

XXXII

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN EL TERRITORIO DE LOS ESTADOS

(La libertad deambulatoria definida en el artículo 2
del Protocolo Adicional 4.º al CEDH)

NURIA ARENAS HIDALGO

Profesora Titular
Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Huelva

SUMARIO: I. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN EL PROTOCOLO ADICIONAL 4.º AL CEDH. RELACIÓN Y EQUIDISTANCIA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (ART. 19 CE).—II. DELIMITACIÓN SUSTANTIVA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DESDE LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL.—III. RESTRICCIONES AUTORIZADAS A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO HERMENÉUTICO: 1. *La necesaria y adecuada previsión normativa*. 2. *La licitud del fin público y de los medios para su consecución, dos tests autónomos y sucesivos. La delimitación del concepto de lo «necesario en una sociedad democrática»: el principio de proporcionalidad*.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.—V. ANEXO: JURISPRUDENCIA SELECCIONADA.

I. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN EL PROTOCOLO ADICIONAL 4.º AL CEDH. RELACIÓN Y EQUIDISTANCIA ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL, DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (ART. 19 CE)

El derecho a circular libremente, si bien no pertenece al núcleo duro de derechos inherentes a la dignidad del ser humano, como proyección espacial de la persona supone una de las facetas más importantes de la libertad individual, constituyendo, al mismo tiempo, fundamento de otras muchas expresiones de la misma¹. Su trascendencia, por tanto, no sólo se

¹ Cfr. Alonso F. FERNÁNDEZ MIRANDA: «Artículo 19. Libertad de circulación y residencia», *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (O. Alzaga Villaamil, director), Ederesa, Madrid, 1997, p. 487.

cifra en la propia sustantividad que lleva aparejada la proclamación de la libertad de cada persona para decidir dónde quiere residir o desplazarse sino también en la consideración de esta libertad a modo de presupuesto o condición previa para el ejercicio de otros derechos de carácter económico, social, cultural, civil o político². Efectivamente, según el Comité de Derechos Humanos, la garantía de este derecho resulta condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, de esta forma, las restricciones arbitrarias a la libertad deambulatoria podrían llevar aparejada la negación de otros derechos más básicos³. Resulta así, en ocasiones, norma-puente cuya infracción supone tan sólo la antesala de la violación de otras garantías⁴.

A partir de su consagración en la DUDH (art. 13)⁵, fue adquiriendo cada vez mayor entidad gracias a un amplio reconocimiento convencional, primero a escala universal en el PIDCP (art. 12)⁶, como posteriormente

² Según la *Strasbourg Declaration on the right to leave and return*, adoptada el 26 de noviembre de 1986, «(...) the right of everyone to leave any country and to enter one's own country is indispensable for the full enjoyment of all civil, economic, social and cultural rights». *Strasbourg Declaration on the right to leave and return*, en *Declaration adopted by the Strasbourg Colloquium on the Right to leave and to return to one's country*, Institute of Human Rights, Ford Foundation, Institute for the Advancement of Human Rights, Strasbourg, France, 24-26 November 1986.

³ CDH. Observación General n.º 27: «Libertad de circulación (art. 12)»: CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 02/11/1999.

⁴ De hecho, de la jurisprudencia analizada tan sólo en los **Casos Raimondo contra Italia, Gartukayev contra Rusia, Riener contra Bulgaria, Sissanis contra Rumania, Bartik contra Rusia, Soltysyak contra Rusia, Dzhaksybergenov contra Ucrania y Miardzyk contra Polonia**, constata el Tribunal la violación, en exclusiva, de la libertad de circulación, mientras que en la mayoría su atentado va unido a la conculcación de otros derechos.

⁵ Aprobada mediante Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. El art. 13 de la DUDH dispone:

«1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país».

La incorporación de este derecho al catálogo general aparece ligado, de forma especial, a la prohibición de la discriminación racial. MORSINK, J. *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting and Intent*, Penn, University of Pennsylvania Press, 1999, p. 73.

⁶ Adoptado por la AGNU en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y en vigor desde el 23 de marzo de 1976. El art. 12 del PIDCP dispone:

«1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país».

Durante los trabajos preparatorios del PIDCP, en las primeras versiones del derecho a la libertad de circulación, tan sólo se recogía el derecho a abandonar el país, sujeto a de-

a escala regional en el cuarto Protocolo Adicional al CEDH (art. 2), en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 22), en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 12)⁷ o más recientemente en la Carta Árabe de Derechos Humanos (art. 20 y 21)⁸.

Por lo que respecta al orden europeo, la protección de la libertad de circulación no se lleva a cabo en el marco del Convenio de Roma sino en el complementario de los Protocolos Adicionales al mismo. No obstante y a pesar de que no todos los Estados miembros del Consejo de Europa son parte del Protocolo Adicional 4.^º⁹, cabe afirmar la existencia de un «De-

terminadas limitaciones. Ni la libertad de circulación interna ni la libre elección de residencia estaban inicialmente previstas, pues se consideraba que estos derechos estaban tan condicionados en la mayoría de los Estados que resultaba difícil encontrar una definición común. Finalmente, se llegó a un acuerdo. El hecho de que los Estados hubieran negado este derecho en épocas recientes hizo su incorporación, si cabe, más importante. Stig JAGERSKIÖLD. «The freedom of movement», *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, (Louis Henkin ed), Columbia University Press, New York, 1981, p.171.

⁷ Firmada en Banjul, el 27 de julio de 1981.

Art. 12.1, 2 y 3: «Todo individuo tendrá derecho a la libertad de tránsito y de residencia dentro de las fronteras de un Estado, siempre que se atenga a la ley. 2. Todo individuo tendrá derecho a salir de cualquier país, incluido el suyo, y a retornar a su propio país. 3. Este derecho sólo está sujeto a las restricciones estipuladas por la ley para la protección de la seguridad nacional, la ley y el orden, la salud pública o la moral».

⁸ Aprobada por el Consejo de la Liga Árabe, el 15 de septiembre de 1994.

Article 20 «Everyone residing on the territory of a State shall have freedom of movement and freedom to choose the place of residence in any part of the territory, within the limits of the law».

Article 21 «Citizens shall not be arbitrarily or illegally deprived from leaving any Arab country, including their own, or their residency restricted to a particular place, or forced to live in any area of their country».

⁹ El Protocolo Adicional 4.^º se adopta en Estrasburgo, el 16 de septiembre de 1963. Su entrada en vigor se produjo el 2 de mayo de 1968. El Protocolo entró en vigor para España el 16 de septiembre de 2009 (desde la firma el 23 de febrero de 1978 no se había ratificado). Véase la Declaración unida al instrumento de ratificación, en la que España reitera su reivindicación internacional respecto a Gibraltar, para el caso en que este Convenio sea extendido por el Reino Unido a este territorio no autónomo. *Vid.* BOE, núm. 247, de 13 de octubre de 2009.

Grecia y Suiza aún no lo han firmado. Reino Unido (16/09/1963) y Turquía (19/10/1992) lo han firmado pero no lo han ratificado. En este caso, de conformidad con el art. 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (23 de mayo de 1969), si bien no les resulta jurídicamente vinculante, estos Estados se hallan compelidos a abstenerse de cualesquiera actos en virtud de los cuales se pudiera frustrar el objeto y fin del tratado.

Obsérvese, no obstante, cómo la Corte no ha dudado en condenar a Turquía por injerencias propias de la libertad de circulación —como resulta de la privación del pasaporte— en casos en los que esa medida atentaba también a la vida familiar (art. 8 CEDH). En **Iletmiş contra Turquía**, de 6 de marzo de 2006, el Tribunal no duda en afirmar que la libertad de circulación del demandante —a quien habían retenido el pasaporte durante más de siete años sin tomar en consideración que se trataba de una persona con lazos familiares, económicos y profesionales fuera de Turquía— resulta, en el caso concreto, «an aspect of his right to respect for his private life (...)». De esta forma, el hecho de que

recho común europeo» en la materia, pues la delimitación constitucional del mismo en el orden interno —en nuestro caso, en el art. 19 de la CE¹⁰— se asienta sobre bases similares que no vienen más que a confirmarlo: garantía deambulatoria *in extensis* (circulación, residencia y derecho a abandonar el país); titularidad del derecho no exclusiva para nacionales; consideración excepcional de las restricciones a la libertad de circulación; y subordinación de éstas a los intereses generales.

El CEDH y la jurisprudencia del Tribunal representan un mínimo común denominador en materia de derechos fundamentales que pretende ser el contenido inexcusable, lo cual no impide la adopción de instrumentos de mayor alcance. De este modo, la libertad de circulación en el ámbito de la Unión Europea obtiene una configuración específica que la aleja de posibles solapamientos en la cuádruple concurrencia de jurisdicciones (estatal, de la Unión, convencional e internacional). El contenido de la libertad, en este caso, va más allá de la adopción de medidas destinadas a facilitar el desplazamiento y la residencia de los beneficiarios de la misma; como principio fundamental de la construcción común —junto con la libre circulación de mercancías, servicios y capitales—, pretende eliminar todos los obstáculos a la libertad de circulación interestatal, en aplicación de principio de igualdad de trato. Comporta, igualmente, el derecho a salir de cualquier Estado incluido el propio y el derecho a entrar en el territorio de otro Estado miembro, así como medidas destinadas a facilitar el acceso y ejercicio de una actividad económica (derecho de estancia, residencia, y permanencia en el Estado miembro, una vez concluida la actividad profesional, previo cumplimiento de determinadas condiciones) —premisas ratificadas en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 45)—. Se trata de derechos nacidos del proceso de integración y, en consecuencia, afectados por la construcción de un mercado único. Por tanto, la libertad de circulación regulada en el art. 45 TFUE no tiene como objetivo principal asegurar la libertad deambulatoria en atención al respeto de la dignidad o libertad de la persona, sino que busca directamente permitir la movilidad de los factores de producción, en ese caso la mano de obra, que resulta indispensable para el establecimiento de un mercado común.

Turquía no hubiera ratificado el Protocolo Adicional 4.º es —en palabras del Tribunal— «irrelevante». El Tribunal de Estrasburgo reconoce que el art. 8 no puede sustituir al art. 2 del cuarto Protocolo, sin embargo, subraya cómo en una época en la que la libertad de circulación transfronteriza resulta esencial para el desarrollo de la vida —en particular, cuando existen fuertes lazos familiares en más de un país—, limitar o impedir esa libertad supone una falta grave a las obligaciones que estos Estados tienen respecto al Convenio. **Caso Paşaoğlu contra Turquía**, del 8 de octubre de 2008, § 41 y 42.

