

# Libertad de circulación comunitaria y orden público en España

Ascensión Elvira Perales  
*Universidad Carlos III*

*SUMARIO:* I.- INTRODUCCIÓN.— II. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO.— III. REGULACIÓN. ORDEN PÚBLICO Y SEGURIDAD CIUDADANA.— IV.- JURISPRUDENCIA. CIUDADANOS EUROPEOS Y SUS FAMILIAS.— V. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO A EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS.

## I. INTRODUCCIÓN

La libertad de circulación y residencia constituye una de las clásicas libertades comunitarias, si bien inicialmente reconocida solo a los trabajadores y a sus familias, paulatinamente se amplía el ámbito de sus destinatarios, primero por obra de la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, después mediante diversas directivas y finalmente, tras el Tratado de la Unión Europea, al incluirse como uno de los derechos de los ciudadanos europeos.

Los límites a esa libertad han sido siempre el orden público, la seguridad pública y la salud pública. La interpretación de esos conceptos indeterminados, y la fijación de los límites de los límites los ha ofrecido el Tribunal de Justicia. Después, como tantas veces en el Derecho comunitario, su doctrina ha pasado al derecho derivado o a los propios tratados.

De esta forma en la actualidad, además del Tratado de la Comunidad Europea (art. 18 –como derecho de los ciudadanos europeos– y artículo 39 –que recoge la vieja libertad de circulación de los trabajadores)<sup>1</sup>, es la Di-

---

<sup>1</sup> El Tratado de Lisboa mantiene la doble referencia a libertad de circulación como derecho de los ciudadanos europeos y como libertad de los trabajadores sometida a las limitaciones de orden público, segu-

rectiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, la que regula la libertad de circulación. Ésta deroga la dispersa normativa anterior sobre la materia, entre otras, la Directiva 64/221, de 25 de febrero de 1964, que recogía las limitaciones por razón de orden público, seguridad pública y salud pública. La última disposición citada establecía que las medidas de orden público o de seguridad pública deberían fundamentarse, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo al que se aplicaran; y, por otra parte, que la mera existencia de condenas penales no constituiría por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas. Estos parámetros se mantienen en la regulación actual, con otras precisiones derivadas de la doctrina del TJCE en la materia, en particular que «deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad» (art. 27.3, Directiva 2004/38/CE).

El orden público constituye, pues, una de las pocas limitaciones a la libertad de circulación comunitaria, que reviste la peculiaridad de que aparece como nacional en lo que se refiere a la fuente de los valores protegidos, mientras que es comunitario en cuanto a los límites materiales y procesales que se imponen a la valoración estatal. De esa dualidad y de la indeterminación del concepto de orden público se derivan buena parte de los problemas apreciados en su aplicación y que han dado lugar a una importante jurisprudencia del TJCE<sup>2</sup>.

A continuación abordaremos cómo se ha producido la aplicación de la cláusula de orden público en relación con la libertad de circulación y residencia de extranjeros en España.

## II. CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO

El primer problema al que nos enfrentamos es la de la definición de orden público. Tomaremos simplemente algunas referencias<sup>3</sup>.

---

ridad pública y salud pública (arts. 20.2 y 45 TFUE), junto a una genérica referencia en el art. 3.2 TUE.

<sup>2</sup> No procede efectuar una enumeración exhaustiva de las Sentencias del TJCE sobre la materia, pero sí citar aquellas que marcaron toda la jurisprudencia sobre la materia: *Van Duyn*, *Bonsignore*, *Rutili*, o *Adoui y Cornuaille*. Un análisis sobre esta jurisprudencia del TJ, puede encontrarse en Ascensión Elvira: Orden público comunitario y libertad de circulación, en *Estado constitucional y derechos fundamentales*, Ed. Porrúa y Universidad Autónoma de Querétaro, México, 2008.

<sup>3</sup> Hemos elegido aquellas referencias que podían resultar más útiles para estas páginas. Un excelente resumen de las diferentes concepciones, tanto jurídicas como metajurídicas, sea de autores nacionales o extranjeros, se encuentra en el artículo de CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis: «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *RVAP*, n.º 27, 1990 [pp. 9-25]. Sobre la evolución legal y doctrinal del orden público, BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de: *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, CEPC, Madrid, 2002.

El orden público es un concepto, como manifiesta Bartolomé<sup>4</sup> gestado entre lo político y lo jurídico. El concepto de «orden público» en la actualidad nada tiene que ver con el concepto tan profusamente aplicado durante el franquismo; en la actualidad no es un concepto que pueda aducirse arbitrariamente por la Administración, sino que está sometido a unos límites, en primer lugar, constitucionales, tendentes a evitar precisamente tal arbitrariedad. Como bien dice el autor citado, a la hora de invocar el orden público es necesario tener presente el art. 10.2 CE, es decir la obligación de interpretar los derechos a la luz de las declaraciones de derechos internacionales.

Una buena aproximación al concepto de orden público lo tenemos en Carro, quien tras repasar la doctrina europea afirma: «el orden público sólo puede ser un orden positivo, esto es, un orden establecido por el Derecho y no por una difusa conciencia social que no tenga traducción en las normas jurídicas. Así, sólo será constatable una perturbación del orden público si efectivamente ha existido violación de derechos, bienes jurídicos o libertades de los particulares o si se ha visto afectado el ejercicio de las competencias públicas reguladas en el Ordenamiento jurídico»<sup>5</sup>.

El orden público sólo podría operar como límite en el caso de derechos que supongan la presencia de varios sujetos o comporten la posibilidad de contacto con otros sujetos, lo cual puede jugar tanto con respecto al tipo de delitos como a la repercusión de éstos en la sociedad. Por otra parte, «el orden público no puede ser un límite implícito en cualquier derecho fundamental, sino que cualquier posibilidad limitadora del mismo ha de venir expresamente prevista en el texto constitucional»<sup>6</sup>.

Pérez Conejo, por su parte, refiriéndose a la concesión de la nacionalidad, pero con una argumentación que podría trasladarse a otros de los aspectos aquí tratados, estima que «la apreciación de los motivos de orden público o interés nacional dependerá de los principios sociales, políticos y económicos imperantes en nuestra comunidad en cada momento histórico, con lo que nos encontramos con un sistema de concesión de la nacionalidad en principio reglada, pero construido sobre conceptos jurídicos indeterminados de tan impreciso y amplísimo «halo» que convierten al control jurisdiccional al respecto en una tarea prácticamente ineficaz, cuando no imposible de hecho»<sup>7</sup>.

