CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN-PIERRE WARNER presentadas el 28 de septiembre de 1977 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

En el presente asunto se pide una vez más al Tribunal de Justicia que interprete, en puntos específicos, las disposiciones del Derecho comunitario que permiten a los Estados miembros establecer limitaciones «justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública» a los principios generales de no discriminación entre los nacionales de los Estados miembros consagrados por el Tratado CEE y, más concretamente al principio de la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad. El alcance que pueden tener estas limitaciones quedó definido en cierto modo por las sentencias del Tribunal de Justicia Van Duyn (41/74,↔ Rec. 1974, p. 1337); Bonsignore (67/74,↔ Rec. 1975, p. 297); Rutili (36/75,↔ Rec. 1975, p. 1219); Royer (48/75,↔ Rec. 1976, p. 497); Watson y Belmann (118/75,↔ Rec. 1976, p. 1185), y más recientemente, por la sentencia Sagulo Brenca y Bakhouche (8/77,↔ Rec. 1977, p. 1495).

El presente asunto ha llegado al Tribunal de Justicia por medio de una petición de decisión prejudicial planteada por un Metropolitan Stipendiary Magistrate, que desempeña sus funciones en la Marlborough Street Magistrates' Court de Londres. Ante dicho Tribunal está pendiente un procedimiento penal contra cierto Pierre Roger André Bouchereau, ciudadano francés que ahora tiene 21 años de edad. El Sr. Bouchereau ha estado empleado en el Reino Unido desde mayo de 1975 como mecánico, salvo un breve período en que estuvo en el paro en la época de su detención en marzo de 1976.

En el Reino Unido está en vigor una ley, el Misuse of Drugs Act 1971 que, como su largo título indica, establece disposiciones «relativas a las drogas peligrosas o nocivas por otra causa y a todo lo que se relacione con ellas y con sus finalidades». Este Act sustituye a la anterior normativa en vigor en el Reino Unido sobre el abuso de las drogas. El artículo 5 del mismo declara ilícita la tenencia por una persona de ciertos tipos de drogas, salvo determinadas excepciones, que no vienen al caso aquí. El Sr. Bouchereau se ha declarado por dos veces culpable ante las Magistrates' Courts de Londres de infracciones contrarias a dicho artículo. La primera vez, el 7 de enero de 1976, se confesó culpable ante la Marylebone Magistrates' Court de tenencia ilícita, el 10 de diciembre de 1975, de pequeñas cantidades de metilanfetamina y cannabis. Por este

* Lengua original: inglés.

delito obtuvo la libertad condicional durante doce meses y se le condenó a pagar 5 UKL de costas. Dicho en pocas palabras, el efecto de la libertad condicional en el Derecho penal inglés es que el interesado no es castigado por su falta, salvo que cometa otra durante el período especificado en la resolución. Si lo hace, se expone a ser condenado tanto por la primera como por la segunda infracción (véase el artículo 7 del Powers of Criminal Courts Act de 1973, que sustituye la normativa anterior, que databa de 1948). El 10 de marzo de 1976, el Sr. Bouchereau resultó estar en posesión ilícita de drogas: veintiocho tabletas de LSD y tres paquetes de sal de anfetamina. Se declaró culpable de estas infracciones ante la Marlborough Street Magistrates' Court el 9 de junio de 1976. Sin embargo no fue condenado por esta infracción ni tampoco por la primera. Al parecer, el Magistrado aplazó la sentencia hasta adoptar una decisión de proponer o no la expulsión del Sr. Bouchereau.

El Immigration Act 1971 atribuye competencia a los tribunales del Reino Unido para proponer la expulsión de un extranjero. Se trata también en este caso de una ley que sustituye a la normativa anterior, que data de 1914. Antes de ésta, el control de los movimientos de los extranjeros entraba en el Reino Unido dentro de la prerrogativa real. En otros términos, estaba sujeto a la «Common Law».

El Act 1971 contiene dos disposiciones distintas que establecen las circunstancias en las que una persona «puede ser expulsada del Reino Unido». La primera es el apartado 5 del artículo 3, según el cual una persona que no es «patrial» (es decir, que no es súbdito británico con derecho a residir en el Reino Unido) puede ser sometida a esta medida:

«a) si, disponiendo sólo de un permiso limitado para entrar o permanecer, no observa alguna condición unida al permiso o permanece después del período autorizado; o

b) si el Secretary of State considera que la expulsión es favorable para el bien común; o

c) si otra persona de su familia ha recibido o recibe la orden de expulsión».

Es evidente que este apartado debe entenderse de un modo considerablemente distinto si se aplica a un nacional de otro Estado miembro de la Comunidad. Pero no es necesario extenderme en este tema con detalle, pues en el presente asunto no se aplica el apartado 5 del artículo 3.

La segunda disposición que importa en el presente asunto es el apartado 6 del artículo 3, redactado en estos términos:

«Sin perjuicio de la aplicación del apartado 5 anterior, una persona que no es "patrial" podrá ser objeto de expulsión del Reino Unido si después de cumplir diecisiete años es condenada por una infracción que se castiga con una pena de privación de liber-

tad y de acuerdo con esta condena un Tribunal facultado por este Act para ello propone su expulsión.»

El apartado 1 del artículo 6 determina los tribunales que están autorizados por la ley para proponer la expulsión. En resumen, son los tribunales facultados para condenar al interesado por la infracción de que se trata.

La competencia para adoptar efectivamente una orden de expulsión se regula en el apartado 1 del artículo 5 de la Ley. Es competencia del Secretary of State y se reconoce «cuando una persona puede ser expulsada con arreglo a los apartados 5 o 6 del artículo 3».

El sistema de recursos difiere según se aplique el apartado 5 o el apartado 6 del artículo 3.