¹⁰ Art. 19 CE: «Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos».

No obstante, tal y como ha subrayado PI LLORÉNS, no debe olvidarse que a partir de unas disposiciones cuyos objetivos son esencialmente económicos, el TJUE ha podido deducir una serie de derechos que, en ocasiones, van más allá del ejercicio de una actividad económica¹¹, en consonancia con la naturaleza política del estatuto de ciudadanía consagrado en los Tratados. Bajo este punto de vista, las medidas estatales que entren en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea deberán respetar los derechos fundamentales declarados por el TJUE y, en ese caso, no se puede olvidar que éste los garantiza a partir de las tradiciones constitucionales comunes y los instrumentos internacionales, en especial, el CEDH.

II. DELIMITACIÓN SUSTANTIVA DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DESDE LA PRAXIS JURISPRUDENCIAL

En palabras de SANTAMARÍA PASTOR, la libertad de circulación posee un contenido obvio. Su consagración ampara la libre facultad para desplazarse por todo el ámbito del territorio nacional, en el tiempo y forma que cada individuo estime oportuno, así como el derecho a determinar libremente el lugar o lugares donde desea establecer su residencia, ya sea con carácter transitorio o permanente¹². La definición jurisprudencial nos la aporta el **Caso Baumann contra Francia**, en el cual el Tribunal subraya que el derecho a la libertad de circulación: «está destinado a asegurar a toda persona el derecho a la libertad de movimiento dentro de un territorio así como el derecho a dejar el mismo, lo cual implica un derecho a abandonar el país de elección de la persona dónde ésta pudo ser admitida»¹³.

Nos hallamos, pues, ante un derecho que no solo protege la concepción básica de la libertad de circulación, esto es, como libertad deambulatoria, sino que el artículo 2 del Protocolo Adicional 4.º —en consonancia con la

¹¹ Montserrat PI LLORÉNS: «El ámbito de aplicación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TJCE: balance y perspectivas», en *Unión Europea y Derechos Fundamentales en Perspectiva Constitucional*, (Natividad FERNÁNDEZ SOLA, Coordinadora), Dykinson, Madrid, 2004, p. 132.

¹² Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR. «Comentario al artículo 19», *Comentario a la Constitución*, F. GARRIDO FALLA (dir.), segunda edición, Cívitas, Madrid, 1985, p. 385.

¹³ **Caso Baumann contra Francia**, **Caso Napijalo contra Croacia** y, *mutatis mutandis*, Peltonen v. Finland, Commission decision of 20 February 1995, Decisions and Reports (DR) 80-A, p. 43, n.º, 31). Tal y como tuvo ocasión de señalar la Comisión en el **Caso Bozano contra Francia**, este precepto no se refiere a la expulsión de un extranjero, sino que garantiza el derecho a circular por un Estado determinado. Cualesquiera otros atentados relativos a la libertad individual podrían atenderse a través del art. 5 del Convenio que, en palabras de la Comisión, puede considerarse una *lex specialis* respecto al art. 2 del Protocolo 4.º. **Caso Bozano contra Francia**, de 18 de diciembre de 1986, § 84 y 85.

redacción habitual del resto de instrumentos jurídicos internacionales— reconoce el derecho a la libertad de circulación unido al de libre elección de residencia y, como corolario del anterior, la libertad de abandonar cualquier país¹⁴.

Así las cosas, podrían distinguirse tres sub-derechos: el derecho a la libre circulación dentro de un Estado de los nacionales y extranjeros en situación administrativa regular; el derecho a escoger libremente la residencia de los nacionales o los extranjeros en situación administrativa regular; y por último, el derecho de toda persona a salir libremente de cualquier Estado. Veamos cada uno con más detalle.

En primer lugar, por lo que respecta a la libertad deambulatoria, se ha de reconocer en todo el territorio del Estado —espacio terrestre, aéreo y marítimo—, como ámbito espacial de aplicación¹⁵ y a favor de cualquier persona (independientemente de su edad¹⁶) que se halle legalmente en el país, como singular ámbito de aplicación subjetivo.

Se trata, en consecuencia, de un derecho que puede predicarse de todo individuo, no de sus bienes —ya que no se contempla la libertad de circulación de mercancías—, e independientemente de la finalidad de su desplazamiento. Por tanto, no se reconoce sólo a aquellos que persigan un objetivo concreto —por ejemplo, aquellos que se desplazan para ejercer una determinada actividad por cuenta ajena— sino que se debe garantizar que la persona pueda circular o permanecer en un lugar específico, sin necesidad de aducir motivo particular para ello¹⁷. Por ende, tanto los nacionales como los extranjeros pueden invocar este derecho, a expensas en el caso de estos últimos, de hallarse en situación regular en el país. Tal precisión, en efecto, no puede más que dirigirse a los nacionales de terceros Estados por cuanto un nacional no puede hallarse en una tesitura que los haga irregulares en su lugar de nacimiento; es más, el artículo 3 del

¹⁴ El derecho a retornar a un Estado es objeto del artículo 3 del 4.º Protocolo Adicional al CEDH (Prohibición de expulsión de nacionales: Nadie podrá verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional). Para su estudio, véase el capítulo XXXIII de esta obra.

¹⁵ Por lo que respecta a los territorios de los que sea responsable el Estado signatario, resulta de aplicación el artículo 5 del Protocolo Adicional 4.º. De las sentencias analizadas, únicamente el **Caso Piermont contra Francia** se detiene en esta particularidad, habida cuenta que los hechos se desarrollan en la Polinesia Francesa y Nueva Caledonia. **Caso Piermot contra Francia**, de 27 de abril de 1995, § 44.

Mencionar también el caso de la República de Azerbaijan que adjunta declaración interpretativa a su instrumento de ratificación, de 15 de abril de 2002, en virtud del cual no garantiza su aplicación en los territorios ocupados por Armenia.

¹⁶ En el **Caso Diamante y Pelliccioni**, San Marino cuestiona que el demandante, menor de edad, pueda tener un derecho autónomo a la libertad de circulación, por lo que no le considera víctima. La Corte, sin embargo, falla en contra de este postulado y subraya que el artículo no sólo se aplica a los adultos. **Caso Diamante y Pelliccioni contra San Marino**, de 8 de marzo de 2012 § 204.

¹⁷ CDH: Observación General n.º 27: «Libertad de circulación (art. 12)», *op. cit.*, para. 5.

mismo Protocolo exige la admisión de los nacionales en su territorio y prohíbe tajantemente su expulsión. Esta consideración de no exclusividad del nacional puede, asimismo, contemplarse en el resto de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a la materia¹⁸.

De esta forma, puede resultar paradójico, en términos comparativos, que la Constitución española, en su artículo 19, establezca específicamente, que son *los españoles* quienes tienen el derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Sin embargo, nuestra Norma Fundamental, a pesar del tenor literal, no se aleja de la regla general basada en la residencia legal. La norma constitucional no sólo no prohíbe expresamente extender dicho derecho a nacionales de terceros países sino que, en esta materia, resulta ineludible tomar en consideración la aplicación preceptiva de otras normas jurídicas tanto internacionales como de origen interno, que tienen como consecuencia ampliar el ámbito de aplicación subjetivo del art. 19 CE (véase a este respecto: STC 94/1993, F.J.2)¹⁹. Cuestión distinta será el diferente contenido aplicable a cada supuesto de hecho. El alcance de la libertad de circulación no ha de ser idéntico para los nacionales españoles, ciudadanía europea y nacionales de terceros Es-

¹⁸ Véase también el art. 5. d) i; ii) de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2106 A (XX) de 21 de diciembre de 1965; los arts. 5.2.a) y 5.3 de la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1984 y el art. 8 de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

¹⁹ La titularidad del derecho a la libertad de circulación resultó un tema de una enorme dificultad lo cual explica, *a posteriori*, las vacilaciones en la jurisprudencia. No obstante, en los últimos tiempos se observa una interpretación amplia y favorable respecto de los no nacionales. Tal y como tuvo la oportunidad de aclarar el TC en la sentencia de 22 de mayo de 1993: «la inexistencia de declaración constitucional que proclame directamente la libertad de circulación de las personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema (...). La dicción literal del art. 19 CE es insuficiente porque este precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España entre las que destaca el art. 13 de la Constitución. Su apartado 1 dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantizan el Título I de la Constitución, aun cuando sea en los términos que establezca los tratados y la ley, como se dijo en las SSTC 107/1984, 99/1985 y 115/1987. Y el apartado 2 del art. 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE (...). Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19 (...).» En sentido similar: SSTC 116/1993, de 29 de marzo, F.J. 2; 86/1996, de 21 de marzo, F.J.2; 24/2000, de 31 de enero, F.J.4.

Sobre la elaboración del art. 19 CE y la discusión a la que dio lugar el problema de la titularidad del derecho tanto en los trabajos preparatorios como en la doctrina posterior, puede verse: Pedro José GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ: *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Cívitas, 1991, pp. 67-69.

tados no miembros de la Unión²⁰. Tal y como precisa BORRAJO INIESTA no se trata de unos derechos imprescindibles para la garantía de la «dignidad humana», por tanto, es comprensible la introducción de un tratamiento desigual²¹.

Por tanto, en relación con los nacionales de terceros Estados, el exclusivo vínculo jurídico que les ha de unir al Estado se cifra en la regularidad de su estancia. Dicho requisito previo adquiere tal trascendencia que puede afirmarse que sin una estancia legal en el territorio no puede haber injerencia del poder público y, en consecuencia, no cabría violación del artículo que nos ocupa. Es, por tanto, en la precisión de esta característica en lo que se ha centrado la jurisprudencia de Estrasburgo.