Esta interpretación no parece la más oportuna; como veremos, la jurisprudencia, se ha encargado de desmentirla, pues es precisamente esa adecuación al momento lo que facilita el control, al ponerlo en relación con las

<sup>4</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de: «Los límites de los derechos y libertades. Evolución jurisprudencial del límite del orden público en España (I)», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1870, pp. 13 y ss. Véase en las pp. 30-31 las exigencias del Tribunal Supremo para poder apreciar toda transgresión jurídica en materia de orden público.

<sup>5</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *op. cit.*, p. 17.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>7</sup> PÉREZ CONEJO, Lorenzo: «Nacionalidad y jurisdicción contencioso-administrativa: su denegación por motivos de interés nacional», en *R.V.A.P.*, núm. 44, 1996, pp. 178.

circunstancias, lejos del anquilosamiento propio de otras épocas. Por otra parte, la citada adecuación a las circunstancias no actúa en solitario sino que habrá de contrastarse con los criterios imperantes en los países de nuestro entorno y en la jurisprudencia del TEDH y, en su caso, del TJCE, lo que disminuye los riesgos de unas interpretaciones subjetivas. El riesgo existe, pero, sin duda, muy atemperado.

A ello hay que sumar no sólo la interdicción de la arbitrariedad presente en el art. 9.3 de la Constitución, sino también la obligación por parte de la Administración y de los tribunales de aplicar la igualdad ante la ley, lo que significa la obligatoriedad de razonar el apartamiento de supuestos similares anteriores. Así en el caso de que no se cumplieran esos requisitos cabría el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>8</sup>.

Orden público, en sentido amplio, se nos aparece, pues, como sinónimo de orden jurídico, mientras que en sentido estricto se presenta como la protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales, tal como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional español: el «respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público»<sup>9</sup>.

En efecto, el Tribunal Constitucional afirma que «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público»<sup>10</sup>. Sin embargo, podemos encontrar otras acotaciones sobre el orden público que pueden resultar de interés, así: «[E]l orden público no puede ser interpretado en el sentido de una cláusula preventiva frente a eventuales riesgos, porque en tal caso ella misma se convierte en el mayor peligro cierto para el ejercicio de ese derecho de libertad»<sup>11</sup>. «Sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para «la seguridad, la salud y la moralidad pública», tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto».

El Tribunal Constitucional ha indicado, pues, cómo debe interpretarse esa cláusula «a la luz de los principios del Estado social y democrático de Derecho consagrado por la Constitución», entendiendo como contrapartida como «desorden material el que impide el normal desarrollo de la convivencia ciudadana en aspectos que afectan a la integridad física o moral de personas o a la integridad de bienes públicos o privados»<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> BARTOLOMÉ CENZANO, José Carlos de: «Los límites de los derechos y libertades. Evolución jurisprudencial del límite del orden público en España (II)», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1871: «El orden público constitucional se configura por ello como un Derecho necesario, que excluye de la disposición de los particulares cualquier actitud generadora de discriminación injustificada...» (p. 35)

<sup>9</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero.

<sup>10</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero.

<sup>11</sup> STC 46/2001, de 15 de febrero.

<sup>12</sup> STC 66/1995, de 8 de mayo.

## III. REGULACIÓN. ORDEN PÚBLICO Y SEGURIDAD CIUDADANA

En la actualidad<sup>13</sup> nos encontramos con el problema terminológico de que la regulación más cercana a los aspectos que aquí contemplamos es la Ley de seguridad ciudadana, denominación con la cual se quiso superar la de «orden público» tan vinculada al régimen franquista. No obstante hay que señalar que el término «orden público» lo encontramos en la propia Constitución, y no resulta claro si supone un concepto más amplio que el de seguridad ciudadana<sup>14</sup>, aunque también parece evidente que algunas de las conductas que son consideradas como infracciones por la L.O. sobre protección de seguridad ciudadana<sup>15</sup> no tendrían cabida dentro del orden público y, desde luego, no justificarían un rechazo a la solicitud de residencia de un ciudadano comunitario.

En el caso de extranjeros no comunitarios la dualidad de conceptos resulta aun más acusada por cuanto la L.O. 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros se refiere a 'orden público' si bien remite para la determinación de las conductas contrarias a éste a la L.O. de protección de la 'seguridad ciudadana', lo que lleva a interpretar que ambos términos se utilizan como sinónimos<sup>16</sup>.

Con todo, el margen de indefinición, lejos de disminuir, aumenta, al menos por lo que aquí interesa, pues junto a él pervive el riesgo de discrecionalidad por parte de la Administración, lo que hace que la labor interpretativa de los tribunales sirva también aquí para perfilar el margen de la cláusula de orden público en nuestro país. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha afirmado que la Ley de Seguridad Ciudadana no es el 'único valedor' del orden público, «pero si representa un argumento hermenéutico coadyuvante del sentido atribuible al ap. 1.c) del art. 26 de la Ley de Extranjería, facilitando excluir del mismo aquellas conductas que no supongan un peligro, real y actual, para la tranquilidad y el orden público que trata de preservar»<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Sobre la evolución de la regulación española puede consultarse, APRELL LASAGABASTER, Concha: *Régimen Administrativo de los extranjeros en España*. Universidad de Málaga-Marcial Pons, Madrid, 1994.

<sup>14</sup> «...el orden público en sentido amplio se nos presenta, en definitiva, como sinónimo de orden jurídico, del orden establecido por el Derecho, siendo posible establecer con base sólida una clara distinción conceptual entre orden público (protección libre del ejercicio de los derechos fundamentales) y seguridad ciudadana (protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas). La seguridad pública sería el concepto general que abarcaría al orden público y a la seguridad ciudadana». Así lo expresa LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco: *Seguridad ciudadana y orden público*. El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid, 1992, p.19.

<sup>15</sup> Artículo 23 y ss. de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana.