En el caso del apartado 5 del artículo 3, la ley dispone que, antes de dictar una orden de expulsión, es preciso que exista una «decisión» previa del Secretary of State en este sentido. Contra esta decisión la ley admite una apelación ante un Adjudicator y contra la resolución de éste, al Immigration Appeal Tribunal. En determinadas circunstancias se puede apelar directamente ante dicho tribunal. No se puede dictar una orden de expulsión hasta haber agotado todas las posibilidades de recurso. Al producirse la apelación el Adjudicator y el Tribunal pueden revisar todos los aspectos del asunto, incluidos los fundamentos de una posible orden de expulsión (véanse los artículos 12 y 15 del Act y la reciente sentencia de la Queen's Bench Divisional Court en el asunto The Queen/Immigration Appeal Tribunal, Ex parte Ekrem Mehmet, 1977, 1 WLR p. 795). El apartado 3 del artículo 15 del Act establece una excepción si el fundamento de la decisión es que la expulsión del extranjero afectado «es favorable para el bien común al decidirse en interés de la seguridad nacional o de las relaciones entre el Reino Unido y cualquier otro país o por motivos de carácter político». En este caso no se puede apelar ante el Adjudicator o el Immigration Appeal Tribunal. En su lugar, existe un procedimiento informal para remitir el asunto a una comisión que tiene que asesorar al Secretary of State (véase sobre ello The Queen/Secretary of State for Home Affairs, Ex parte Hosenball, 1977, 1 WLR p. 766). Por supuesto, tanto los Adjudicators como el Immigration Appeal Tribunal y el mismo Secretary of State están sujetos en todo momento, (como ilustran los asuntos a los que me he referido Ex parte Ekrem Mehmet y Ex parte Hosenball) a la competencia supervisora de la High Court, en especial en los procedimientos *de certiorari*. La decisión *de certiorari* puede anular cualquier resolución de un Juez o un tribunal inferior o de cualquier autoridad pública cuando se aprecie evidente error de Derecho o exceso o abuso de competencia o se haya adoptado de un modo contrario a las normas de la Justicia natural.

Cuando se trata del apartado 6 del artículo 3 no se aplica el sistema de recursos que acabo de describir. Un recurso contra una propuesta de expulsión efectuada por un tribunal se sitúa en la jerarquía normal de los tribunales de lo penal tratándose a estos

efectos la propuesta como si fuera una sentencia (véase el apartado 5 del artículo 6 del Act) y quedando en libertad los tribunales de apelación para revisar el fondo de la propuesta (véase The Queen/Akan, 1973, 1 QB p. 491). No obstante, tampoco en este caso se puede dictar una orden de expulsión eficaz mientras esté pendiente un recurso (véase apartado 6 del artículo 6). Pero la propuesta permite que el extranjero afectado sea detenido «mientras esté pendiente la adopción de la orden de expulsión con arreglo a la propuesta», salvo que el tribunal o el Secretary of State decidan lo contrario (véase el apartado 5 del artículo 5 del Act y el apartado 2 de su Anexo 3). Tal vez se deba subrayar que éstos son los únicos supuestos en los que una propuesta de expulsión deba asimilarse a una sentencia. Se ha establecido que una propuesta de expulsión no debe considerarse como parte de la pena por un delito. El tribunal debe imponer al inculpado la condena que merezca y tratar luego la cuestión de la expulsión enteramente por separado (véase The Queen/Edgebill, 1963, 1 QB, pp. 593 a 597). Cuando el Secretary of State llega a dictar la orden de expulsión es el momento en que el procedimiento de aplicación del apartado 6 del artículo 3 se confunde, por así decir, con el que resulta de la aplicación del apartado 5 del artículo 3. En cualquier caso su resolución puede someterse al control jurisdiccional de la High Court que he mencionado.

Tal vez se debiera subrayar también que, en mi exposición anterior, sólo he tratado de resumir el Act tal como se aplica en Inglaterra. En Escocia el procedimiento no es el mismo en todos los aspectos. Pero en este asunto no nos afecta la situación de Escocia.

Volveré sobre los hechos del presente asunto. Resulta que, al indicar el Magistrado que estaba dispuesto a proponer la expulsión del Sr. Bouchereau y al haberse aplazado el procedimiento contra el mismo para dar lugar a que recibiera la notificación oportuna (tal como exige el apartado 2 del artículo 6 del Act), se alegó en defensa del Sr. Bouchereau que era un trabajador al que se aplicaba el artículo 48 del Tratado y que, en esas circunstancias, el Derecho comunitario impedía su expulsión. En consecuencia, el Magistrado, mediante resolución de 20 de noviembre de 1976 formuló tres cuestiones con arreglo al artículo 177 del Tratado. Transcurrió cierto tiempo mientras se consideraba cómo se podía prestar asistencia jurídica gratuita en el procedimiento ante este Tribunal de Justicia. Se trataba de una cuestión nueva, pues era el primer asunto que un tribunal inglés de lo penal sometía a este Tribunal de Justicia. Fue resuelta mediante fallo de la Queen's Bench Divisional Court de 17 de enero de 1977, en la que se disponía que la asistencia jurídica gratuita prestada ante la Magistrates' Court en favor del Sr. Bouchereau se extendiera al procedimiento ante el Tribunal de Justicia (véase The Queen/Marlborough Street Stipendiary Magistrate, Ex parte Bouchereau, 1977, 1 WLR p. 414). Después de esta decisión, el 2 de marzo de 1977, se registró la resolución de remisión en la Secretaría de este Tribunal de Justicia.

De las tres cuestiones planteadas por el Magistrado a este Tribunal, las dos primeras

son cuestiones de interpretación de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964 para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DO 1964, 56, p. 850; EE 05/01, p. 36) instrumento legal que este Tribunal de Justicia ya ha tenido que tomar en consideración en algunos asuntos que he mencionado al comienzo.

Este Tribunal recordará que los dos primeros apartados del artículo 3 de la Directiva disponen que:

«1. Las medidas de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen.