No obstante, ni el Convenio ni la Alta Instancia Judicial han entrado a valorar bajo qué condiciones puede considerarse que una persona se halla legalmente en el territorio de un Estado; no es ésta, efectivamente, un área que se encuentre en su esfera de competencias. Muy al contrario, se trata de una área de absoluta discrecionalidad estatal, unida estrechamente a su concepción soberana²². No obstante, habría que entender incompatibles

²⁰ A este respecto la STC 94/1993 dispone: «Cuestión distinta, sin embargo, es el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España. La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE y STC 107/1984, F.J.3), ni por consiguiente, pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadanos. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia, es, pues, lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de estos derechos en función de la nacionalidad de las personas introduciendo tratamientos desiguales, entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella(...). Pero no es en modo alguno absoluta (...). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que a diferencia del cuarto protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos se encuentra ratificado por España, no puede ser ignorado a la hora de interpretar los arts. 13 y 19 de la Constitución, por imperativo de su art. 10.2 CE. Las leyes y los tratados que regulan la circulación de extranjeros en España deben respetar el grado, limitado pero cierto, de libertad que reconocen los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional a todas las personas que se hallan legalmente en el territorio de un Estado. Así pues, los extranjeros que por disposición de una ley o de un tratado, o por autorización concedida por una autoridad competente, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente idénticos que los españoles, sino en los que determinen las leyes y tratados a los que se remite el art. 13 CE». F.J. 3.º

²¹ Ignacio BORRAJO INIESTA: «La libertad de circulación de los extranjeros en España», en *Ciudadanía y extranjería: derecho nacional y derecho comparado*, P. BIGLIO CAMPOS (COORD.), Mc Graw Hill, Madrid, 1998, pp. 59-61.

²² Según la Memoria Explicativa aneja al Protocolo, la sustitución final de la expresión *legally, légalement*, por *lawfully, régulièrement*, pretendía, precisamente, hacer esa potestad discrecional lo más amplia posible. Cfr. P. VAN DIJK; G. J. H. VAN HOOFF: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, Kluwer Law, The Hague/London/Boston, p. 667. El debido cumplimiento de tales exigencias de orden interno ha llevado a algunos autores a considerar esta discrecionalidad de tal envergadura que más que un «derecho a la libertad de circulación» pudiera considerarse un «favor» que se concede al individuo (Jaques VELU; Rusen ERGEC: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bru-

con el Convenio aquellas reglas o condiciones que resultaren arbitrarias, irracionales, discriminatorias o faltas de la suficiente cobertura legal. Una cosa es, en efecto, el legítimo margen de apreciación que el Tribunal ha de reconocer a los Estados, y otra, muy distinta, que carezca de todo poder de fiscalización, aunque éste se circunscribe a supuestos de manifiesta irrazonabilidad. En consonancia con ese margen de apreciación, el Tribunal da una especial importancia a las órdenes de expulsión o de prohibición de entrada al territorio, siempre que cuenten con la mínima cobertura normativa, pues equivalen a la no regularidad de la estancia y, por tanto, a la ausencia de injerencia estatal en el derecho a la libre circulación²³.

Tal y como demuestra el **Caso Piermont contra Francia**, y en ausencia de mayor precisión literal, no parece sin embargo determinante el lapso de tiempo durante el cual se ha disfrutado de la estancia, de tal forma que podría deducirse la posibilidad de su invocación tanto de los extranjeros residentes de larga o corta duración como incluso de aquéllos que se encuentren de paso²⁴. En todo caso, tan sólo salvaguarda el derecho a circular libremente por el territorio del Estado de los extranjeros en situación de regularidad. En consecuencia, de ninguna forma se podría invocar

ylant, Bruselas, 1990, p. 318. También: P. VAN DIJK; G. J. H. VAN HOOF, *op. cit.*, p. 668. Bardo FASSBENDER: «El principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (1998), pp. 51-73

²³ **Caso Piermont contra Francia**, de 27 de abril de 1995: Invitada por las autoridades independentistas locales, la Sra. Piermont, ciudadana alemana y parlamentaria europea, participa en diversos actos de contenido político en la Polinesia Francesa, tras los cuales le es notificada orden de expulsión —no obstante, en esos momentos ya se encontraba a bordo del avión que había de conducirla a Nueva Caledonia—. Según el Tribunal, desde el momento de la notificación de la orden de expulsión, la demandante ya no se hallaba de manera regular en el territorio polinesio y, por lo tanto, no fue objeto de injerencia en el ejercicio de su derecho a la libre circulación (§ 44).

Una vez en el aeropuerto de Nueva Caledonia es conducida a un local bajo custodia policial, en el cual se le pone en conocimiento de la «Providencia mediante la que se ordena la prohibición de la entrada de un extranjero en el territorio» emitida por el Alto Comisionado de la República y a ella dirigida. El Consejo de Estado, en su decisión de 12 de mayo de 1989, no cuestionó la naturaleza de la citada providencia —extremo en el que incide el Tribunal—, a modo de suficiente aval interno de la medida. Por consiguiente, los magistrados concluyen, por unanimidad, que la demandante no disfrutó en ningún momento de estancia regular en el territorio, condición para la aplicación del artículo 2 del Protocolo 4. (§ 49).

Resulta de especial relevancia en este caso, la valoración a la que procede el Alto Tribunal europeo de los controles policiales del aeropuerto. En su opinión, el argumento de la Sra. Piermont según la cual la situación de una persona en un territorio queda regularizada por el mero paso del control de la policía aérea resulta demasiado formalista. Efectivamente, en un aeropuerto —como el de Nouméa— el pasajero está sujeto a operaciones de control mientras permanece en su recinto. En el caso concreto, la Sra. Piermont fue interpelada justo después de sellarse su pasaporte y la orden objeto de discusión le fue notificada cuando todavía no había abandonado el aeropuerto, dado que seguía retenida en un local bajo custodia de la policía (§ 49).

²⁴ También: Jaques VELU; Rusen ERGEC: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 318.

esta disposición para exigir a las autoridades la admisión en el territorio, una mayor prolongación de la estancia o inclusive la concesión de la residencia definitiva. No es éste el objeto particular del artículo que se analiza; estas garantías, por el contrario, dependerán de las disposiciones internas del Estado²⁵.

En los supuestos de difícil determinación como los casos de los extranjeros que se encuentran a la espera de una decisión sobre su entrada o residencia en el Estado, sólo se podrá considerar la regularidad de su estancia en la medida en que ésta se adecúe a los requisitos y condiciones conforme a las cuales se ha determinado su estancia temporal en el Estado. Así, en la Decisión de Inadmisión **Omwenyeye contra Alemania**, de 20 de noviembre de 2007, la demanda en base al art. 2 del Protocolo 4 del solicitante de asilo de origen nigeriano es inadmitida como manifiestamente infundada debido al incumplimiento reiterado por parte del demandante de la condición de estancia y permanencia en la ciudad que su permiso de residencia temporal disponía. Por ello, el Tribunal subraya que: «Article 2 of Protocol N.º 4 cannot be interpreted as awarding an alien the right to reside or continue residing in a country of which he or she is not a citizen and it does not concern the conditions under which a person has the right to remain in a country (...). Thus, foreigners provisionally admitted to a certain district of the territory of a State, pending proceedings to determine whether or not they are entitled to a residence permit under the relevant provisions of domestic law, can only be regarded as “lawfully” in the territory as long as they comply with the conditions to which their admission and stay are subjected (...)»²⁶.

En segundo lugar, la protección de la libre circulación supone también garantizar que las personas puedan elegir libremente su residencia, aunque parezca más razonable —en opinión de cierto sector doctrinal— ubicar este derecho en relación con la inviolabilidad del domicilio²⁷. Se preserva, por tanto, también el derecho de todo individuo a elegir donde quiere vivir sin necesidad de solicitar permiso alguno a las autoridades a tal efecto; lo que implica, de igual forma, la interdicción de toda práctica estatal de asignación obligatoria de residencia a la ciudadanía²⁸.

²⁵ Así, en el **Caso Demir contra Francia**, de 4 de julio de 2006, el Tribunal considera inadmisibles *ratione materiae* la invocación del art. 2 del Protocolo 4 respecto de la denegación de visado de entrada.

²⁶ **Decisión de Inadmisión: Omwenyeye contra Alemania**, Application N.º 44294/04.

²⁷ *Vid.* Louis-Edmond PETITTI, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Commentaire article par article, Economica, Paris, 1995, p. 1044.

²⁸ Utilizando *mutatis mutandi* la interpretación del TC, la libertad de elección de residencia supone: «(...) ante todo, la libertad de habitar en un determinado lugar. El derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente (ATC 227/1983, F.J. 2), que el art. 19 proclama, implica el

Los casos que a este respecto ha tenido la oportunidad de examinar el TEDH discuten la legitimidad de la obligación que imponen algunos Estados a sus ciudadanos o ciudadanas de informar a las autoridades toda vez que pretendan cambiar de residencia o visitar a familiares o amigos, práctica considerada por el Tribunal como una injerencia a la libertad de circulación (**Caso Denizci y Otros contra Chipre**, de 23 de mayo de 2001, **Caso Bolat contra Rusia**, de 5 de enero de 2007 y **Caso Tatishvili contra Rusia**, de 9 de septiembre de 2007). En los dos casos contra Rusia, el Tribunal analiza supuestos relativos a la aplicación de la llamada «propiska», sistema restrictivo de registro de la residencia que está siendo objeto de control por parte de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, toda vez que la ausencia de este registro impide el acceso del particular a los servicios públicos más básicos (servicios sanitarios, sociales, matrimonio, etc.). No obstante, el Tribunal define muy bien su cometido y subraya:

«(...) that it is not the Court's task to review the relevant law and practice *in abstracto*, but to determine whether the manner in which they were applied in a particular case gave rise to a violation (...)»²⁹.

Por último, la libertad de circulación que protege el artículo 2 del Protocolo cuarto al CEDH comprende también la libertad de abandonar cualquier país, incluido el propio. En palabras de la Alta Instancia Judicial «Article 2 § 2 of Protocol N.º 4 guarantees to any person the right to leave any country for any other country of that person's choice to which he or she may be admitted»³⁰.

Este derecho no puede condicionarse ni a solicitudes expresas a la Administración —la Corte rechaza que se deba pedir permiso cada vez que se quiera viajar al extranjero³¹—, plazos concretos —se preserva, pues la capacidad de salir del territorio con motivo de un viaje temporal o en caso de emigración—, ni se puede hacer depender de finalidad alguna. En todo caso, dicha libertad no implica, evidentemente, un derecho automático a entrar en otro Estado, pero sí incluye dos salvaguardas esenciales: la garantía de obtener los documentos necesarios de viaje, así como, en segundo lugar, la prohibición de cualquier ilegítima sanción, directa o indirecta —v. gr. restringiendo o eliminando prestaciones sociales, de alojamiento,

reconocimiento a su titular del poder de configurar esa residencia con los elementos propios del domicilio, con lo que es también un derecho a la libre elección del mismo»: STC 28/1999, de 8 de marzo. FJ. 7.

²⁹ **Caso Bolat contra Rusia**, de 5 de enero de 2007, § 67; **Caso Tatishvili contra Rusia**, de 9 de septiembre de 2007, § 47.