<sup>16</sup> Arts. 53 y 54 de la L.O. 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros y su integración social (modificada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre y por la L.O. 14/2003, de 20 de noviembre), en relación con el art. 23 y ss. de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana. A la dificultad de distinguir entre orden público y seguridad ciudadana se refiere ORTEGA MARÍN, Eduardo: «La cláusula de orden público ante el fenómeno multicultural», en *Sociedad multicultural y derechos fundamentales*. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2007, p. 203.

<sup>17</sup> STS de 27 de noviembre de 2002.

En particular, la libertad de circulación de ciudadanos comunitarios en España se desarrolla actualmente en el Real Decreto 240/2007, de 17 de febrero (BOE núm. 51 de 28 de febrero)<sup>18</sup>, que también regula la entrada y permanencia de miembros de otros Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza<sup>19</sup>, el cual supone la transposición al derecho español de la Directiva 2004/38/CE. Este Real Decreto resulta más acorde con la libertad de circulación comunitaria que la regulación anterior, la cual traslucía recelo hacia tal libertad.

Con respecto a lo que aquí nos interesa cabe destacar lo siguiente:

- a) Se reconoce la libertad de entrar, salir, circular y permanecer en el territorio nacional no sólo a los ciudadanos comunitarios y a los de los Estados parte del Espacio Económico Europeo y de Suiza, sino también a sus familiares (con el alcance indicado en el propio RD y en la normativa europea), cualquiera que sea su nacionalidad (art. 1 y 2, y Disposición Adicional Tercera)<sup>20</sup>.
- b) La entrada se realizará con el pasaporte o el documento de identidad, pudiéndose exigir visado a los familiares que posean una nacionalidad para la que se exija ese requisito de entrada en la Unión europea. La denegación del visado podrá producirse por no cumplirse con los requisitos exigidos en el RD o por razones de orden público, seguridad pública o salud públicas, que deberán indicarse, «salvo que ello sea contrario a la seguridad del Estado» (art. 4). En este punto conviene recordar que acreditada la condición de familiar de ciudadano europeo se ofrecerán las máximas facilidades para la obtención del visado.
- c) «Las Autoridades competentes para tramitar y resolver las solicitudes de certificado de registro o de tarjetas de residencia que se regulan en el presente Real Decreto podrán, excepcionalmente, recabar información sobre posibles antecedentes penales del interesado a las autorida-

---

<sup>18</sup> Este decreto deroga al RD 178/2003, de 14 de febrero (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2003), algunos de cuyos preceptos fueron declarados nulos por el Tribunal Supremo, por no resultar conformes con la normativa comunitaria (SSTS de 10 de junio de 2004 y de 9 de febrero de 2005). No obstante, este Real Decreto ya resultaba más acorde con la libertad de circulación comunitaria que la regulación anterior, la cual traslucía recelo hacia tal libertad y que se contenía en el RD 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia de España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades europeas, modificado por el RD 737/1995, de 5 de mayo y el RD 1710/1997, de 14 de noviembre, que, a su vez, modificaba algunos aspectos relativo a la entrada y permanencia de ciudadanos comunitarios. De hecho, éste último citado dio lugar al asunto C-157/03 en un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión europea frente a España, resuelto por Sentencia de 14 de abril de 2005 al no facilitar el visado de residencia en el plazo más breve posible y, en cualquier caso, antes de seis meses, como exigía la normativa comunitaria. El Tribunal no considera suficiente que la esposa de ciudadano comunitario, nacional de un tercer país, pudiera residir en España durante los diez meses que tardó en facilitársele el visado.

<sup>19</sup> En este último caso en virtud del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza firmado en Luxemburgo el 2 de junio de 1999.

<sup>20</sup> Sobre los familiares afectados por esta regulación véase art. 2.

des del Estado de origen o a las de otros Estados» (art. 12.3). La excepcionalidad resulta acorde con la normativa y la jurisprudencia comunitaria y excluye que se soliciten de manera sistemática. En cuanto a la posibilidad de pedir antecedentes a otros Estados parece deducirse que no tienen porqué ser comunitarios, sino cualquier otro Estado que pudiera proporcionarlos.

- d) Un capítulo específico (VI) se dedica a las medidas aplicables por razones de orden público, seguridad y salud pública, cuya apreciación podrá dar lugar a impedir la entrada, denegar la expedición o renovación de la tarjeta de residente o a ordenar la expulsión del territorio. Con respecto a esta última medida se indica que sólo podrá adoptarse de existir graves motivos de orden o seguridad públicos, además de que deberá tenerse en cuenta el tiempo de estancia en nuestro país, su grado de integración social y cultural y la situación personal del afectado, así como sus vínculos con el país de origen (art. 15.1). En el caso de ciudadanos europeos o del Espacio Económico Europeo no podrá decretarse una medida de expulsión si el afectado hubiera residido en España por un periodo superior a diez años, «salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública». Tampoco si el afectado es menor «salvo si la repatriación es conforme al interés superior del menor» (Art. 15.6). En esos casos en los que se emplea exclusivamente el término 'seguridad pública', parece que es de los supuestos en los que cabe diferenciar ésta del 'orden público', es decir, supuestos en los que pudiera ponerse en peligro la seguridad del Estado, es decir, casos de extremo riesgo para la seguridad interior o exterior del Estado y no solo alteración del orden público.
- e) En los supuestos de denegación de entrada, podrá presentarse una nueva solicitud tras un plazo de, al menos, dos años, alegando el cambio de circunstancias que justifique el levantamiento de la medida, sin que pueda producirse la entrada mientras se estudia la solicitud (art. 15.2). De igual modo, cuando la ejecución de una expulsión fuera a producirse dos años después de dictarse la medida, se analizarán si se mantienen los motivos que la impulsaron y la gravedad de la amenaza del expulsado para el orden o seguridad públicos (art. 15.4). Esto resulta conforme a que el riesgo para el orden público ha de ser 'presente', de acuerdo con el ordenamiento comunitario, y podrían haber cambiado las circunstancias de transcurrir un plazo tan dilatado como dos años.
- f) «Podrán ser revocadas de oficio o a instancia de parte, cuando dejen de existir las razones que motivaron su adopción» (art. 15.5.b). Parece, pues, que la autoridad debería adoptar una posición activa, incluso cuando no se produjera una nueva solicitud, lo cual induce a pensar en una cierta objetivación de las medidas. Por otra parte, esta posibilidad de revocación se extiende a cualquiera de las posibles medidas, por lo que, con independencia de lo establecido en el art. 15.2, incluye también a las medidas de expulsión, lo cual hace surgir la duda de si en

determinados casos no sería necesario dejar transcurrir los dos años a los que hacíamos referencia antes, o si son dos circunstancias concurrentes. Lo más lógico, sería pensar que el plazo de dos años no sería necesario cuando concurrieran circunstancias que claramente mostraran lo innecesario de la medida.