2. La mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas.»

La primera pregunta formulada por el Magistrado a este Tribunal de Justicia es:

«Una propuesta de expulsión formulada por un órgano jurisdiccional nacional de un Estado miembro a la autoridad ejecutiva de dicho Estado (tal propuesta tiene carácter indicativo y no vincula al ejecutivo), ¿constituye una «medida» en el sentido de los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE?»

La Metropolitan Police, que es competente en el proceso contra el Sr. Bouchereau, alega que la propuesta de expulsión formulada por un tribunal del Reino Unido al Secretary of State, no constituye una «medida» en el sentido de estas disposiciones. En apoyo de esta tesis, la Metropolitan Police alega que «en realidad, una propuesta de expulsión no es más que una notificación al Secretary of State de que un extranjero concreto, que puede ser objeto de expulsión, ha sido condenado por una infracción punible con privación de libertad» y llama la atención sobre el hecho de que todos los asuntos anteriores relativos a la interpretación del artículo 48 del Tratado y de la Directiva presentados ante este Tribunal de Justicia, se referían a resoluciones efectivas que producirían, como efecto directo, limitaciones de la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad.

No obstante, el Gobierno británico, que presentó observaciones al Tribunal de Justicia, independientes de las de la Metropolitan Police, reconoce que la argumentación expuesta por ésta va demasiado lejos. Una propuesta de expulsión efectuada por un tribunal del Reino Unido no es una simple notificación de determinados hechos al Secretary of State. Tiene consecuencias jurídicas. En efecto, no sólo posibilita la detención del extranjero de que se trata, sino que faculta al Secretary of State para dictar una orden de expulsión contra él, sin que sea necesario, en cualquier caso, que esta resolución se someta al control del Adjudicator o del Immigration Appeal Tribunal.

El Gobierno del Reino Unido expone dos motivos. El primero es que una resolución judicial de un tribunal nacional, a diferencia de un acto de los órganos legislativos o ejecutivos, de un Estado miembro, no puede constituir una «medida», a los efectos de los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva. En segundo lugar, el Reino Unido alega que, si bien una resolución judicial puede constituir una «medida», una propuesta efectuada por un tribunal, que no vincula al órgano ejecutivo al que se presenta y que no limita por sí misma el derecho del extranjero afectado a residir en dicho Estado miembro, no constituye una «medida». El Gobierno del Reino Unido acompaña estos dos motivos con la concesión de que, no obstante, un tribunal de un Estado miembro no tiene la posibilidad de ignorar las disposiciones de la Directiva y que dicho tribunal ha de tener en cuenta estas disposiciones al conocer un asunto al que sean aplicables.

A primera vista, la actitud del Gobierno del Reino Unido deja perplejo. Porque, ¿qué objeto tiene decir primero que una resolución judicial no es una medida a la que se aplica la Directiva, para decir a continuación que los tribunales de los Estados miembros están vinculados por las disposiciones de ésta?

Parece que detrás de esta posición se esconde la preocupación de que, si se considera que una resolución de un tribunal de un Estado miembro es una medida en el sentido de la Directiva, se puede deducir de ello que es el propio Estado miembro el que ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado, en el sentido del artículo 169, si la resolución del tribunal es incompatible con el Derecho comunitario. A este respecto, el Gobierno del Reino Unido se refirió a las opiniones expresadas por un miembro del Tribunal de Justicia en un artículo publicado en 1970 («Proceedings against Member States for failure to fulfil their obligations», de J. Mertens de Wilmars e I.M. Verougstraete, 1970, Common Market Law Review, pp. 385 y ss., especialmente pp. 389 y 390) y subrayaba que, mientras una autoridad del Ejecutivo de un Estado miembro (como el Secretary of State en el presente caso) está obligada, antes de adoptar una resolución, a enjuiciar por sí misma todos los factores importantes, para cerciorarse entre otras cosas de que su decisión es compatible con el Derecho comunitario, un tribunal, o en todo caso un tribunal inglés, no tiene estas facultades de investigación: sólo puede actuar sobre los hechos tal y como le fueron expuestos por las partes.

En mi opinión, sería incorrecto decir que una acción u omisión concretas por parte de un tribunal de un Estado miembro nunca puede considerarse como un incumplimiento, por parte del Estado, de una obligación que le incumbe con arreglo al Tratado y tampoco entiendo el artículo citado en ese sentido. El *texto fundamental* en esta materia son, a mi parecer, las conclusiones del Abogado General Sr. Gand, en el asunto en el que recayó la sentencia de 5 de mayo de 1970, Comisión/Bélgica (77/69, Rec. pp. 237 y ss., especialmente p. 247):

«Semejante razonamiento prescinde de que los sujetos de derechos –o de obligaciones– son los Estados miembros de la Comunidad.

Son ellos los que, con arreglo al artículo 5, adoptarán "todas las medidas generales o particulares" apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado. El compromiso que han contraído de este modo se extiende a los ámbitos más diversos y puede exigir por su parte muy diferentes medidas de naturaleza jurídica: se tratará de establecer, modificar o derogar una ley o una normativa de alcance general o de adoptar decisiones de alcance individual destinadas a asegurar la ejecución del Tratado y de sus textos de aplicación. Saber si, en un caso dado, esta ejecución requiere el concurso de uno solo o de varios de los poderes que constituyen la estructura del Estado es una cuestión cuya solución depende del sistema constitucional de este Estado, pero que no puede modificar la extensión de las obligaciones que deben imponerse igualmente a todos y los organismos comunitarios no tienen por qué entrar en ello. Estos sin duda, de conformidad con la práctica tradicional de las relaciones internacionales, sólo tienen como interlocutores a los gobiernos, pero de ello no se sigue que únicamente las acciones u omisiones del poder ejecutivo y de los servicios colocados bajo su autoridad constituyan incumplimientos en el sentido del artículo 169 del Tratado. Puede apreciarse un incumplimiento siempre que el Estado miembro no cumpla las obligaciones que le incumben, sin que proceda averiguar cuál de sus órganos fue el causante del incumplimiento que se imputa al primero.»