³⁰ **Caso Stamose contra Bulgaria**, de 27 de febrero de 2013, § 30.

³¹ «The Court reiterates that an obligation to ask the authorities permission to leave each time does not correspond to the sense of the concept "freedom of movement" (see *Ivanov v. Ukraine*, no. 15007/02, § 85, 7 December 2006)». **Caso Diamante y Pelliccioni contra San Marino**, de 8 de marzo de 2012, § 211.

empleo, o educación u obligando a renunciar a la nacionalidad—, que pudiera afectar a aquéllos que deseen desplazarse a otro país.

Respecto a la necesidad de disponer de documentos de viaje, en el **Caso Bartik contra Rusia**, de 21 de marzo de 2007, el TEDH se hace eco del análisis al respecto del Comité de Derechos Humanos y, así, dispone:

«The United Nations Human Rights Committee, examining the scope of Contracting Parties' obligations under the identical worded Article 12 of the ICCPR, also expressed the opinion that the right to leave a country must include the right to obtain the necessary travel documents (see point 9 of General Comment N.º 27, paragraph 30 above)».

En consecuencia, determina el Tribunal en el **caso Sissanis contra Rumania**: «(...) la mesure au moyen de laquelle un individu se trouve dépossédé d'un document de voyage tel que, par exemple, un passeport, s'analyse, à n'en pas douter, comme une ingérence dans l'exercice de la liberté de circuler (Baumann c. France, arrêt du 22 mai 2001, n.º 33592/96, § 62, CEDH 2001-V)»³².

Consideran, pues FAPPIANO y LOAYZA, que con independencia de que en ningún texto se exija expresamente la expedición del pasaporte, la correcta aplicación del derecho a salir de un Estado exige una actitud positiva del mismo y sus autoridades en la emisión de estos documentos ausentes del texto, pero que derivan en buena lógica de su contenido doctrinario; lo contrario implicaría una *capitis diminutio*, una medida que vaciaría de contenido el derecho de referencia³³.

En relación con la segunda garantía señalada, hubiera resultado de gran interés que el TEDH hubiera podido entrar en consideración, en cuanto al fondo, en las demandas contra Rumania de los **Casos Lidner y Hammermayer; Oprescu y Todorescu**, por cuanto se trataban de supuestos en los que el Estado procedió a la expropiación de inmuebles propiedad de los demandantes como consecuencia, y en respuesta, a la salida de éstos del territorio rumano y posterior residencia en otro país. Sin embargo, no tenemos un pronunciamiento jurisprudencial sobre la calificación de estas restricciones a la libertad de circulación, pues se discutían hechos producidos con anterioridad al 20 de junio de 1994, fecha en la que Rumania acepta la jurisdicción del Tribunal, por lo que era aplicable la excepción de incompatibilidad *ratione temporis*³⁴.

³² **Caso Sissanis contra Rumania**, de 25 de abril de 2007, § 63.

³³ Comisión IDH. Informe Anual 1982/83. Res. 18/83. Caso 2711, p. 142 y 143 Uruguay. Oscar L. FAPPIANO y T. Carolina LOAYZA: *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1971-1995, sumarios de las decisiones referidas al Pacto de San José de Costa Rica y a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, Abaco, Buenos Aires, 1998, p. 363.

³⁴ **Caso Lindner y Hammermayer contra Rumania**, de 3 de diciembre de 2002, § 25. **Caso Oprescu contra Rumania**, de 14 de enero de 2003, § 36. **Caso Todorescu contra Rumania**, de 30 de septiembre de 2003, n.º 30.

De las sentencias analizadas se desprende que la prohibición de abandonar el Estado —habitualmente ligada a la retirada del pasaporte— objeto de consideración por las Instancias Judiciales suele estar relacionada con las injerencias propias de hallarse el sujeto incurso en un procedimiento judicial³⁵. Como excepción, véase el **Caso Bartik contra Rusia**, de 21 de marzo de 2007, en el que Tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse, por primera vez, sobre la prohibición de abandonar el país impuesta a un sujeto por el único motivo de hallarse éste en posesión de «secretos de Estado»³⁶. Y el **Caso Stamose contra Bulgaria**, de 27 de febrero de 2013, donde se discute la conformidad con las obligaciones del Convenio de las medidas estatales que prohíben el abandono del país a nacionales que han infringido la legislación migratoria de otros Estados. Respecto a este último, la Corte reconoce que es la primera vez que tiene que decidir sobre estas limitaciones a la libertad de abandonar un país y subraya que, aunque pueda estar preparada para admitirlas con objeto de mantener el orden público o la protección de los derechos y libertades de terceros, considera su imposición automática y sin atender a las circunstancias personales del caso contraria a Derecho³⁷. Confirma, pues, la jurisprudencia de Estrasburgo lo que la de Luxemburgo había considerado con antelación, esto es, la posibilidad de adopción de estas decisiones, pero que ambas instancias judiciales sujetan a un estricto control de su aplicación proporcional³⁸.

³⁵ **Caso Baumann contra Francia**, de 22 de mayo de 2001, **Caso Napijalo contra Croacia**, de 13 de febrero de 2003, **Caso Riener contra Bulgaria**, de 23 de mayo de 2006, **Caso Földes, Földesnéhajlik contra Hungría**, de 31 de octubre de 2006, **Caso Rosengren contra Rumanía**, de 24 de julio de 2007, **Caso Sissanis contra Rumanía**, de 25 de abril de 2007, **Caso Gochev contra Bulgaria**, de 26 de noviembre de 2009, **Caso Makedonski contra Bulgaria**, de 20 de enero de 2011, **Caso A. E. contra Polonia**, de 30 de septiembre de 2009, **Caso Nalbautski contra Bulgaria**, de 10 de mayo de 2011, **Caso Miazdzyk contra Polonia**, de 24 de enero de 2012, **Caso Diamante y Pelliccioni contra San Marino**, de 8 de marzo de 2012 y **Caso Zarkizov y Otros contra Bulgaria**, de 24 de septiembre de 2012.

³⁶ Jurisprudencia confirmada en los **Casos Bessenyei contra Hungría**, de 21 de enero de 2009 y **Soltysyak contra Rusia**, de 20 de junio de 2011. Hay pendientes otros dos casos contra Rusia: **Ilchenco** (25025/10) y **Berkovich** (5871/07).

³⁷ **Caso Stamose contra Bulgaria**, de 27 de febrero de 2013, § 36. Sobre la legitimidad de estas medidas, *Vid.* Colin HARVEY y Robert P. BARNIDGE, Jr. «Human Rights, Free Movement and the Right to Leave in International Law», *IJRL*, vol. 19, n.º 1, 2007, pp. 1-21.

³⁸ En el marco de la Unión Europea, si bien relacionado con la violación de la libertad de circulación que en este ámbito tiene otros matices, recuérdese la cuestión prejudicial resuelta en el **Caso Gheorghe Jipa** en virtud de la cual, el Tribunal de Justicia considera que los artículos 18 CE y 27 de la Directiva 2004/38, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, no se oponen a una normativa nacional que permita restringir el derecho de un nacional de un Estado miembro a trasladarse al territorio de otro Estado miembro, en particular por haber sido repatriado anteriormente del mismo debido a que se encontraba en él en «situación ilegal», siempre que, por una parte, la conducta personal de ese nacional constituya una amenaza real, actual y suficientemente grave que

III. RESTRICCIONES AUTORIZADAS A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO HERMENÉUTICO

La garantía normativa convencional o constitucional de la libertad deambulatoria resulta compatible con el reconocimiento de la competencia estatal para dictar las normas que sean necesarias con objeto de asegurar el ejercicio del derecho, ya sea conforme a las exigencias de los intereses generales, o bien para la coexistencia con los derechos de terceros³⁹. No se trata de un derecho ilimitado o absoluto, sino que ha de entrar en un diálogo sistemático-normativo con la finalidad de asegurar el adecuado equilibrio entre los intereses individuales y colectivos.

No obstante, independientemente de esta ineludible modulación de la libertad de circulación, los instrumentos jurídicos que consagran este derecho reconocen, al mismo tiempo, la posibilidad de limitar el ejercicio del mismo —como por lo demás hace el Convenio respecto de los restantes derechos y libertades— de forma explícita o implícita. Se trata de cláusulas, de carácter excepcional, que autorizan determinadas restricciones en el ejercicio del derecho a la libertad de circulación (de forma general o circunscritas a una parcela del territorio), siempre que, primero, respondan a «fines» de interés general (finalidades que podrían resumirse en la noción de orden público en sentido *lato*) y, en segundo término, los «medios» uti-

afecte a un interés fundamental de la sociedad y que, por otra parte, la medida restrictiva prevista sea apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho que motivaron la solicitud de limitación del derecho de salida, si sucede así en el asunto del que conoce. Sentencia del TJUE, 10 de julio de 2008 (asunto c-33/07).

³⁹ Juana GOIZUETA alude a las limitaciones de orden genérico derivadas de la propiedad privada, el cumplimiento de los deberes constitucionales (v. gr. servicio militar), la detención gubernativa o el derecho de excepción y emergencia sanitaria, así como las relativas a la condición singular del titular del derecho (v. gr. funcionarios, militares y miembros pertenecientes a los cuerpos de seguridad del Estado). *Vid.* Juana GOIZUETA VÉRTIZ: «El Derecho Comunitario y la Libertad de Circulación y Residencia de las personas en España: Implicaciones del Estatuto de Ciudadanía de la Unión», *Working paper n.º 189, Institut de Ciències Polítiques i Socials*, Barcelona, 2001: www.diba.es.

Puede utilizarse *mutatis mutandi* la interpretación del TC en su STC 28/1999, de 8 de marzo: «(...) Ahora bien, es claro que las libertades de circulación y residencia no confieren, como es natural, un poder jurídico omnímodo a favor de su titular, ya sea en orden a pasar por cualquier lugar, ya sea en orden a habitar en él (...) en modo alguno justifica conductas tales como invadir propiedades ajenas o desconocer sin más legítimos derechos de uso de bienes inmuebles (ATC 227/1983, FJ.2) (...). De esta manera, el derecho a la libre elección del domicilio no puede entenderse como un derecho a fijar el domicilio en el concreto bien que uno desee, sin más, sino como un límite a los poderes públicos en orden a constreñir esa elección por razones distintas a las derivadas de la libre configuración de las relaciones civiles (art. 33 CE), del uso del suelo de acuerdo con el interés general (art. 47 CE) u otras que resulten constitucionalmente admisibles».

lizados para la satisfacción de tales fines sean necesarios o proporcionados (principio de proporcionalidad de los medios). Licitud de fines de interés general y medios adecuados, constituyen las dos magnitudes en las que se sitúa el análisis de las restricciones o injerencias del poder público sobre el derecho en cuestión. A ello se añade la inexcusable base legal de la limitación de que se trate. Estas limitaciones están previstas en los párrafos tercero y cuarto del art. 2 del Protocolo 4⁴⁰.