- g) La regulación española recoge también las exigencias comunitarias de que estas medidas no puedan adoptarse por razones económicas y que deberán estar fundadas únicamente en el comportamiento personal del afectado «que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad», sin que la sola existencia de antecedentes penales pueda justificar la imposición de esas medidas (art. 15.5. c) y d)). Asimismo la caducidad del pasaporte, carta de identidad o tarjeta de residencia no pueden ser causa de expulsión (art. 15.7), pues en ese tipo de casos, las sanciones solo podrán equivalentes a las que se impongan a los nacionales en casos semejantes.
- h) La resolución de expulsión sólo podrá dictarse, salvo urgencia debidamente justificada, con «el informe previo de la Abogacía del Estado en la provincia» (art.16.1). Posteriormente, la resolución de la autoridad competente que ordene la expulsión del solicitante de tarjeta de residencia o certificado de registro, «sin perjuicio de los recursos administrativos o judiciales legalmente procedentes»<sup>21</sup>, «será sometida, previa petición del interesado, a examen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado o de la Abogacía del Estado en la provincia», pudiendo presentar el interesado medios de defensa «a no ser que se opongan a ello motivos de seguridad del Estado»; tras el dictamen de la Abogacía del Estado, la autoridad competente confirmará o revocará la resolución (art.16.2). Con esta previsión se da cumplimiento a la normativa comunitaria que establece que se introduzca un recurso frente a la adopción de medidas de expulsión por razón orden público. Hay que añadir que a la resolución de expulsión –motivada– se acompañará la mención de los recursos posibles y, salvo urgencia justificada se señalará un plazo no inferior a un mes para abandonar el país (art. 18.2). Las resoluciones de expulsión serán firmadas por el Subdelegado del Gobierno o por el Delegado en las Autonomía uniprovinciales (art. 18.1).
- i) La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y su Reglamento se aplica-

---

<sup>21</sup> Los procedimientos aplicables a este RD serán los señalados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, como indica la Disposición Adicional Segunda. Los recursos, pues, se someterán a las prescripciones de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.



rán con carácter supletorio, «en lo no previsto en materia de procedimientos» siempre que no se oponga al Derecho comunitario<sup>22</sup> (Disposición Adicional segunda).

- j) Las medidas a las que se ha hecho referencia se adoptarán «con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones vigentes en la materia» (art. 15.5 a). Sigue reproduciéndose, pues, la duda entre la diferencia entre orden público y seguridad pública<sup>23</sup>, a la que antes aludíamos.

La regulación española actual se pone en consonancia con regulación europea y con la jurisprudencia del TJCE, disminuyendo cada vez más la «sospecha» frente al extranjero. La libertad de circulación y de residencia se asimila como derecho y deja de ser algo que meramente había que consentir.

#### IV. JURISPRUDENCIA. CIUDADANOS EUROPEOS Y SUS FAMILIAS

En España el control de la libertad de residencia tanto de ciudadanos comunitarios<sup>24</sup> como de extranjeros extracomunitarios lo efectúan los tribunales ordinarios.

En una serie de primeras Sentencias, los tribunales españoles aplicaron el trato genérico de la Ley de extranjería (entonces la LO 7/85) a aquellos ciudadanos comunitarios que no habían cumplido con las formalidades exigidas en el RD 1099/1986, el cual regulaba el régimen de permanencia de extranjeros de otros Estados miembros de las comunidades europeas. Este hecho se debe a las condiciones que imponía el Acta de Adhesión de España a las Comunidades Europeas que establecía un régimen transitorio hasta finales de 1992. Así, como consecuencia de la aplicación del régimen general, en una Sentencia<sup>25</sup> se considera conforme la expulsión de un extranjero comunitario por haber entrado y residido en España «sin cumplir con las formalidades exigidas por la normativa aplicable, ni estar comprendido en el ámbito de aplicación del RD 1099/1986 o por lo menos sin acreditar la concurrencia de los requisitos exigi-

---

<sup>22</sup> Una de las modificaciones que ha introducido la L.O. 14/2003, de 20 de noviembre, ha sido la introducción de un nuevo párrafo: «3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se registrarán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables», lo que representa una acentuación de la *lex specialis*.

<sup>23</sup> Véase Carro, cit.

<sup>24</sup> En este supuesto hay que recordar que los órganos jurisdiccionales internos son los encargados de la aplicación del Derecho comunitario, a la vez que de interpretar la a la luz de éste el Derecho interno. Además, en el caso de aplicación de la cláusula de orden público a ciudadanos comunitarios los tribunales deberían de llevar a cabo una motivación «más estricta» que en otros supuestos, según expone HUBEAU, Francis: «L'exception d'ordre public et de la libre circulation des personnes en Droit communautaire», en *Cahiers de Droit Européenne*, n.º 1-2, 1981, p. 243.

<sup>25</sup> STS de 20 de noviembre de 1990.

dos en el mismo» y en otra<sup>26</sup>, por su parte, la expulsión se producía –y justificaba el Tribunal– a consecuencia de carecer de permiso de trabajo.

No obstante, hay supuestos en los que sí que se marcaba ya la diferencia en función de la aplicación de la normativa comunitaria, en base a la distinción entre lo que constituye y lo que no vulneración del orden público, desestimando que pueda incluirse en esa concepción la invocación de unas diligencias judiciales o una solicitud de extradición desestimada<sup>27</sup>.

La jurisprudencia cambia a raíz de la aprobación del RD 766/1992<sup>28</sup>, aun cuando se tratara de enjuiciar situaciones anteriores<sup>29</sup>. En ellas se acepta ya la doctrina comunitaria sobre entrada y residencia de extranjeros comunitarios, claramente restrictiva a una posible aplicación de la cláusula de orden público.