Este Tribunal de Justicia siguió el mismo criterio y lo resumió así sucintamente (sentencia Comisión/Bélgica, antes citada, apartado 15, p. 244):

«Las obligaciones derivadas del artículo 95 del Tratado incumben a los Estados como tales y la responsabilidad de un Estado miembro con arreglo al artículo 169 queda comprometida cualquiera que sea el organismo del Estado cuya acción u omisión haya constituido el incumplimiento de sus obligaciones, incluso si se trata de una institución constitucionalmente independiente.»

A las mismas conclusiones llegan sustancialmente las Conclusiones del Abogado General Sr. Mayras y la sentencia de este Tribunal de Justicia Comisión/Italia (39/72,↔ Rec. 1973, p. 101). Sin duda alguna, la institución constitucionalmente independiente cuya acción o más bien omisión fue la raíz en estos casos del incumplimiento del Estado de que se trata fue el Parlamento, pero el principio enunciado, tal como fue establecido, es lo bastante amplio como para aplicarse al poder judicial del Estado miembro. En realidad debe ser así por lógica. Recuerdo que en el asunto 9/75, Meyer-Burckhardt/Comisión (Rec. 1975, pp. 1171 y ss., especialmente p. 1187) no me cupo ninguna duda al respecto.

Por otra parte, es evidente que no puede considerarse que un Estado miembro haya incumplido una obligación que le incumbe en virtud del Tratado sólo porque uno de sus tribunales haya dictado una resolución errónea. Un error judicial, ya sea debido a una apreciación errónea de los hechos o del Derecho no constituye una infracción del Tratado. En la esfera judicial, el artículo 169 sólo podría entrar en juego en el supuesto de que un tribunal de un Estado

miembro hubiera ignorado o infringido deliberadamente el Derecho comunitario. Así pues, creo que no está justificada la preocupación del Gobierno del Reino Unido al respecto.

Sin embargo, si fuera verdad que un error judicial puede constituir una infracción del Tratado, no entiendo en qué estriba la diferencia en el presente caso entre mantener que una resolución de un tribunal era una «medida» en el sentido de la Directiva y afirmar que, aunque no lo era, el tribunal estaba obligado a tener en cuenta la Directiva. En ambos casos puede darse la misma posibilidad de error judicial.

Creo que puedo ocuparme con mayor brevedad del otro motivo alegado por el Gobierno del Reino Unido.

El término «medida» no tiene un significado preciso. Su interpretación requiere examinar su contexto. Evidentemente, la propuesta de un funcionario a su Ministerio no constituye una «medida» en este sentido, pues no produce efecto jurídico alguno. Pero no se puede asimilar semejante propuesta a otra propuesta como la que aquí examinamos, que ciertamente produce efectos jurídicos. Mantener que semejante propuesta no era una «medida» en el sentido de la Directiva produciría efectos sorprendentes. Por ejemplo, significaría que, en lo que respecta en todo caso a los términos expresos de la Directiva, tal propuesta se podría hacer únicamente de acuerdo con la previa existencia de condenas penales, mientras que no se podría dictar la orden de expulsión que en ella se contempla. Sobre ello, es decir, sobre el aspecto semántico del asunto, si lo puedo describir así, no se puede responder (como hizo el Abogado del Reino Unido en la vista, en respuesta a una pregunta que le planteamos un miembro del Tribunal de Justicia y yo mismo) que un tribunal nacional debe «tomar en consideración» en todo caso los términos de la Directiva. En efecto, suponiendo que el término «debe» alude en este caso a una obligación jurídica, esta respuesta contradice virtualmente el propio motivo.

Creo que, por último, para ser completo, debería referirme a algunos motivos que el Reino Unido alegó en la vista, basados en los artículos 8, 9 y 10 de la Directiva. No me parece que ninguno de estos artículos arroje mucha luz para la interpretación del artículo 3. Los artículos 8 y 9 no utilizan el término «medidas». En el artículo 10 se utiliza, pero claramente en un sentido distinto del que tiene en el artículo 3; se refiere a disposiciones generales legislativas o administrativas, no a la acción adoptada en un caso concreto. (Por lo que respecta a los términos empleados lo mismo se puede decir de los textos neerlandés, inglés, francés y alemán de la Directiva. En el texto danés, los términos equivalentes a «medida» son diferentes en los artículos 3, 8, 9 y 10. En el texto italiano se emplea el mismo término, «provvedimenti», en los artículos 3, 8 y 9, mientras que en el artículo 10 se utiliza el término «misure»).

Como consecuencia de ello opino que, al responder a la primera pregunta planteada a este Tribunal de Justicia por el Magistrado,

este Tribunal debe declarar que una propuesta de expulsión formulada por un tribunal de un Estado miembro a la autoridad ejecutiva del mismo Estado constituye una «medida» en el sentido de los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva porque, aunque no vincula a dicha autoridad, produce consecuencias jurídicas.

La segunda cuestión del Magistrado es:

«El tenor del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE, es decir, que la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo de medidas de orden público o de seguridad pública, ¿significa que la existencia de condenas penales sólo puede tenerse en cuenta en la medida en que estas condenas testimonien una tendencia presente o futura a actuar de modo contrario al orden público o a la seguridad pública?; alternativamente, ¿qué sentido hay que dar a los términos «la mera existencia» y «por sí sola» del apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 64/221/CEE?.