En virtud de dichas disposiciones, deducimos que no se admiten las injerencias públicas arbitrarias sino que la admisibilidad de tales restricciones, en derechos reconocidos, está subordinada a una triple condición: en primer lugar, la imprescindible previsión normativa; en segundo lugar la persecución de un fin legítimo; y, por último, su necesidad en una sociedad democrática⁴¹.

La doctrina del margen de apreciación encuentra su mayor terreno abonado en el campo de las limitaciones a los derechos que consagra el Convenio. A la hora de lograr el adecuado equilibrio entre los intereses particulares y generales, el Estado es el que conserva la mejor perspectiva dada la proximidad o cercanía que se le supone a la circunstancia objeto

⁴⁰ El artículo 2 del Protocolo 4 en su párrafo tercero dispone: «El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquéllas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de terceros». Y, en su párrafo cuarto, estipula: «Los derechos reconocidos en el párrafo 1 podrán, igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática».

La redacción del apartado 4 del artículo 2 no estuvo exenta de polémica. El Comité de Expertos discutió la posibilidad de incluir el «bienestar económico» entre las cláusulas que autorizan las restricciones a la libertad deambulatoria en ciertas zonas determinadas. El supuesto fue rechazado expresamente, no obstante, la fórmula del «interés público» no excluye esta interpretación. Ahora bien, téngase en cuenta que la citada cláusula sólo se aplica al párrafo 1.º del art. 2 (libertad de circulación y residencia); no resulta aplicable, por tanto, en relación con el apartado 2.º (libertad de abandonar cualquier país), en consecuencia, una Parte Contratante no podrá restringir la emigración en función del interés público o por motivos puramente económicos, como por ejemplo para evitar una fuga de cerebros. Cfr. P. VAN DIJK; G. J. H. VAN HOOFF: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 670.

⁴¹ Cabe señalar que no se trata de requisitos independientes sino que se hallan indudablemente imbricados, de tal forma que no cabe aplicar una medida limitativa de derechos fundamentales que no sirva, al mismo tiempo, a los tres condicionantes. No es de extrañar, por tanto, que en el **Caso Denizci y Otros contra Chipre** el hecho de hallarnos ante un supuesto en el que la vigilancia especial a la que fueron sometidos los demandantes ni siquiera se encontrara prevista por la normativa del Estado, ni sus autoridades pudieran justificar tal injerencia en virtud del logro de algún fin manifiesto provoca la escasa motivación jurisprudencial en lo referente a la necesidad en una sociedad democrática (§ 405). Sin base legal y sin finalidad reconocida no es posible —ni necesario— entrar a valorar la proporcionalidad de tal restricción en los derechos de los individuos. **Caso Denizci y Otros contra Chipre**, de 23 de mayo de 2001. Ocurre igual en el **Caso Dzhaksybergenov contra Ucrania**, de 20 de junio de 2011.

de salvaguardia. La aceptación del margen de apreciación nacional consiste en una especie de autolimitación judicial derivada de la conciencia que éste tiene del mejor conocimiento de la vida interna, social o jurídica por el Estado demandado⁴². No obstante lo anterior, ello no supone un cheque en blanco a los Estados. La legitimidad de los límites está sujeta a una interpretación y aplicación estrictas⁴³. Existe una importante línea jurisprudencial que viene señalando que las limitaciones y restricciones del ejercicio de los derechos reconocidos no pueden atentar contra la sustancia del derecho garantizado. Equilibrio, pues, al que está llamado el Tribunal a dilucidar.

1. LA NECESARIA Y ADECUADA PREVISIÓN NORMATIVA

Una vez el Tribunal ha declarado la existencia de una injerencia en el derecho a la libertad de circulación⁴⁴, el primer inciso del art. 2.3 nos indica el primer test que tal restricción ha de superar, esto es, la garantía de legalidad o de base jurídica suficiente de la medida en cuestión. Se trata de un requisito que pretende asegurar la regularidad y certeza en la aplicación de las legítimas restricciones en orden a impedir toda actuación privilegiada o discriminatoria por parte de los poderes públicos. Ello presupone, en primer lugar, la existencia y el cumplimiento de normas de Derecho interno, pues «ley» se ha de interpretar en sentido amplio, como acto formal adoptado por los poderes del Estado y jurídicamente vinculante, por lo que

⁴² Este dato no hace más que reconocer la naturaleza subsidiaria del sistema de la Convención. De esta forma, el mecanismo europeo de control no pretende suplantar al Derecho interno, que sigue siendo el principal instrumento de protección de los derechos y libertades fundamentales. El sistema europeo, si acaso, tiene por función añadirse, superponerse a éste y completarlo, remediar sus lagunas, carencias o flaquezas, con independencia del establecimiento de un mínimo común denominador para países tan dispares. *Vid.* Marc-André EISSEN: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos* Editorial Cívitas, Madrid, 1985, p. 82.

⁴³ A pesar de la consagración jurisprudencial del principio de interpretación restrictiva de estas limitaciones, no hay que sobreestimar el alcance de este principio, pues el Tribunal lo compatibiliza con la doctrina del margen de apreciación y no parece, pues, aplicarlo con intransigencia. Marc-André EISSEN, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁴ Así, en toda las sentencias analizadas, el Tribunal comienza declarando que la medida objeto de enjuiciamiento constituye una injerencia en la libertad de circulación, para luego determinar si resulta o no necesaria en una sociedad democrática. Entre otros, ha analizado casos de: a) Restricciones a la libertad deambulatoria como consecuencia de una vigilancia especial: **Denizci y otros contra Chipre, Raimondo contra Italia y Labita contra Italia**; b) Prohibición de acceder al centro de una ciudad por catorce días: **Landvreugd contra Países Bajos**; c) Prohibición de abandonar el lugar de residencia en caso de quiebra de empresa o insolvencia personal: **Caso Luordo contra Italia**; d) Prohibición de abandonar el país por hallarse en posesión de secretos de Estado (**Caso Bartik contra Rusia**) o por haber infringido la legislación migratoria de los Estados Unidos (**Caso Stamosse contra Bulgaria**); e) Confiscación del pasaporte: **Caso Napijalo contra Croacia**, de 13 de febrero de 2003 y **Caso Baumann contra Francia**, de 22 de mayo de 2001.

comprende otro tipo de actos normativos que no han de presentar, necesariamente, la veste de ley formal o parlamentaria, en sentido estricto. De hecho, la Alta Instancia Judicial ha adoptado, desde el inicio, una interpretación material —no formal—, y extensiva del término que acallara las diferencias entre el Derecho continental y el *Common Law*⁴⁵. Se trata, por tanto, de una referencia al conjunto del Derecho en vigor, ya sea éste de origen legislativo, administrativo o jurisprudencial⁴⁶.

No obstante, la Alta Instancia Judicial no se ha limitado a la simple remisión al Derecho interno; muy al contrario, ha incidido en la llamada «calidad de la ley»⁴⁷. Así, en el **Caso Landvreugd contra Países Bajos**,

⁴⁵ Distinto es que la propia parte demandada (en este caso Rusia) considere que la medida restrictiva de derechos se basa en una norma que no tiene rango de ley, en cuyo caso, se aviene a considerar que la injerencia no tuvo base jurídica suficiente como ocurre en el **Caso Gartukayev contra Rusia**, de 13 de marzo de 2006.

A modo de análisis comparado, resulta interesante señalar que si bien el Comité de Derechos Humanos ha adoptado una interpretación idéntica a la analizada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el contrario, ha optado por una consideración formal del término «ley» en virtud de la cual, las injerencias en los derechos reconocidos sólo pueden estar recogidas en actos normativos adoptados por las autoridades legislativas. *Vid.* Corte IDH: Opinión Consultiva 6/86: «La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», solicitada por el Gobierno de la República del Uruguay. Véase también: **Caso Ricardo Canese contra Paraguay**, 31 de agosto de 2004.

⁴⁶ Véase la importancia que el Tribunal otorga a la jurisprudencia en los **Casos Landvreugd contra Países Bajos**, de 4 de junio de 2002 y **Gochev contra Bulgaria**, de 26 de noviembre de 2009. En el primero, el Tribunal consideró suficiente que las disposiciones en virtud de las cuales el alcalde dispone de competencia para decretar la prohibición de circulación por una zona determinada, con objeto de proteger el orden público, formaran parte de la *Municipality Act*, así como la publicación en *domestic law reports* del *case-law* referente a tales medidas. **Caso Landvreugd contra Países Bajos** (§ 58). Sin embargo, se trató de una decisión controvertida y sin precedente en Estrasburgo que obtuvo tres votos en contra y la opinión disidente de los jueces Jörundsson, Türmen y Maruste, en cuya opinión, dicha publicación no puede sustituir la preceptiva del texto legal en que ha de hallar su base.

En el **Caso Gochev contra Bulgaria**, si bien se admite que el literal de la norma puede generar cierta incertidumbre, el Tribunal se apoya en la jurisprudencia constante sobre el mismo para avalar la legalidad de la injerencia (§ 47).

⁴⁷ De los nueve casos en los que el Tribunal resuelve la violación del art. 2 del Protocolo 4 como consecuencia de la «falta de previsión normativa», en cuatro supuestos discute la «calidad» de la ley (**Landvreugd contra Países Bajos**, **Caso Gartukayev contra Rusia** y **Sissanis contra Rumanía** y **Soltysyak contra Rusia**), mientras que en los restantes, la medida restrictiva de la libertad deambulatoria ni siquiera tiene base normativa (en el **Caso Denizci y Otros contra Chipre**, las medidas de vigilancia especial a la que fueron sometidos los demandantes no se encontraban previstas por la normativa del Estado; en el **Caso Timishev contra Rusia**, la medida se impone mediante una orden «oral» que no fue formalizada por ninguna otra vía; en el **Caso Bolat contra Rusia**, la medida es adoptada por un oficial de policía en una situación de claro abuso de la autoridad o aun con base jurídica suficiente, la actuación de la Administración no se conforma a ella: **Caso Tatishvili contra Rusia**). En el **Caso Dzhaksybergenov contra Ucrania**, de 20 de junio de 2011, se dispone una prohibición de salida a una persona incurso en un proceso de extradición. Sin embargo, esta medida no estaba prevista ni en el Código Penal, ni en la

de 4 de junio de 2002, el Tribunal afirma que «the expression “in accordance with the law” not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned and foreseeable as to its effects». Y con objeto de cumplir con el requisito de previsibilidad: «it must set forth with sufficient precision the conditions in which a measure may be applied, to enable the persons concerned —if need be, with appropriate advice— to regulate their conduct» (**Caso Dzhaksybergenov contra Ucrania**, de 20 de junio de 2011, § 59).