Resulta de interés contemplar, por ejemplo, la argumentación que se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1993:

«El Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht el 7 febrero 1992, y en vigencia desde el 1 noviembre 1993, una vez ratificado definitivamente, tras la STC alemán de 12 octubre 1993, supone el reconocimiento de la incorporación del concepto de ciudadanía de la Unión, concretando la extensión subjetiva de ésta en el art. 8 a) Tratado CEE y confiriendo a los ciudadanos europeos en el art. 8 a) Tratado CEE, el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, infringiéndose de su regulación el contenido esencial de la libre circulación que comprende la prohibición para el Estado de acogida de exigir requisitos, establecer impedimentos u ofrecer obstáculos que vayan más allá de lo necesario para garantizar el orden y la seguridad pública, así como el control de la identidad y nacionalidad de quien cruce la frontera»

Como puede apreciarse nuestro Tribunal Supremo pasa a reconocer plenamente la condición de ciudadano europeo y la correspondiente libertad de circulación y residencia en los Estados miembros, más allá de lo que significaba para las propias instituciones comunitarias. Esta comprensión cambia la jurisprudencia anterior, restrictiva y apegada a un control unilateral por parte del Estado, a la vez que restringe a los mínimos las posibilidades de aplicación de las cláusulas de orden y seguridad públicos, defendiendo un concepto claramente restrictivo.

Mas ese reconocimiento amplio no se queda en una mera declaración, sino que extrae las consecuencias para el caso concreto, a la vez que hace suyos los argumentos del TJCE: la medida de expulsión ha de fundarse en una ley y aplicarse en forma razonable y razonada; han de respetarse las garantías procedimentales; la Administración no puede expulsar a un extranjero, ciudadano,

<sup>26</sup> STS de 13 de marzo de 1993.

<sup>27</sup> ATS de 24 de enero de 1994.

<sup>28</sup> Este RD modifica el RD 1099/1986.

<sup>29</sup> Así en las SSTS de 26 de febrero de 1993, de 23 de abril de 1993, 30 de abril de 1993; 7 de mayo de 1993; 17 de diciembre de 1993; 31 de mayo de 1994 o 22 de marzo de 1996 (en este caso sobre un recurso del 1993).

en este caso, de la CE, sin haber resuelto en forma motivada si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia; el derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en otro para los fines previstos en el Tratado (actividad profesional, asalariada) constituye un derecho conferido directamente por el ordenamiento jurídico comunitario.

Estos argumentos se prefieren a los ofrecidos por la Administración, que, sin embargo, eran los que había apreciado la jurisprudencia anterior: falta de arraigo; irregularidades en la documentación, carencia de permiso de trabajo.

Esa doctrina favorable a la libertad de circulación no sólo es asumida por el Tribunal Supremo, sino también por otros órganos jurisdiccionales, entre los que también es posible encontrar resoluciones de interés para el tema que nos ocupa. Merecen especial atención, por ejemplo, dos Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid<sup>30</sup>, resolviendo acerca de las resoluciones administrativas que decretaban la expulsión de dos ciudadanos comunitarios a consecuencia de una protesta<sup>31</sup> realizada durante la apertura de la Asamblea anual conjunta del Fondo Monetario y del Banco Mundial a la que asistían los Reyes de España. La conducta de los dos ciudadanos comunitarios dio lugar a la imposición de una pena de un día de prisión (arresto menor). El Tribunal considera desproporcionada la orden de expulsión y la subsiguiente prohibición de entrada en nuestro territorio en un plazo de tres años. El Tribunal se hace eco de la jurisprudencia del TJCE en casos que atañían al orden público, y en particular de los asuntos *Bouchereau* y *Van Duyn* y en ellas se destaca que la actividad considerada no reviste la entidad suficiente como para motivar la expulsión del territorio nacional del recurrente. El Tribunal argumenta que «el recurso a la noción de orden público supone, en todo caso, la existencia, además de la alteración para el orden social que constituye toda infracción de la Ley, de una amenaza real y suficientemente grave que atenta contra un interés fundamental de la sociedad» y recuerda como la simple existencia de condenas penales no puede automáticamente motivar una medida de expulsión. Por otra parte, pone de relieve cómo la Administración no motivó adecuadamente por qué estima que la conducta en cuestión era contraria a los intereses propios del orden público, apuntando por el contrario el órgano jurisdiccional que «no consta que el recurrente, desde su condena penal, hubiera desarrollado un comportamiento personal, que hiciera aconsejable por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, su expulsión de España. En definitiva falta toda motivación o consideración de la conducta personal del recurrente como amenaza real y atentatoria contra algún interés fundamental de la sociedad».

En términos similares se ha manifestado también el Tribunal Supremo<sup>32</sup> ante una expulsión de un ciudadano comunitario por un plazo de cinco años,

<sup>30</sup> Una de 10 de julio de 1998 y otra de 21 de abril de 1999.

<sup>31</sup> Dos simpatizantes de Greenpeace llegaron hasta el techo de la sala desde donde arrojaron billetes simulados de dólar y desplegaron una gran pancarta con el texto siguiente: World Bank: No \$ for ozone destruction».

<sup>32</sup> Sentencia de 20 de julio de 2001. En ella se hace referencia a los asuntos *Calfa* y *Boucherau*.

en la que además estima que no debe considerarse como conducta contraria al orden público «la falta de integración social en el medio o la conflictividad de la persona».

En la línea de perfilar qué conductas han de excluirse de la calificación de orden público, hay que excluir un delito contra la seguridad del tráfico por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas<sup>33</sup>. Se reafirma que la mera existencia de condenas penales no es equivalente a riesgo para el orden público y menos los supuestos en los que ni siquiera hay existido tal condena. Además se hace referencia al principio de proporcionalidad a la hora de analizar la conformidad de la medida adoptada<sup>34</sup> y a la demostración de que la amenaza actual<sup>35</sup>. En este sentido, en algún caso, se considera conforme al derecho comunitario una expulsión cuando, pese a no existir condenas penales, las investigaciones policiales ofrecen una clara muestra de riesgo para el orden público<sup>36</sup>.

Frente a lo que en casos de extranjeros extracomunitarios puede resultar decisivo, en relación con los ciudadanos comunitarios no basta la falta de integración social o la conflictividad de persona para que pueda invocarse la cláusula de orden público, de no concurrir los elementos que la definen<sup>37</sup>; aunque el arraigo se utilice, a mayor abundamiento para descartar la amenaza para el orden público<sup>38</sup>.

