19 de enero de ese mismo año—; error que se trasladará inadvertidamente a los posteriores pronunciamientos en los que se haga referencia a la misma (excepto en uno, como en seguida se indicará).

(28) Ar. 2458. Del mismo Ponente que la anterior.

(29) Ar. 3063. Ponente Sr. XIOL RÍOS, en la que sí se cita correctamente la fecha de la Sentencia comunitaria.

(30) Ar. 6127. Ponente Sr. GONZÁLEZ NAVARRO.

(31) «Aunque la expulsión por motivos de orden público es aplicable también a los ciudadanos de la Unión Europea, tal aplicación exige tener muy presente los condicionamientos resultantes del Derecho comunitario europeo», dirá esta Sentencia para, a continuación, recoger lo dicho por el Tribunal comunitario en la Sentencia *Donatella Calfa*.

la Sentencia de 18 de abril de 2000 (32), donde al parecer se trataba de un extranjero no comunitario (33), y en la que a la interpretación (restrictiva) que hace del campo de aplicación de la cláusula de orden público el Tribunal Supremo añadirá: «adviértase en último término que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas mantiene idéntico criterio, que el que propugnamos, en la sentencia de 19 de marzo [*sic*] de 1999».

De manera ya rotundamente clara, podemos citar dos sentencias posteriores. La Sentencia de 9 de octubre de 2000 (34), donde se enjuicia la legalidad de una resolución gubernativa de expulsión de un súbdito argelino y, aunque no se considera contraria a Derecho tal medida, la interpretación del concepto de conducta lesiva del orden público que formula el Tribunal Supremo recoge literalmente lo dicho en la Sentencia *Donatella Calfa*, incluso con cita expresa de los artículos 1.1 y 3 de la Directiva 64/221/CEE. Por último, la Sentencia de 27 de diciembre de 2000 (35), en lo que aquí interesa, es del mismo tenor que la anterior (también con la misma mención a la Directiva comunitaria), si bien se trataba de un súbdito marroquí y a la decisión le acompaña un voto particular discrepante (36).

Así, pues, para resolver supuestos de expulsión de extranjeros no ciudadanos europeos el Tribunal Supremo acaba aplicando los criterios que había establecido para éstos, incluso con idéntica fundamentación jurídica y —lo que es más llamativo aún— con cita de la normativa comunitaria.

IV. BREVE REFLEXIÓN CONCLUSIVA

La preservación del orden público es una cláusula recogida en la legislación y comúnmente aceptada también como causa justificativa de la expulsión de un extranjero por parte del Estado en el que se encuentra. Pero tal escueta referencia normativa (37), pese a su arraigo y extensión, está plena de indeterminación semántica y resulta campo abonado para las más diversas valoraciones, con lo que el sentido a atribuir a una disposición de este tipo conlleva, ineludiblemente, un importante margen de deci-

(32) Ar. 3365. Ponente Sr. MATEOS GARCÍA.

(33) Se refiere con esta cautela porque de los datos que aporta la Sentencia no puede afirmarse con absoluta seguridad, pero es una conclusión bastante plausible teniendo en cuenta que en ningún momento se hace referencia ni a la condición de ciudadano comunitario ni al específico reglamento de 1992.

(34) Ar. 8623. Ponente Sr. LECUMBERRI MARTÍ.

(35) Ar. 343 de 2001. Del mismo Ponente que la anterior.

(36) Del Magistrado Sr. PECES MORATE, que, aunque concuerda expresamente con la fundamentación relativa a la posibilidad de invocar el orden público como causa de expulsión —pero «en el caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad», que también recoge el parecer mayoritario y que, como ya hemos reiterado más atrás, son las expresiones literales utilizadas por el Tribunal comunitario en las sentencias *Bouchereau* y *Donatella Calfa*—, disiente en su apreciación al caso (al tratarse de la mera tenencia de poco más de siete gramos de *cannabis sativa* que, además, no se había demostrado que estuvieran destinados al tráfico).

(37) Como hemos visto que es el caso, entre otros, del artículo 26.1.c) LO de 1985.

sión valorativa. De ahí que resulten muy convenientes mayores precisiones legislativas que la mera referencia al «orden público», entre otras buenas razones, para que no recaiga en el juzgador todo el peso de la fijación de su contenido (38).