Efectivamente, la ineludible previsión normativa a la que alude el artículo 2.3 se sustenta en determinadas cualidades que han de observar las disposiciones aplicables al caso. Accesibilidad, precisión y previsibilidad en sus consecuencias se convierten, así, en criterios de la calidad de la normativa aplicable al caso concreto, con objeto de comprobar que ésta constituye base suficiente para ordenar el comportamiento espontáneo de los individuos.

Que la norma sea «accesible» se ha de interpretar en el sentido de que la ciudadanía debe de disponer de referencias suficientes acerca de las normas jurídicas que resulten aplicables al supuesto de hecho. Habitualmente, para este cometido al Tribunal de Estrasburgo le ha bastado, en una clara posición de autocontrol respecto al alcance de su jurisdicción, con que la base legal de la injerencia haya sido objeto de una publicación oficial⁴⁸. Pero no se trata, simplemente, de que la norma sea accesible sino, también, de que ésta sea «precisa y previsible en sus consecuencias», interpretado ello en el sentido de que la norma debe definir con la suficiente precisión las condiciones y modalidades de la limitación del derecho con objeto de permitir al ciudadano prever, en un grado razonable, las consecuencias que se puedan derivar de un acto determinado y, así, regular su conducta y beneficiarse de la protección adecuada contra la arbitrariedad.

Ley sobre el Estatuto Jurídico de los Extranjeros y Apátridas de Ucrania, tan solo se recogía en el marco de los procedimientos judiciales de carácter penal. El Tribunal resuelve que disponer una restricción de la libertad de circulación «por analogía» es contrario a Derecho, pues no supone una base clara y previsible de tal restricción. Resulta curioso el **Caso Soltysyak contra Rusia**, 20 de junio de 2011. En este caso, la Corte acepta que la prohibición de viajar al extranjero durante cinco años a aquéllos que hubieran estado en posesión de secretos de Estado estaba prevista en la *Entry and Leave Procedures Act* y en la *State Secrets Act*, así como en el *contrato* que había firmado el demandante con el ejército ruso. Entendemos, no obstante, que sin la previa previsión normativa la cláusula contractual no sería considerada suficiente base legal en los términos del Convenio. La Corte ha aceptado que las restricciones a la libertad de circulación estén recogidas incluso en disposiciones inferiores, como las normas municipales (véase **Caso Landvreugd contra Países Bajos**, de 4 de junio de 2002) pero, en todo caso, ha de ser un acto formal adoptado por los poderes públicos.

⁴⁸ *Vid.* **Caso Baumann contra Francia**, de 22 de mayo de 2001; **Luordo contra Italia**, 17 de julio de 2003 y **Caso Napijalo contra Croacia**, de 13 de febrero de 2004; en el **Caso Landvreugd contra Países Bajos**, de 4 de junio de 2002.

Por otro lado, no resulta baladí considerar que siempre que dicha restricción se encuentre contemplada en la ley es previsible que vaya acompañada de las necesarias garantías jurisdiccionales con objeto de que el ciudadano pueda defenderse de cualquier abuso de autoridad⁴⁹.

No obstante, como afirma SUDRE, estas exigencias son relativas. El nivel de precisión requerido puede variar en función del área objeto de regulación, así como del número y calidad de los destinatarios⁵⁰. En los casos abordados por el Tribunal relativos a la libertad de circulación se ha considerado que la normativa aplicable era previsible si ésta: «se ha formulado con la precisión suficiente a fin de permitir que todo individuo determine su conducta, si necesita el consejo adecuado»⁵¹.

Así, en aplicación de este principio, el Tribunal ha atendido a cuatro condiciones con objeto de analizar si la normativa era lo suficientemente precisa como para que el individuo pudiera prever las consecuencias de sus actos y regular su conducta conforme a la ley: la redacción de la norma (que, además, debe definir la finalidad de la injerencia, así como ir acompañada de las adecuadas garantías jurisdiccionales con objeto de luchar contra el abuso de poder); el suficiente bagaje en la aplicación de la disposición; los antecedentes del demandante; y la diligencia gubernamental en informar suficientemente al afectado (unas circunstancias podían entrar a compensar la debilidad de otras, cuestión esta última que no tuvo consenso en el seno del Tribunal)⁵².

⁴⁹ **Caso Sissanis contra Rumanía**, de 25 de abril de 2007. En este caso, el Tribunal analiza el art. 27 de la Ley 25/1969 de la legislación rumana, en virtud del cual se puede prohibir a un sujeto abandonar el país si se halla éste incurso en un procedimiento judicial penal. Dejando al margen la «vaguedad» de la norma, el Tribunal toma nota de la ausencia en la misma de una definición suficientemente precisa de la finalidad de la injerencia, así como de las adecuadas garantías jurisdiccionales con objeto de luchar contra el abuso de autoridad. En este sentido, la Alta Instancia judicial recuerda que todo procedimiento de control ha de respetar fielmente los valores de una sociedad democrática. El hecho de que la medida hubiera sido, a *posteriori*, objeto de recurso por inconstitucionalidad implica que, desde entonces, la medida restrictiva de la libertad deambulatoria ni siquiera contaba con la suficiente base jurídica (§67-76).

⁵⁰ Frédéric SUDRE, *Droit International et européen des droits de l'homme*, 5.^a édition, Presses Universitaires de France, Francia, 1989, p. 156.

⁵¹ **Caso Landvreugd contra Países Bajos**, 4 de junio de 2002 y **Caso Sissanis contra Rumanía**, 25 de abril de 2007.

⁵² En el **Caso Landvreugd contra Países Bajos**, el Tribunal estudia, en primer lugar, la redacción de la norma con objeto de comprobar la suficiente claridad de sus términos. Así, en el caso que nos ocupa, el Tribunal observó que dada la dicción literal de la disposición, bastante genérica, así como la diversidad de circunstancias que hacía posible su aplicación implicaban un alto grado de discrecionalidad en favor del alcalde. No obstante, la normativa había sido aplicada con anterioridad en circunstancias similares con consecuencias idénticas —esto es, primero prohibición de circulación por el centro de Ámsterdam durante ocho horas y ampliación a catorce días por reincidencia— y, a mayor abundamiento, años antes de este caso, el *Council of State*, en virtud de las decisiones de 11 de enero de 1989 y de 31 de julio de 1989, había decretado que la situación en el área específica del centro de Ámsterdam podía considerarse un *emergency situation*, de conformi-

2. LA LICITUD DEL *FIN* PÚBLICO Y DE LOS *MEDIOS* PARA SU CONSECUCIÓN, DOS TESTS AUTÓNOMOS Y SUCESIVOS. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE LO «NECESARIO EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA»: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Una vez se ha comprobado que la injerencia sometida a control cumple con la garantía de legalidad, habrá que fiscalizar si la misma responde a un fin de interés general que tenga peso suficiente, pues no toda finalidad justifica una restricción de derechos y libertades reconocidos. Las restricciones que pudieran ser impuestas, por tanto, no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hubiesen sido previstas, he aquí el *test de la finalidad* que ha de superar la medida restrictiva si quiere ser conforme a Derecho. Si la restricción a examen no responde a una finalidad legítima termina ahí el control y se concluirá la violación del derecho. Si, en cambio, supera ese primer escalón, habrá que someterla aun al *test de proporcionalidad* de los medios, esto es, habrá que analizar si el medio elegido para la consecución de ese concreto objetivo o fin resulta necesario —proporcionado—, puesto que el fin por loable o legítimo que sea no justifica cualquier medio. Veámoslo más despacio por referencia al derecho objeto de estudio.

Las limitaciones en el ejercicio de los derechos y libertades han de responder a una necesidad legítima de aquéllas que se citan en el art. 2.3 del Protocolo cuarto. Las restricciones se formulan expresamente con referencia a intereses estatales (seguridad nacional, seguridad pública, mante-

dad con el artículo 219 de la normativa municipal, debido al tráfico y uso de drogas duras, circunstancias similares a las del caso en cuestión.

Además, y en atención a las condiciones de orden subjetivo, el Tribunal ponderó el dato de que el demandante hubiera sido objeto de seis condenas anteriores por el mismo motivo y de que fuera informado pertinentemente por parte de las autoridades de que debía desistir del uso y consumo de drogas duras en la calle situada en el área de emergencia, en tanto que tal uso y posesión suponía una grave alteración del orden público. Asimismo, había sido informado de las consecuencias del incumplimiento de tal comportamiento, la ampliación a catorce días de la restricción de libertad de circulación. Después de que el señor Landvreugd desoyera tal advertencia y reiterara su comportamiento, se le invita, de nuevo, a abandonar el área, tras cuya negativa se le amplía a catorce días.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Tribunal considera que el demandante se encuentra en disposición de prever las consecuencias de sus actos y podía haber regulado su conducta con objeto de evitar la restricción de libertad por catorce días. Por tanto, se estima que las disposiciones municipales holandesas que permiten determinar la prohibición de libertad de circulación por una determinada zona del centro de Amsterdam en relación con la alteración del orden público que supone la posesión y consumo de drogas duras es una medida que se haya rodeada de todas las salvaguardas anteriores, lo que permite afirmar que se trata de unas restricciones *in accordance with law* o, en la versión castellana del artículo 2.3 del Protocolo, «previstas por la ley».

La opinión disidente difiere de este planteamiento. En opinión de los jueces Jörundson, Türmen y Maruste la información de la que pudiera disponer el demandante, bien por su propia experiencia personal o a través de aquélla proporcionada por las autoridades, no puede salvar la ausencia de accesibilidad de la norma de base.

nimiento del orden público, prevención del delito) o de la vida social (seguridad pública, orden público, salud, moralidad pública) o en interés de los derechos de terceros, aunque en palabras de SUDRE todos pudieran encuadrarse en una noción amplia de «orden público»⁵³. Ciertamente, se trata de conceptos de contenido variable susceptibles de interpretaciones divergentes. En la determinación de su contenido, los Estados cuentan con un cierto margen de apreciación cuya amplitud puede variar dependiendo del derecho de referencia.