Algunos de los casos planteados guardan gran semejanza con otros ya tratados por el TJCE. Tal es el caso de la STS de 17 de abril de 1998, donde se plantea la expulsión de la esposa extracomunitaria de un ciudadano español que trabaja como camarera de un bar de alterne, en el que la resolución recuerda la Sentencia del TJCE en el asunto Adoui y Cornuaille<sup>39</sup>. El Tribunal Supremo recuerda como el trabajo desempeñado por la actora no es ilícito, como sí lo sería el ejercicio de la prostitución, circunstancia no alegada por la Administración, lo que hace que la expulsión decretada no resultara conforme con la invocación de la cláusula de orden público presente en la normativa comunitaria e incluida entonces en el Real Decreto 266/1992.

Las garantías se extienden a los aspectos procedimentales, poniéndose de relieve la importancia del respeto a los derechos procesales para lograr una plena eficacia de los derechos sustantivos, como bien reflejaba el Tribunal Supremo al manifestar que «la medida que examinamos, para que repercuta en la libertad de circulación de personas, ha de fundarse en una Ley y aplicarse en

<sup>33</sup> STSJ de Andalucía, sede de Málaga, de 5 de marzo de 1998. ¡Al recurrente se le había impuesto una expulsión por un periodo de cinco años!

<sup>34</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, de 29 de octubre de 2002.

<sup>35</sup> STSJ de Andalucía, sede de Málaga, de 24 de noviembre de 1997; STSJ del País Vasco, de 23 de julio de 2004.

<sup>36</sup> STSJ de Murcia de 25 de enero de 2007, ante sucesivas detenciones por tráfico de armas, estafa o tráfico de estupefacientes; ATS de 29 de enero de 1997, por lesiones graves y tenencia ilícita de armas.

<sup>37</sup> STSJ Andalucía, sede de Málaga, de 29 de septiembre de 2003.

<sup>38</sup> STSJ Andalucía, sede de Málaga, de 24 de octubre. Los elementos que se citan como muestra de arraigo son contar con vivienda y con cuenta bancaria con 'significativo saldo'.

<sup>39</sup> Sentencia de 18 de mayo de 1982, C- 115 y 116/1981.

forma razonable y razonada y, por ello, al no respetarse el mínimo esencial de garantías procedimentales que enuncia el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 13, 19 y 24 de la Constitución, es necesario concluir, en este punto, que la Administración no puede expulsar a un extranjero, o ciudadano, en este caso, de la Comunidad Europea, sin haber resuelto en forma motivada si tiene derecho o no a obtener el permiso de residencia, pues de lo contrario, se vulnera también que el art. 19 de la Constitución, sin perjuicio de reconocer que el recurrente se hallaba en España, antes de la entrada en vigor del Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas y que la aplicación del RD 1099/1986, de 26 mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, requiere la prestación de algún trabajo, afirmándose en su art. 3.1 la necesidad de desarrollar actividades «asalariadas o no asalariadas»<sup>40</sup>.

También en los aspectos formales de la libertad de circulación, los tribunales españoles han asumido la jurisprudencia del TJCE, por ejemplo, al resolver sobre las sanciones pecuniarias impuestas a ciudadanos comunitarios por haber caducado su tarjeta de residencia. Se ha interpretado que la carencia, o la no renovación, de la tarjeta de identidad válida por parte de un ciudadano europeo en España, sólo puede ser sancionada en igual medida en que se sancionaría a un ciudadano español por la carencia o no renovación de su DNI. La conclusión es que la Administración no puede imponer «un régimen sancionador más riguroso y agravado para los nacionales de países miembros de la CEE, que para los ciudadanos españoles»<sup>41</sup>.

Los problemas, en ocasiones, se han derivado de la aplicación del Acuerdo Schengen<sup>42</sup>, mediante el que se estableció la supresión de las fronteras internas, a la vez que unos controles comunes hacia el exterior. Pues bien, la aplicación del Acuerdo de Schengen, ha sido la ocasión de una condena por incumplimiento por parte de España, en relación con familiares de ciudadanos comunitarios, por una utilización del sistema de información del Acuerdo Schengen contraria al Derecho Comunitario en el asunto 503/2003<sup>43</sup>, al haber negado el

<sup>40</sup> STS de 17 de diciembre de 1993.

<sup>41</sup> STSJ de Valencia de 5 de febrero de 1999. La Sentencia consideraba que no sucedía así con la normativa establecida en el RD. núm. 766/92, de 26 de Junio, cuyo art. 16 permitía sancionar tal omisión en un ciudadano comunitario con multa de hasta 2.000.000 ptas., en tanto que para los españoles, la misma conducta se calificaba como leve por el art. 26 de la L.O.1/92, de protección de la Seguridad Ciudadana, con lo que, en su caso, la multa sólo se elevaba a 50.000 pts..

<sup>42</sup> Acuerdo, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, entre los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, y el Convenio, firmado en Schengen el 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen, a los que España, conjuntamente con Portugal, se adhirió el 25 de junio de 1991. En ellos se estipula la abolición de los controles interiores entre Estados y compromete a los firmantes a vigilar las fronteras exteriores sobre la base de unos criterios comunes. El acervo Schengen se integró en el Tratado de la Comunidad Europea por el Tratado de Ámsterdam.

<sup>43</sup> STJCE de 31 de enero de 2006.

visado de entrada a dos personas nacionales de terceros países casadas con ciudadanas españolas. En la resolución el TJCE recuerda como el acervo Schengen solo resulta aplicable de conformidad con el Derecho Comunitario (arts. 134 y 96 CAAS), de forma que en caso de aplicación a personas que resultan beneficiarias de la libertad de circulación comunitaria, por ser ciudadanos europeos o familia de ciudadanos europeos habrá de tenerse en cuenta la normativa sobre la citada libertad y la propia doctrina del TJCE. Así, en los casos que dieron lugar al recurso por incumplimiento no debía de haberse rechazado la entrada en España de los dos nacionales extracomunitarios casados con ciudadanas españolas simplemente por estar incluidos en el sistema de información de Schengen (SIRENE), sino que debía de haberse consultado con el país que procedió a la inclusión para conocer el motivo de la inclusión, puesto que «el concepto de orden público en el sentido del artículo 2 de la Directiva 64/221 no se corresponde con el del artículo 96 del CAAS» y, en el caso en cuestión, tras la consulta pertinente, se debería haber procedido a admitir su entrada en el España al no suponer el motivo de su inclusión en el sistema de información por parte de Alemania una amenaza para el orden público en el sentido que ha de aplicarse a ciudadanos comunitarios o sus familias.