En este sentido, el Derecho comunitario con la tan citada Directiva 64/221/CEE y con la no menos citada interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha avanzado en la elaboración de esta cláusula estableciendo diversas precisiones y determinados límites. Precisiones limitativas que, aunque ellas mismas tampoco estén exentas de una cierta indeterminación (39), son de gran ayuda para conocer y prever las consecuencias de determinadas actuaciones (lo que tan necesario resulta en el ámbito de las previsiones sancionadoras) y de indudable utilidad para su aplicación por los órganos jurisdiccionales.

Esta elaboración comunitaria resultaba (y resulta) de obligada observancia tanto para la Administración como para los Tribunales en el caso de medidas de expulsión de ciudadanos europeos; pero sólo en tales supuestos. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha ampliado su campo de aplicación al resto de supuestos de expulsión de extranjeros. ¿Cuál podemos pensar que ha sido la razón para esta «exportación» del concepto comunitario de orden público al resto del Derecho de extranjería? Probablemente hayan sido varias las razones: *a)* porque la interpretación comunitaria le haya parecido al Tribunal Supremo razonable, bien fundamentada y convincente (no sólo según los principios y las finalidades que animan a tal Derecho supranacional); *b)* porque conecta, además, con la necesidad de interpretar restrictivamente una disposición de carácter sancionador (40) y que afecta al ejercicio de un derecho fundamental, como es el de elegir libremente residencia y circular por el territorio nacional (protegido por el

(38) Por este mismo motivo, la precisión que a estos efectos ha realizado el legislador orgánico de la extranjería en 2000 —bien es cierto que con el precedente de alguna jurisprudencia de la Audiencia Nacional en tal sentido (vid., por ejemplo, sus sentencias de 21 de abril de 1998, Ar. 1492; y de 16 de abril de 1999, Ar. 4951)—, al vincular o remitir las actividades contrarias al orden público a las infracciones recogidas en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana, debe valorarse positivamente.

(39) Como es inevitable cuando se utilizan expresiones como «amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad». En este mismo sentido, recuérdese lo referido en la nota 36, donde el voto discrepante no disenta de los criterios utilizados para conceptualizar una actuación como contraria al orden público (es más, de manera expresa manifestaba su plena conformidad), pero sí lo hacía de su aplicación al caso concreto.

(40) El propio Tribunal Constitucional ha calificado expresamente de sanción, a efectos del artículo 25.1 CE, la expulsión prevista en el Derecho de extranjería español (vid. su Sentencia núm. 116/1993, cit., FJ 3, y su Auto núm. 331/1997, de 3 de octubre, FJ 6). También el Tribunal Supremo, tanto a efectos del artículo 24 como del artículo 25 CE, así lo ha hecho en numerosas ocasiones; entre las más recientes, vid. sus sentencias de 5 de noviembre de 1999, Ar. 2296 de 2000; de 13 de diciembre de 1999, Ar. 9626; de 10 de abril de 2000, Ar. 3348; de 22 de mayo de 2000, Ar. 4765; de 14 de octubre de 2000, Ar. 8823; de 26 de octubre de 2000, Ar. 10372, y dos de 27 de octubre de 2000, Ar. 10374 y 10375, respectivamente. Sin embargo, en contra se pronunció en dos sentencias un poco anteriores en el tiempo, como son las de 14 de diciembre de 1998, Ar. 10307 y 17 de diciembre de 1998, Ar. 10311.

art. 19 CE) (41); *c*) y, finalmente, porque también parece más coherente que el mismo órgano jurisdiccional, aplicando la misma disposición legal, llegue a idéntica interpretación o solución, aunque los sujetos a quienes se dirija tengan un *status* en parte diferenciado.

(41) Del que los extranjeros no están excluidos —aunque, ciertamente, no sean titulares de tal derecho en idénticos términos que los españoles—, como el Tribunal Constitucional ha dicho en reiteradas ocasiones (vid. sus sentencias núm. 94/1993, cit., FJ 2; núm. 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; núm. 242/1994, cit., FJ 4; núm. 86/1996, de 21 de marzo, FJ 2; núm. 24/2000, cit., FJ 4, y núm. 169/2001, de 16 de julio, FJ 4). No obstante, en sentido contrario, vid. el ATC núm. 331/1997, cit., FJ 4.