Según la resolución de remisión, la razón por la que se plantea esta cuestión es que, ante el Magistrado, el Abogado del Sr. Bouchereau sostuvo que el apartado 2 del artículo 3 significa que las anteriores condenas penales sólo podían apreciarse en la medida en que ponían de manifiesto la intención presente o futura de actuar de modo contrario al orden público o a la seguridad pública y que en este asunto no había pruebas que respaldasen semejante conclusión; mientras, en nombre de la acusación, se afirmó que el apartado 2 del artículo 3 significa que el tribunal no puede hacer una propuesta fundada en el orden público basándose únicamente en una condena previa, pero puede tener en cuenta la conducta precedente del inculpado, según se aprecia en las condenas anteriores.

En primer lugar he de decir que, en mi opinión, la acusación tiene toda la razón a este respecto. El apartado 2 del artículo 3 no se puede interpretar de modo que la existencia de la condena constituya un obstáculo para la expulsión cuando, de otro modo, el comportamiento de la persona afectada podría justificar esta medida por otro motivo. Tampoco se puede interpretar en el sentido de que exija pruebas de las intenciones de esa persona.

Sin embargo, la cuestión, tal como la ha formulado el Magistrado, no hace referencia a la prueba de las intenciones. Se refiere a una «tendencia presente o futura». Creo que la verdadera pregunta que se plantea con ello es si, puestos en relación los apartados 1 y 2 del artículo 3, significan que la conducta de la persona afectada, para justificar su expulsión, debe poner de manifiesto una tendencia por su parte a actuar de modo contrario al orden público o a la seguridad pública.

En favor de la Comisión, al igual que en favor del Sr. Bouchereau, por supuesto, se alega que se debe responder afirmativamente a esta cuestión. Pero a favor del Gobierno del Reino Unido, así como de la Metropolitan Police se alega que dar una respuesta afirmativa a esta cuestión equivale a esta-

blecer un criterio demasiado restrictivo. En especial, el Gobierno del Reino Unido señala que, efectivamente, hay casos en los que, excepcionalmente, la conducta del extranjero ha sido tal que, aunque no se manifieste por su parte una tendencia clara, ha producido una reacción pública tan profunda que el orden público hace necesaria su expulsión. Estoy de acuerdo con ello. Creo que en este caso un Estado miembro puede expulsar a un nacional de otro Estado miembro de su territorio, del mismo modo que cualquiera puede echar de su casa a un huésped o incluso a un pariente que se haya comportado con él de un modo inconveniente en exceso. Por tanto, aunque la naturaleza misma de las cosas exija que la conducta de una persona a los efectos del artículo 3 haya de ser, por lo general, una conducta que manifieste una especial tendencia en ella, no se puede decir que tenga que ser necesariamente así.

Por consiguiente, estoy de acuerdo con el motivo expuesto por el Gobierno del Reino Unido de que este Tribunal de Justicia debería mantener el criterio que estableció en el asunto Rutili, antes citado, en el que sostuvo (apartado 28, p. 1231) que «los derechos de los nacionales de los Estados miembros, de entrar en el territorio de otro Estado miembro, de residir en él y de desplazarse, sólo podrán ser objeto de restricciones si su presencia o su comportamiento constituyen una amenaza real y suficientemente grave para el orden público». Observo que, al declarar lo expuesto el Tribunal de Justicia siguió la opinión expresada por el Abogado General Sr. Mayras no sólo en este asunto sino ya anteriormente en el asunto Bonsignore, antes citado, en el que en relación concretamente con el artículo 3 de la Directiva (Rec. 1975, p. 311) dijo:

«Así pues, era voluntad de los autores de la Directiva el que, independientemente de toda conducta, las autoridades nacionales sólo pudiesen decidir la expulsión en la medida en que el comportamiento personal del nacional comunitario, autor de una infracción, hubiese supuesto o corriese el riesgo de suponer en el futuro una amenaza tal para el orden público nacional, que la presencia del individuo de que se trate en el territorio del país de acogida resultase intolerable.»

Y más adelante (p. 315):

«La Directiva exige que el quebrantamiento del orden público nacional que resulte del comportamiento personal sea de tal magnitud que la expulsión resulte necesaria, bien porque los actos cometidos hayan perturbado gravemente el orden público, bien porque exista el temor de que el interesado cometa nuevos actos antisociales.»

No quiero decir, por supuesto, que la conducta del Sr. Bouchereau sea tal que haga intolerable su presencia continuada en el territorio del Reino Unido. Corresponde a los tribunales ingleses y no a este Tribunal de Justicia enjuiciar su conducta. Pero este Tribunal debe dar a la cuestión del Magistrado una respuesta tan amplia y precisa como permitan las circunstancias.

Tengo que expresar una reserva lingüística de carácter menor. La lengua del asunto Rutili, antes citado, era la francesa y la frase empleada en el texto de la versión auténtica de la sentencia (une menace réelle et suffisamment grave pour l'ordre public) es sin duda irreprochable en francés. Pero su traducción literal al inglés resulta algo extraña, al incluir, como hace, la frase «threat to public policy». En el presente asunto, en que el texto auténtico de la sentencia será el inglés, sería mejor referirse a «a threat to the requirements of public policy».

Por consiguiente, opino que este Tribunal de Justicia debería responder a la segunda cuestión planteada por el Magistrado diciendo que el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva quiere decir que una orden de expulsión fundada en el orden público o la seguridad pública no puede basarse en el sólo hecho de que existan condenas anteriores, sino que dicha resolución sólo se puede justificar si la presencia o la conducta del individuo de que se trata constituyen una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública.

Sin duda el empleo del adverbio «suficientemente» se refiere al principio expuesto por este Tribunal de Justicia en el asunto Watson y Belmann y reafirmado en el asunto Sagulo, ambos antes citados, de que las medidas adoptadas por los Estados miembros con relación a los nacionales de otros Estados miembros deben ser razonables y proporcionadas a la gravedad de su conducta.