## V. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO A EXTRANJEROS EXTRACOMUNITARIOS

Aunque el objeto de nuestra atención es la aplicación de la cláusula de orden público en relación con ciudadanos europeos o sus familias, merece la pena observar como se ha aplicado la cláusula a extranjeros extracomunitarios.

Los tribunales, en general, han mantenido una doctrina sobre la aplicación de la cláusula del orden público similar a la utilizada con los ciudadanos europeos, que se ha puesto de relieve tanto a los efectos de renovación de la tarjeta de residencia, como en supuestos de expulsión o de denegación de concesión de la nacionalidad.

Los tribunales han manifestado, por una parte, cómo cabe introducir entre la calificación de ilícito penal y la no ilicitud la existencia de actividades contrarias al orden público. No obstante, esta distinción no ha servido como pudiera pensarse para abrir una brecha a la arbitrariedad de la Administración, sino que, partiendo de la posibilidad reseñada, se hace hincapié en el dato de que la Administración está vinculada por la prueba de los hechos, sin que puedan calificarse de tales los atestados o diligencias policiales<sup>44</sup>. A la certeza, también en relación con la expulsión de extranjeros, se ha referido el Tribunal

<sup>44</sup> STSJ de Andalucía, haciéndose eco de la doctrina del TS, en la que se afirma: «no basta que el recurrente tenga una serie de antecedentes, ni tan siquiera penales, toda vez que no consta que el recurrente haya sido condenado por delito o falta alguna, para entender acreditada la realización de actividades contrarias al orden público». STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2003, en la que se aprecia, así mismo, el sobreesimiento de las diligencias penales abiertas con motivo de la denuncia policial.

Constitucional, exigiéndola igualmente como requisito para que pueda adoptarse una medida como la expulsión<sup>45</sup>.

En otros casos los órganos jurisdiccionales han recogido la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>46</sup> y así han entendido por «orden público los actos contrarios al normal ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas», a lo que se añadía, frente a la resolución denegatoria de la Administración, que «los antecedentes no han sido judiciales», y junto con un nuevo factor que enlaza también con la jurisprudencia comunitaria, la necesidad de valorar el tiempo transcurrido desde la mínima actividad presuntamente delictiva<sup>47</sup>.

El factor temporal no sólo surge como elemento que juega para que la resolución de concesión o renovación de la residencia se efectúe de acuerdo con las circunstancias presentes, sino que también incide a la hora de valorar el arraigo en España, por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos<sup>48</sup>, puesto que de existir éste, cualquier resolución contraria a la permanencia del afectado podrá producir unos perjuicios de difícil reparación, «por lo que en tales casos ese perjuicio grave al interés general, que apreciamos cuando no concurren las especiales circunstancias aludidas, debe ceder ante los perjuicios concretos que el inmediato abandono del territorio español producirían al extranjero, dada su situación de arraigo en nuestro país».

La jurisprudencia ha ido perfilándose en esa línea, poniendo así de relieve como había que huir tanto de concepciones preconstitucionales (y ‘trasnochadas’) como de la laxitud que supondría limitar el concepto de orden público exclusivamente a las conductas más graves y atentatorias de la tranquilidad pública, de tal forma que pueden considerarse incluidas conductas reiteradas de cualquier tipo de infracciones penales<sup>49</sup>. Con frecuencia se refieren las sentencias a ‘tranquilidad de la calle’, si bien en un sentido restrictivo<sup>50</sup> o, en algún otro caso, de ‘buena conducta cívica’, de acuerdo con criterios marcados «explícita o implícitamente por el legislador»<sup>51</sup>.

En la misma línea, pero sobre una cuestión cualitativamente distinta, los tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre el orden público ante la negativa por parte de la Administración de conceder la nacionalidad, en relación con la aplicación del art. 21.2 del Código Civil.

«El orden público y el interés nacional (...) son conceptos jurídicos indeterminados, en cuya apreciación resulta excluida (...) la discrecionalidad de la Administración (...). La inclusión de un concepto jurídico indeterminado no significa que se haya otorgado capacidad a la Administración para decidir con

<sup>45</sup> STC 116/1993, de 29 de marzo.

<sup>46</sup> STSJ de Madrid de 29 de julio de 1998.

<sup>47</sup> En similar sentido STSJ de Madrid de 24 de julio de 1998.

<sup>48</sup> STS de 20 de marzo de 2001.

<sup>49</sup> STS de 5 de marzo de 2003.

<sup>50</sup> Así en la Sentencia antes citada o en la de 17 de febrero de 2003 en la que se cita abundante jurisprudencia anterior.

<sup>51</sup> STS de 22 de abril de 2004.

libertad y renunciar a la solución justa del caso, sino que viene obligada a la única decisión correcta a la vista de los hechos acreditados.

En consecuencia, el reconocimiento de la nacionalidad española no es una potestad discrecional sino un deber cuando concurren los requisitos legalmente previstos, salvo que por fundadas razones de orden público o interés nacional proceda denegarla, para lo cual la Administración ha de expresar los hechos en los que se basa la denegación a fin de que la jurisdicción pueda comprobar si efectivamente aquéllos afectan al orden público o al interés nacional.<sup>52</sup>

De esta forma, se reprueba la alegación administrativa de conducta contraria al orden público cuando no existen pruebas en ese sentido sino sólo «meras especulaciones e informes»<sup>53</sup> o de «alegaciones vagas»<sup>54</sup>, de forma que la doctrina acerca de la prueba penal (art. 24.2 CE) se recoge igualmente en el campo de la libertad de circulación y residencia.