En particular, en relación con la libertad de circulación, el Tribunal ha considerado que determinadas restricciones a este derecho eran jurídicamente válidas en atención al objeto y fin de la misma, en su mayoría, a modo de sanción, como medida preventiva o para la salvaguarda de los derechos de terceros⁵⁴.

No obstante, a menudo las injerencias pueden estar previstas en la ley, responder a necesidades legítimas y aun así, no resultar «necesarias en una sociedad democrática». Es aquí donde entra en juego el principio de proporcionalidad como vara de medir la idea de justicia material, ésta es, la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado.

Efectivamente, el principio de proporcionalidad se traduce en una triple prohibición escalonada que indistintamente ha podido utilizar el Tribunal de Estrasburgo en su análisis jurisprudencial: a) que la medida restrictiva no sea de todo punto de vista y *a priori* absolutamente inútil o idónea para alcanzar el fin que se dice perseguir (principio de utilidad o idoneidad); b) que no se imponga un sacrificio a todas luces innecesario por existir de modo manifiesto alternativas menos gravosas, susceptibles de satisfacer el objetivo de que se trate con igual efectividad (principio de necesidad de la intervención); c) que el límite o restricción no genere un patente y excesivo desequilibrio entre las cargas que entraña para los derechos y libertades

⁵³ Frédéric SUDRE: *Droit International et européen des droits de l'homme, op. cit.*, p. 157.

⁵⁴ En orden al «mantenimiento del orden público» y «la prevención del crimen» se justifica la detención provisional y posterior arresto domiciliario de un presunto mafioso en el **Caso Raimondo contra Italia** (§ 39). De igual forma, se consideran justificadas las medidas preventivas tales como el toque de queda o la presentación semanal en comisaría aplicadas en casos relacionados con la pertenencia a organización mafiosa: **Caso Labita contra Italia** (§ 194). Finalidades distintas pueden observarse en los casos de quiebra de empresas e insolvencia personal. Aquí el objetivo de la imposición de determinadas limitaciones a la libertad de circulación viene motivado por la necesidad de «proteger los derechos y libertades de terceros», a saber, los intereses de los acreedores de la empresa en quiebra. Véanse: **Caso Luordo contra Italia** (§ 94), **Caso Peroni contra Italia**, **Caso Bassani contra Italia**, **Caso Bottero contra Italia**. En uno de los casos relacionados con la prohibición de abandonar Rusia por haber dispuesto de secretos de Estado, el Alto Tribunal admite que la medida perseguía proteger «la seguridad nacional». **Caso Soltysyak contra Rusia** (§ 45).

implicados y los beneficios que irroga para el interés general (proporcionalidad en sentido estricto)⁵⁵.

Se puede afirmar, a la luz de las sentencias relativas a restricciones a la libertad de circulación que ha tenido la oportunidad de resolver el Tribunal, que se ha procedido a una utilización del principio de proporcionalidad en su sentido más estricto, como parámetro de control del necesario equilibrio o razonable relación que se ha de producir entre el beneficio y el sacrificio impuesto (salvo en el **Caso Bartik contra Rusia**, como se verá más adelante). La Alta Instancia Judicial comprueba, pues, si ha existido una adecuada compensación entre el interés que defiende el Estado y la gravedad del atentado al derecho del demandante con respecto a su vida privada. En ningún caso se trata de proscribir con carácter absoluto o abstracto el recurso a tales limitaciones, sino de determinar si, en el caso concreto, resulta proporcionada.

En los casos relacionados con la salvaguarda de la libertad de circulación, el Tribunal procede a realizar dicho análisis con un estudio pormenorizado del procedimiento llevado a cabo por las autoridades nacionales. Efectivamente, la Alta Instancia Judicial no sólo analiza que la injerencia pública esté prevista en el ley y persiga un fin legítimo, sino que estima *debe haber sido aplicada con la diligencia debida y las suficientes garantías jurídicas: que la duración de la medida no se prolongue excesivamente en el tiempo, que se proceda a un examen periódico de la necesidad de su aplicación, que se atienda a las circunstancias singulares del caso, se aplique una buena administración, en cumplimiento de los principios esenciales de la justicia penal y se ofrezcan la adecuadas vías de recurso*.

Efectivamente, en relación con el análisis del principio de proporcionalidad, el Tribunal ha prestado especial atención a *la duración* de la medida en cuestión⁵⁶. Así, en los casos de quiebra e insolvencia personal, el Tribunal no ha cuestionado la limitación de la libertad de circulación que sufren los demandantes, pues se considera una medida adecuada para conseguir la protección de los derechos de los acreedores de la empresa. No obstante, se estima inadmisibles la excesiva duración del procedimiento, circunstancia ésta que *por sí sola* puede desembocar en la violación del art. 2 del Protocolo 4⁵⁷. Un procedimiento extraordinariamente largo (hasta 24

⁵⁵ Vid. Javier BARNÉS: «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 15-49.

⁵⁶ «As regards the proportionality of the interference, the Court has particular regard to the duration of the measure in question»: **Caso Nikiforenko contra Ucrania**, de 18 de febrero de 2010 (§ 56).

⁵⁷ 14 años y 8 meses en el **Caso Luordo**, 15 años y 1 mes en el **Caso Peroni**, 24 años y 5 meses en el **Caso Bassani**, 12 años y 6 meses en el **Caso Bottaro**, 13 años y 6 meses en el **Caso Goffi**, 15 años y 2 meses en el **Caso Forte**, 14 años y 5 meses en el **Caso Matteoni**, 19 años y 2 meses en el **Caso Gasser**, y 10 años y 4 meses en el **Caso Ivanov**, 10 años 9 meses y 19 días en el **Caso Nikiforenko contra Ucrania**.

Desde la adopción en Italia de la llamada «Ley Pinto», casos similares de adopción de medidas restrictivas de la libertad de circulación en el curso de un procedimiento judicial

años en algún caso) puede suponer, en palabras de la Corte, una: «(...) rupture de l'équilibre à ménager entre l'intérêt général au payement des créanciers de la faillite et l'intérêt individuel du requérant à circuler librement. L'ingérence dans la liberté du requérant se relève dès lors disproportionnée à l'objectif poursuivi»⁵⁸. Tradicionalmente, la Corte había considerado una duración excesiva aquella que se prolongaba más de diez años, sin embargo, en el **Caso Rosengren contra Rumanía**, el Tribunal considera «suficiente» el transcurso de 6 años y 3 meses para considerar la violación del art. 2 del Protocolo 4 (§ 38, 39). Por tanto, consideramos que toda medida limitativa de la libertad de circulación aplicada durante más de 6 años sería considerada, *por si sola*, no proporcional y, por tanto, contraria a Derecho, sin necesidad de mayor motivación. Del mismo modo, la aplicación de una medida restrictiva de derechos de escasa duración puede, también *por si sola*, resultar proporcional⁵⁹. No obstante, salvo que la medida se haya aplicado menos de un año, en el resto de supuestos, la Corte procede a realizar un análisis de las circunstancias del caso con objeto de valorar la proporcionalidad de la medida.

Efectivamente, para casos intermedios —de entre uno y seis años— existe una línea jurisprudencial consolidada (desde el **Caso Riener contra Bulgaria**) que evita reparar en el tiempo durante el que se ha aplicado la

por quiebra han sido inadmitidas por el Tribunal de Estrasburgo, por no agotar los recursos internos en los casos en los que no se ha interpuesto un recurso conforme a la citada ley o habiéndolo hecho, por no interponer a *posteriori* recurso de casación o, en su caso, por hallarse éste pendiente de resolución: véanse: **Caso Vitiello contra Italia**, de 3 de julio de 2006, **Caso Albanese contra Italia**, de 3 de julio de 2006, **Caso Collarile contra Italia**, de 8 de septiembre de 2006, **Caso Ziccardi contra Italia**, de 8 de septiembre de 2006, **Caso Campello contra Italia**, de 6 de octubre de 2006, **Caso Vincenzo contra Italia**, de 13 de octubre de 2006, **Caso Taiani contra Italia**, de 20 de octubre de 2006, **Caso Pantuso contra Italia**, de 11 de diciembre de 2006, **Caso Francesco Moretti contra Italia**, de 11 de diciembre de 2006, **Caso Chiumiento contra Italia**, de 11 de diciembre de 2006, **Caso La Frazia contra Italia**, de 11 de diciembre de 2006, **Caso Vertucci contra Italia**, de 11 de diciembre de 2006, **Caso Calicchio y Urriolabeitia contra Italia**, de 11 de diciembre de 2006, **Caso Ciaramella contra Italia**, de 11 de diciembre de 2006, **Caso Martellacci contra Italia**, de 26 de marzo de 2007.

⁵⁸ *Inter alia*, **Caso Luordo contra Italia**, (§ 96). **Caso Peroni contra Italia**, (§ 22); **Caso Bassari contra Italia**, (§ 24); **Caso Bottaro contra Italia**, (§ 54).

⁵⁹ «The Court observes that in the present case the second applicant was confined to the territory of San Marino from at least 22 February 2008 to 11 August 2008. Bearing in mind the short duration of the restriction, the Court considers that the measure at issue was proportionate to the aim pursued (...).» **Caso Diamante y Pelliccioni contra San Marino**, de 8 de marzo de 2012, § 214.