La tercera cuestión fue planteada por el Magistrado a este Tribunal de Justicia en los siguientes términos:

«El término "orden público" (public policy) que utiliza el apartado 3 del artículo 48 del Tratado constitutivo de la CEE según el cual deben justificarse las limitaciones a los derechos otorgados por el artículo 48, ¿debe interpretarse:

a) en el sentido de que incluye las razones de Estado, (reasons of State) aun cuando no haya que temer un ataque a la paz o al orden público (breach of the public peace and order)?, ¿o bien,

b) en un sentido más restringido, que incluye el concepto de amenaza de algún ataque contra la paz o el orden o la seguridad públicos (threatened breach of the public peace, order or security)?, ¿o,

c) por el contrario, en un sentido más amplio?»

Me parece que tres de las expresiones utilizadas aquí merecen un comentario. La primera es «razones de Estado», la segunda «ataque contra la paz pública» y la tercera «orden» u «orden público».

La expresión «razones de Estado» (diferente de «Act of State») no pertenece a la terminología jurídica inglesa y no conozco nin-

gún texto que la emplee en relación con el Derecho comunitario. Durante la vista este Tribunal de Justicia pidió explicaciones sobre su sentido en la pregunta del Magistrado, pero los Abogados no nos pudieron prestar mucha ayuda. Creo que probablemente el que más se aproximó a la respuesta acertada fue el Abogado del Reino Unido, según el cual este término suponía una justificación por motivos de interés público de un alcance mayor que el ataque a la paz o al orden público. A mi parecer, se trata de una expresión tan indefinida que lo mejor sería evitarla.

El empleo de la expresión «ataque a la paz pública» en el presente contexto parece haberse originado en una traducción errónea al inglés de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Bonsignore, antes citado, cuyo párrafo segundo del apartado 6 está redactado así (véase, Rec. 1975, p. 307):

«As departures from the rules concerning the free movement of persons constitute exceptions which must be strictly construed, the concept of "personal conduct" expresses the requirement that a deportation order may only be made for breaches of the peace and public security which might be committed by the individual affected». [1]

Sin embargo, en la versión auténtica de la sentencia, que es el alemán, las palabras correspondientes a «ataques a la paz y a la seguridad pública que puedan ser cometidos por el individuo de que se trate» son «Gefährdungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit [...] die von der betroffenen Einzelperson ausgehen könnten», lo que entiendo que significa literalmente «amenaza al orden público y a la seguridad que pudieran ser ocasionados por la persona afectada», siendo la expresión «öffentliche Ordnung» la correspondiente al «orden público» del artículo 48 del Tratado. Esta traducción errónea es especialmente desafortunada, pues, como señaló el Gobierno del Reino Unido, «breach of the peace» (ataque a la paz) tiene un sentido preciso en Derecho inglés, en el que constituye una infracción de carácter penal. Para ser justos con los servicios lingüísticos del Tribunal de Justicia, sospecho que recurrieron a dicha expresión para evitar el empleo en inglés de la extraña expresión «threats to public policy», aunque aceptaron esta reserva cuando tradujeron la sentencia Rutili.

La utilización de la expresión «orden público» parece ser reflejo de un motivo alegado en nombre del Sr. Bouchereau en el sentido de que la expresión «public policy» del artículo 48 debe entenderse en un sentido más limitado, semejante al de «public order». El Abogado del Sr. Bouchereau nos ha remitido a diversos instrumentos internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuyo texto inglés se

[1] «Como las excepciones a las normas relativas a la libre circulación de las personas deben ser objeto de interpretación estricta, el concepto de "comportamiento personal" refleja la exigencia de que una medida de expulsión sólo podrá aplicarse ante amenazas contra el orden público o la seguridad pública cuyo causante pudiera ser el individuo a quien se aplique dicha medida.»

emplea «public order» en lugar de «public policy» mientras el texto francés dice «ordre public» (véanse, en particular, los artículos 6 y 9 de dicho Convenio). Todo ello podría ser útil si «public order» tuviera un significado preciso en la terminología jurídica inglesa, pero no lo tiene. Si no me equivoco, es una expresión desconocida en la Common Law. Que yo sepa, la única vez que se emplea en Derecho escrito es en el título del *Public Order Act* 1936, una ley de alcance limitado aprobada para ocuparse de las actividades del movimiento fascista británico en los años treinta. Según el texto de esta ley, su principal objetivo era prohibir el uso de uniformes en relación con actividades políticas y que los particulares formaran asociaciones de carácter militar o similar. También establecía disposiciones para el mantenimiento del orden con ocasión de mitines y manifestaciones públicas, prohibiendo especialmente las armas ofensivas y el empleo de palabras o comportamientos amenazadores, ofensivos o insultantes en tales ocasiones.

A diferencia de «public order», «public policy» es un concepto conocido por la Common Law. En nombre del Sr. Bouchereau se citó un artículo que arroja luz sobre el tema y cuyo autor es el profesor Lyon-Caen («La réserve de l'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation», 1966, Revue Trimestrielle de Droit Européen, p. 693) en el que trata del significado de la expresión «ordre public», que corresponde en el texto francés del Tratado a la «public policy» del texto inglés, a la luz de los Derechos de los seis Estados miembros fundadores. El profesor Lyon-Caen observa, en primer lugar, que el papel del concepto de «ordre public» es tan amplio que ha perdido toda su precisión. A mi entender, distingue tres esferas en las que este concepto puede ser alegado. La primera es en las relaciones entre particulares. En este terreno se puede alegar para excluir la libertad de contratación o la aplicación de un Derecho extranjero que normalmente sería aplicable. En este ámbito corresponde al concepto de «public policy» de la Common Law cuyas manifestaciones más usuales se encuentran en el Derecho de obligaciones (para anular un contrato que de otro modo sería obligatorio), en Derecho internacional privado (para excluir un Derecho extranjero que de otro modo sería aplicable) y en el Derecho de propiedad (para anular una disposición que de otro modo sería efectiva). Por supuesto, la «public policy» de que aquí se trata no es la del Gobierno sino la de la ley desarrollada por los tribunales. Sin embargo, eminentes Jueces de Common Law la han descrito como «caballo rebelde» difícil de montar (véase, por ejemplo, Burrough J. en Richardson/Mellish (1824) 2 Bing. 229, 252, y Scrutton L.J. en Foster/Driscoll (1929, 1 K.B. 470, 498). El segundo ámbito en el que el profesor Lyon-Caen aprecia la aplicación del concepto de «ordre public» es el Derecho público. En él, dice, «se recurre a él para restringir o suprimir una libertad en nombre de exigencias superiores». Esto también resulta familiar para cualquier jurista inglés, aunque la expresión «public law» no tenga sentido técnico para él y aunque, en el contexto del Derecho administrativo, tienda a referirse más bien a «public interest» que a «public policy». Una característica que el profesor Lyon-Caen destaca como idéntica en las dos primeras esferas en las que se puede invocar el «ordre public»