Incluso encontramos huellas del afán ejemplificador, aunque en sentido distinto del contemplado en el TJCE: «no cabe equiparar la conducta de quien elude los controles administrativos con la de quien acredita el cumplimiento de ellos, como en este caso al haberse pedido oportunamente, según se declara probado en la propia sentencia recurrida, la autorización de residencia para realizar estudios en España»<sup>55</sup>

A pesar de algunas diferencias apreciables en la aplicación de la cláusula de orden público para ciudadanos comunitarios o para el resto de los extranjeros, lo cierto es que nuestros tribunales han llevado a cabo una aproximación en su doctrina, aplicando fórmulas similares en unos y otros casos<sup>56</sup>. Lo que no resulta fácil de dilucidar es si la jurisprudencia española ha adoptado miméticamente la doctrina comunitaria de libertad de circulación para ciudadanos europeos<sup>57</sup> o si lo que se está estableciendo es una uniformación del concepto de orden público para cualquier persona, con independencia de su nacionalidad, línea que, como hemos visto, ha seguido el TJCE y parecen adoptar nuestros tribunales y a las que no sería ajena la homogenización del Derecho, por una

<sup>52</sup> STS de 24 de abril de 1999, en la que se citan en apoyo de la argumentación expuesta las Sentencias de 22 de junio de 1982, 13 de junio de 1984, 9 de diciembre de 1986, 18 de mayo, 10 de julio y 8 de noviembre de 1993, 19 de diciembre de 1995, 2 de enero de 1996, 14 de abril, 12 de mayo, 21 de diciembre de 1998 y 24 de abril de 1999). En sentido contrario, parece pronunciarse la STS de 16 de marzo de 1999.

<sup>53</sup> SSTS de 9 de marzo de 2001; 13 de julio de 2001.

<sup>54</sup> SSTS de 21 de enero, 16 de febrero, 12 y 22 de abril, todas de 2004.

<sup>55</sup> STS de 24 de febrero de 2001, en la que se cita una copiosa jurisprudencia en el mismo sentido.

<sup>56</sup> En algún caso, no obstante, a pesar de recoger la doctrina comunitaria sobre la base de la Directiva 64/221, la argumentación del Tribunal Supremo (STS de 27 de diciembre de 2000) se aplica en un sentido que parece incompatible con aquélla, como se hace notar en un voto particular el magistrado Sr. PECES MORATE.

<sup>57</sup> En este sentido, COBREROS MENDAZONA, E.: «Un ejemplo (más) de la fuerza expansiva del Derecho Comunitario: La reciente interpretación del orden público en la expulsión de extranjeros», en R.A.P., n.º 156, septiembre-diciembre 2001, pp. 279-281. En contra de esa tendencia jurisprudencial se manifiesta JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos: «La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 13, 2002, p. 886.



parte, y la del propio concepto de orden público, ceñido ahora a la defensa de los derechos y del orden democrático.

De las SSTs de 13 de diciembre de 2006 y 29 de marzo de 2007, en dos casos sustancialmente idénticos, por lo que aquí interesa, cabe destacar dos puntos: uno, que la inclusión de una persona en unas diligencias previas, no resultaba suficiente, de acuerdo con la normativa vigente, para decretar su expulsión; dos, que al aplicarse unas Instrucciones de carácter interno (una Resolución de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración) se vulnera el principio de legalidad, provocando la indefensión del recurrente e inseguridad jurídica, de acuerdo con la regulación aplicable en el momento de los hechos –la L.O. 4/2000, sin las modificaciones que después introduciría la L.O. 8/2000; todo ello lleva establecer la nulidad de las resoluciones que privaban al recurrente de la obtención del Permiso de Residencia Temporal.

Los órganos jurisdiccionales españoles se han apoyado igualmente en la doctrina del TJCE para invocar el protección del derecho a la intimidad familiar del art. 8 CEDH y art. 19 CE, para abundar en el derecho de residencia de una extracomunitaria, conviviente *more uxorio* de español y con un hijo de esta nacionalidad<sup>58</sup>.

Otro asunto que ha dado lugar a conflictos ha sido la aplicación del Acuerdo Schengen. Entre ellos el que se plantea en la STS de 3 de enero de 2007, al haberse denegado la residencia a una georgiana por haber sido inscrita en el correspondiente archivo por parte de Alemania, pero estar casada con otro georgiano con residencia legal en nuestro país. A la recurrente se le había denegado automáticamente la residencia, sin tomar en consideración la previsión del art. 25 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, que permite tener en cuenta las circunstancias personales del solicitante, siempre de acuerdo con lo previsto en esa disposición.

La entrada de España en las Comunidades Europeas ha propiciado una mayor objetivación del concepto de orden público en la entrada y permanencia en nuestro país, que ha redundado asimismo en beneficio de los extranjeros extracomunitarios, sin perjuicio de que el alcance de la cláusula resulte mucho más amplio en el caso de estos últimos.

\* \* \*

La práctica española refleja que la libertad de circulación es el derecho más significativo para los individuos de entre las clásicas libertades comunitarias, y que tras el Tratado de Maastricht, bien puede definirse como «derecho fundamental de la ciudadanía europea»<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> STSJ del País Vasco de 10 de marzo de 2006. En ella se invoca la STJCE de 12 de octubre de 2004, asunto Chen.

<sup>59</sup> Tercer informe de la Comisión sobre la ciudadanía de la Unión, COM(2002) 506 final, Bruselas, 07.09.2001.

La conclusión que puede extraerse del estudio de la jurisprudencia española es –como expresamente ha recogido alguna Sentencia– que el concepto de orden público manejado es un concepto «europeo», restrictivo<sup>60</sup>. Lo cual no solamente resulta acorde con el ordenamiento comunitario, sino también con una interpretación conforme a nuestro ordenamiento constitucional. La extensión de la interpretación comunitaria a los extranjeros en general pone de relieve la asunción de una objetivación cada vez mayor del concepto de orden público, propio de un reconocimiento, por un lado, de los derechos individuales y, por otro, del Estado de Derecho, parte no ya del Derecho Comunitario, sino del Derecho común europeo<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> STSJ de Andalucía, sede de Málaga, de 29 de septiembre de 2003.

<sup>61</sup> Hay que recordar como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diferentes ocasiones ha analizado expulsiones de extranjeros y cómo el TJCE ha tenido en cuenta su doctrina a la hora de analizar la aplicación de la cláusula de orden público por parte de los Estados, así, por ejemplo en la Sentencia de 29 de abril de 2004, C-482/01 y C-493/01, asuntos *Orfanopoulos y Oliveri*.