es que éste actúa en ellas estableciendo una excepción a toda norma legal que se aplicaría normalmente. Sin embargo, en la tercera esfera en la que actúa, la de policía de extranjeros, falta esta característica. En este caso, atenerse al «ordre public» ya no constituye una excepción, sino que es el verdadero fundamento de la ley. Se contempla como una justificación del empleo de facultades discrecionales virtualmente ilimitadas del ejecutivo. El profesor Lyon-Caen lo denomina «un ordre public "special"». Me parece que corresponde, en la terminología inglesa, al «public good» a que se refiere el Immigration Act 1971.

Entre las conclusiones del profesor Lyon-Caen hay una muy valiosa: respecto a los nacionales de los Estados miembros a los que se aplica el Tratado, debe entenderse que éste ha abolido el «ordre public "spécial"». Según él, «el orden público se reintegra a su papel de mecanismo excepcional». Ello debe ser cierto, pues el papel de la «public policy» (o del «ordre public») en el Tratado es proporcionar un fundamento para establecer una excepción al principio general de no discriminación entre dichos nacionales. Por otra parte, según creo, el análisis del profesor Lyon-Caen muestra que de poco sirve interpretar expresiones del Tratado como «public policy», «ordre public», «öffentliche Ordnung» etc. a partir de lo que significan en los Derechos nacionales de los respectivos Estados miembros.

Hay otra forma, a mi parecer, en que el tenor literal del Tratado da indicaciones sobre el sentido en el que utiliza el término «public policy». Ello consiste en el orden en que están colocadas las expresiones «orden público, seguridad y salud públicas», que demuestra, en mi opinión, que para los autores del Tratado eran expresión de tres conceptos distintos, aunque en parte coincidentes entre sí.

Por lo demás, parece que los autores del Tratado dejaron la tarea de definir el concepto de «public policy» al Derecho comunitario derivado y a las resoluciones de este Tribunal de Justicia.

Las sentencias de este Tribunal, especialmente en los asuntos Van Duyn y Rutili, antes citados, dejan claro que en definitiva, por citar la última sentencia (Rec. 1975, p. 1231), apartado 26: «Los Estados miembros gozan de libertad para definir las exigencias del orden público de conformidad con sus necesidades nacionales». Sin embargo, esta libertad es limitada y su ejercicio está sujeto al control de los órganos de la Comunidad.

Por consiguiente, el problema que se plantea el Magistrado en el presente asunto no puede resolverse sin preguntarse si alguna norma específica de Derecho comunitario limita, de modo expreso o como consecuencia necesaria, la facultad que puede ejercer un Estado miembro en circunstancias como las del presente asunto.

A este respecto, la Comisión aludió en sus observaciones escritas a los apartados 1 y 2 del artículo 4 de la Directiva 64/221. Las otras partes no lo hicieron, pero el Tribunal

de Justicia les invitó a hacer observaciones al respecto durante la vista. Estos apartados rezan así:

«1) Las únicas enfermedades o incapacidades que pueden justificar la denegación de la entrada en el territorio o de la concesión del primer permiso de estancia son aquellas enumeradas en el Anexo de esta Directiva.

2) Las enfermedades o incapacidades que sobrevengan tras la concesión del primer permiso de estancia, no justificarán la denegación de la renovación del mismo o la expulsión del territorio.»

El Anexo al que se refiere el apartado 1 está dividido en dos partes. La parte A, titulada «Enfermedades que pueden poner en peligro la salud pública», no viene al caso. Pero la parte B, titulada «Enfermedades e incapacidades que pueden poner en peligro el orden público o la seguridad pública», enumera las siguientes:

«1. Toxicomanía.

2. Alteraciones psíquicas graves; estados manifiestos de perturbación psicopática con agitación, de delirium, de alucinaciones o de psicosis de confusión.»

Aunque no lo considero realmente importante, creo que debo indicar que en la vista se dijo en nombre del Gobierno del Reino Unido que se había concedido un primer permiso de estancia al Sr. Bouchereau el 28 de enero de 1977, es decir, mucho después de la fecha de su segunda condena y cuando ya se había planteado a este Tribunal de Justicia la petición de decisión prejudicial. Este hecho fue aceptado en nombre del Sr. Bouchereau.

De más importancia, en mi opinión, es el hecho de que en la vista se produjo un acuerdo general sobre que no había pruebas de que el Sr. Bouchereau fuera drogadicto. Sólo había pruebas de que estaba en posesión ilícita de drogas. Ello indujo al agente de la Comisión a retirar parte de sus alegaciones hechas en las observaciones escritas y a admitir que el artículo 4 no venía directamente al caso.

Este fácil consenso reflejaba la distinción que existe en Derecho inglés entre posesión ilícita de drogas perjudiciales, que es un delito, y la drogadicción, que no lo es en sí misma, aunque puede ser consecuencia de una anterior conducta criminal. A este respecto se hizo referencia a las «Misuse of drugs (Notification of and Supply to Addicts) Regulations 1973 (SI 1973, n° 799)» dictadas por el Secretary of State en virtud de las facultades que le confería el Misuse of Drugs Act 1971 y que sustituían a la anterior normativa adoptada al amparo de la legislación precedente. En pocas palabras, estas Regulations permiten que un médico obtenga una autorización del Secretary of State para suministrar drogas a una persona a la que considere drogadicta, si comunica al Chief Medical Officer del Home Office el nombre y otros detalles de tal persona. No

es ilícito que un adicto posea drogas que le son suministradas de acuerdo con esta autorización. A efectos de esta Regulation se define al drogadicto como la persona que «a consecuencia de la repetida administración de droga se ha convertido en tan dependiente de ella que experimenta una deseo insuperable de que continúe su administración». La Regulation sólo se aplica a determinadas clases de drogas que se enumeran en Anexo. Se puede observar que no incluyen ninguna de las drogas encontradas en posesión del Sr. Bouchereau, presumiblemente porque ninguna de ellas se considera productora de adicción (lo que, por supuesto, es algo distinto de decir que no se consideren perjudiciales).

Por lo que he podido averiguar, en el Derecho de los demás Estados miembros no existe nada exactamente comparable a estas Regulations. Como era de esperar, la regulación jurídica de las drogas difiere de uno a otro Estado miembro y, al menos en algunos de ellos, es muy compleja. No obstante, parece que en todos los Estados miembro, excepto Italia, la posesión de drogas nocivas constituye una infracción penal. En Italia, la única sanción impuesta a la posesión ilegal de drogas, como tal, es que se pueden confiscar en la cantidad que sobrepase la que es compatible con su empleo para fines terapéuticos (véase el artículo 80 de la Ley nº 685, de 22 de diciembre de 1975, Gazzetta Ufficiale 30 de diciembre de 1975, nº 342). Por otra parte, el tráfico ilegal de drogas es un delito penado en Italia, al igual que en otros Estados miembros. En otros dos Estados miembros, concretamente Dinamarca y los Países Bajos, donde al parecer la posesión por una persona para su propio uso de cannabis o sus derivados, a diferencia de la posesión de otras drogas, aunque constituye una infracción, se considera sin importancia. En la mayoría de los Estados miembros se observa una asimilación en mayor o menor grado de la drogadicción a la enfermedad y en dos casos (concretamente, la República Federal de Alemania e Irlanda) a la enfermedad mental. En muchos Estados miembros se han adoptado disposiciones para prestar tratamiento médico a los adictos, más que para su castigo: véase en particular el artículo 9 de la Ley belga de 24 de febrero de 1921, modificada por la Ley de 9 de julio de 1975 (Moniteur belge de 26 de septiembre de 1975). La Ley francesa nº 70-1320 de 31 de diciembre de 1970 (Journal Officiel de la République française de 3 de enero de 1971, pp. 74 a 76), que introduce los nuevos artículos L 355-14 a L 355-21 y L 626 a L 630-2 en el Code de la Santé Publique, el artículo 28 del Irish Misuse of Drugs Act 1977, el artículo 100 de la Ley italiana a la que ya me he referido y los artículos 23 a 30 de la Ley luxemburguesa de 19 de febrero de 1973 (Memorial A nº 12 de 3 de marzo de 1973, p. 319).

Creo que el planteamiento de la propia Directiva tiene más importancia que la postura de cada Estado miembro. Como demuestran sus términos, el artículo 4 sólo se aplica a las «enfermedades e incapacidades». El efecto del apartado 2 del mismo es que ninguna enfermedad o incapacidad que sobrevenga tras la concesión del permiso de estancia puede justificar la expulsión. El Anexo enumera una serie de enfermedades excepcionales e incapacidades que, con arreglo al apartado 1, pueden justificar la

denegación de la entrada o de la concesión del primer permiso de estancia. Una enfermedad o incapacidad no incluida en la lista no puede justificar esa medida.

Dicho en pocas palabras, la alegación expuesta en nombre del Sr. Bouchereau en la vista, a mi entender, era que si él era drogadicto no podía ser expulsado por este motivo; *a fortiori,* no podía ser expulsado por el «mero» hecho de haber sido hallado en posesión ilícita de drogas. En mi opinión esta es una conclusión errónea. Es cierto que si el Sr. Bouchereau, en cualquier caso, se hizo drogadicto después de la expedición del primer permiso de estancia, no podía ser expulsado por este motivo. Pero el artículo 4 no prohíbe la expulsión de un drogadicto por motivos distintos de su drogadicción, a no ser que, por supuesto, consistan en alguna otra enfermedad o incapacidad. Supongamos que una persona fuera a la vez «scientologist» y drogadicto. Podría ser expulsado sin duda del Reino Unido por su afiliación a la «scientology», pero no por su drogadicción. La posesión ilícita de drogas no es una enfermedad o incapacidad aunque, al igual que la drogadicción, esté relacionada con las drogas. Así pues, no se le aplica el artículo 4 ni queda excluida por éste como motivo de expulsión. En un Estado miembro en el que ello se considere un delito o una actividad socialmente peligrosa, la disposición aplicable de la Directiva es el artículo 3.

Falta por considerar cómo debe responder este Tribunal de Justicia a la tercera cuestión planteada por el Magistrado. El Gobierno del Reino Unido indica que bastaría que este Tribunal declarara que el concepto de «public policy» del artículo 48 del Tratado no se limita a la amenaza de ataque a la paz, el orden o la seguridad públicos. Tal vez bastaría con ello, pero creo que sería de mayor utilidad si este Tribunal de Justicia fuera algo más concreto y añadiera que dicho concepto no debe interpretarse en el sentido de que excluye, como motivo potencial para limitar los derechos otorgados por dicho artículo a un trabajador, el hecho de que se le haya encontrado repetidas veces en posesión ilícita de drogas perjudiciales.