En el **Caso Campagnano contra Italia**, se llega a la misma conclusión, ésta es, considera la Corte que la injerencia aplicada a lo largo de 3 años y 8 meses resulta proporcional «por su escasa duración». Sin embargo, este supuesto es una excepción, pues en casos posteriores, en los que la injerencia se ha aplicado por igual o incluso menor tiempo, al Tribunal no le ha bastado el transcurso del tiempo sino que ha necesitado entrar a valorar otras circunstancias singulares, de cara a la considerar la proporcionalidad de la medida impuesta.

medida —la Corte considera que en estos casos no es el tema esencial—, para insistir en que lo realmente determinante es *que se haya revisado, periódicamente, la necesidad de seguir aplicando la injerencia, en atención a las circunstancias del caso*⁶⁰. Son muy numerosos los supuestos en los que el Tribunal no considera conforme a las obligaciones que se deducen del Convenio las prohibiciones de abandono del país (*travel bans*) aplicadas de forma automática, sin atender a las circunstancias personales del demandante. Así, en el **Caso Riener**, el Tribunal dispone que «(c)ontrary to the respondent Government’s assertion, the periodic “confirmations” of the travel ban were not based on analysis of the applicant’s attitude, on information about her resources or any concrete indication that the chances for recovery would be jeopardised if she were allowed to leave the country. The fact that the applicant had a family abroad was not taken into consideration. Neither the administrative decisions related to the travel ban, nor the courts’ judgments upholding them contained any proportionality analysis...» (§126). La ausencia de ese examen periódico de la proporcionalidad de la medida hace irrelevante que ésta haya tenido escasa duración. Así en **Stamose contra Bulgaria**, el Tribunal de Estrasburgo reconoce que la prohibición de salida aplicada al demandante no se prolongó demasiado tiempo (dos años), sin embargo, insiste en que ésa no debe ser la cuestión relevante sino el hecho de que una restricción de estas características, aplicada de forma indiscriminada, no resulta conforme con el principio de proporcionalidad. En **Bessenyei contra Hungría**, el Tribunal insiste en que este examen forma parte del deber de las autoridades, las cuales deben garantizar que cualquier interferencia en el disfrute de los derechos resulte justificada y sea proporcional, durante todo el tiempo que esté vigente, en atención a las circunstancias individuales del caso. A mayor abundamiento, este análisis, según **Nalbautski contra Bulgaria**, debería realizarse por las autoridades judiciales⁶¹.

⁶⁰ Así lo expresa el Tribunal: «In the Court’s view, the authorities’ are not entitled to maintain restrictions on an individual’s freedom of movement over a lengthy period without periodic reassessments of their justification». **Caso Riener contra Bulgaria** (§124); **Caso Földes, Földesnéhajlik contra Hungría**; **Caso Bartik contra Rusia**; **Caso Gochev contra Bulgaria**; **Caso Makedonski contra Bulgaria**; **Caso Nalbautski contra Bulgaria**. En los **Casos Fedorov y Fedorova contra Rusia** y **Antonenkov y Otros contra Ucrania**, es precisamente el hecho de que la injerencia no se hubiera aplicado *automáticamente* durante todo el tiempo de duración del procedimiento (atiende el disfrute de permisos por parte de los demandantes) lo que hace de la medida menos gravosa y, en consecuencia, no ha lugar a la violación del art. 2 del Protocolo 4.º.

⁶¹ **Caso Nalbautski contra Bulgaria**, de 10 de mayo de 2011: «The chief point in issue seems to be whether the ban was “necessary in a democratic society” in terms of achieving those aims. On that point, the Court observes that under Article 2 §§ 2 and 3 of Protocol No. 4 the authorities are under an obligation to ensure that a restriction of an individual’s right to leave his or her country is, from the outset and throughout its duration, justified and proportionate. That assessment should normally be subject to review by the courts, since they offer the best guarantees of independence, impartiality and law-

Pero no se trata solo de asegurar que la injerencia no se prolongue en exceso en el tiempo y que sea sometida a exámenes periódicos, sino que debe aplicarse en el curso de un procedimiento que goce de plenas *garantías jurídicas*. Así, en el **Caso Baumann contra Francia**, se procede a la incautación del pasaporte del demandante en el transcurso de la investigación de un delito de robo en el que el Sr. Baumann nunca fuera acusado, ni tan siquiera considerado testigo, motivos por los que no se justifica la privación de un documento estrictamente personal como el pasaporte. En el **Caso Napijalo**, las autoridades decomisan el pasaporte del demandante a modo de sanción por el impago de la multa correspondiente al traslado de cigarrillos y aceite para cocinar. Sin embargo, la medida se adopta sin que se hubiese iniciado ningún tipo de procedimiento contra el demandante por el impago de la multa; nunca fue acusado, ni se desarrolló un procedimiento administrativo concreto. Todo ello hace que tal injerencia en la libertad de circulación no fuera necesaria en una sociedad democrática.

A sensu contrario, en el **Caso Landvreugd contra Países Bajos**, es la absoluta diligencia estatal la que hace de la injerencia una medida necesaria en una sociedad democrática. El demandante ya había sido objeto de prohibiciones de acceso al centro de Ámsterdam por consumo de drogas duras en público que fueron totalmente desoídas; fue informado de las consecuencias de su comportamiento reiterativo; y las autoridades tomaron en consideración las circunstancias personales del individuo.

Efectivamente, es imprescindible tomar en consideración *las circunstancias personales del demandante*, pues el perfil de la persona afectada puede resultar determinante a la hora de valorar la proporcionalidad de la aplicación de una injerencia, en su libertad de circulación. Así, en el **Caso Labita contra Italia**, si bien el Tribunal reconoce la importancia de la vigilancia preventiva en los supuestos de pertenencia a organización de tipo mafioso, no considera proporcional el obligar a severas restricciones a un individuo que no tenía antecedentes penales ni mayor vinculación con la mafia que estar casado con la hermana de un jefe mafioso, fallecido durante el curso de la investigación⁶². El periodo de tres años al que fue sometido a tales injerencias carece de total proporcionalidad. Aún más contundente se manifiesta el Tribunal de Estrasburgo en el **Caso Miażdzyk contra Polonia**, de 24 de enero de 2012. En él, la Corte subraya que la retirada del pasaporte y la consiguiente prohibición de salida durante 5 años y dos meses

fulness of the procedures. The scope of their review should enable them to take account of all the factors involved (see *Gochev*, cited above, § 50, with further references)» (§64).

⁶² En particular, el demandante: no podía alejarse de su residencia sin dar conocimiento a las autoridades encargadas de la vigilancia; no podía frecuentar personas que hubieran sido objeto de condena o sometidas a medidas de prevención; ni volver a casa después de las ocho de la noche, ni salir antes de las seis de la mañana; no podía portar ningún tipo de arma; ni frecuentar cafés, ni participar en reuniones públicas; y debía presentarse ante la policía todos los domingos entre las nueve y las doce horas (§63).

resulta contraria a Derecho, en particular, porque se aplica a un extranjero con lazos familiares (tres hijos), seguro médico y medios de vida fuera de Polonia (concretamente, Francia). Es esta particularidad, la que hace a este caso diferente —en palabras de la Corte (§ 39)—, y la que convierte una medida que podía haber resultado proporcional aplicada a un nacional polaco, en innecesaria en una sociedad democrática para una persona extranjera.

Por último en el **Caso Bartik contra Rusia**, el Tribunal tiene la oportunidad de pronunciarse, por primera vez, sobre la prohibición de abandonar el país impuesta al demandante —un científico— por hallarse éste en posesión de «secretos de Estado». El carácter extraordinario de la sentencia no se cifra sólo en el tema objeto de debate, sino también en el criterio interpretativo utilizado en la argumentación. Se trata de la primera vez que el Tribunal utiliza el principio de proporcionalidad en sus tres vertientes y no sólo en su sentido estricto como en los casos analizados hasta la fecha. De este modo, alude al *principio de utilidad o idoneidad* de la medida cuando considera el hecho de que el demandante había devuelto todo el material clasificado a la terminación de su contrato; así mismo critica que las autoridades no hayan aplicado el *principio de necesidad de la intervención* y, en consecuencia, no hayan procedido a valorar si existían alternativas menos gravosas; y, por último, aplica el test de *proporcionalidad en sentido estricto* cuando considera que la prohibición de salida aplicada al demandante durante 24 años implicaba un sacrificio excesivo. Razones, todas ellas por las cuales, la injerencia no resulta necesaria en una sociedad democrática⁶³. A mayor abundamiento, el Tribunal no duda en recordar, tal y como ha subrayado la Asamblea Parlamentaria de forma reiterada, que la eliminación de estas medidas en Derecho resultaba *conditio sine qua non* para la adhesión de Rusia al Consejo de Europa, al igual que para otros Estados que sí han procedido a su derogación en el transcurso de su transición a la democracia (§ 50).

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. A la vista de las sentencias analizadas, es posible concluir, en primer lugar, que el contenido que el derecho a la libertad de circulación garantiza no ha presentado hasta el momento una particular complejidad. Esta-

⁶³ El Tribunal ha tenido oportunidad de confirmar su doctrina en el **Caso Soltysyak contra Rusia**, de 20 de junio de 2011, sin que quepa apreciar diferencias en el razonamiento por el hecho de que el demandante fuese, en este caso, un oficial del ejército ruso. Así, la Alta Instancia Judicial recuerda que aunque este tribunal ha aceptado que los derechos del personal militar, en ciertas circunstancias, pueden ser restringidos en mayor grado de lo que se permitiría al personal civil, tales injerencias deben cumplir, en todo caso, con el principio de proporcionalidad (§ 53).

mos, en efecto, ante un derecho de libertad y de defensa, cuyas facultades o contenidos no han suscitado especiales problemas en la jurisprudencia. No se trata, como puede deducirse del articulado y de la jurisprudencia, de un derecho de configuración legal, cuya articulación requiere por definición de una acción normativa de carácter positivo mucho más intensa, y de donde se infiere de ordinario el reconocimiento de un mayor margen de apreciación en beneficio de las autoridades nacionales. En este caso, por el contrario, parece haber un amplio consenso sobre las facultades que el derecho encierra y en este sentido cabe identificar la existencia de un «derecho común europeo» en la materia cuyos elementos característicos comprenden: una garantía deambulatoria *in extensis* (circulación, residencia y derecho a abandonar el país); la titularidad de un derecho que no es exclusivo de los nacionales; y la consideración excepcional de las injerencias públicas subordinadas a los intereses generales.

En ninguna de las sentencias analizadas se han discutido las facultades que pudiera comprender la libertad deambulatoria. La jurisprudencia, en cambio, se ha centrado en determinar la compatibilidad de las injerencias del poder público —la mayoría prohibiciones de salida del país o retirada del pasaporte o prohibición de su expedición— con el derecho reconocido. No obstante, es posible inferir de la jurisprudencia el marco jurídico en el que se encuadra este derecho y que condiciona su contenido. Desde el **Caso Bozano contra Italia** se sientan las bases del contenido de este derecho al determinar su sustrato en el respeto de la dignidad o libertad de la persona y, por consiguiente, en relación directa con el art. 5 CEDH que se estima, de esta forma, *lex specialis* respecto al art. 2 del Protocolo 4.º. Las facultades que comprende se enmarcan en las de mera proyección espacial en el interior del territorio de un Estado (ni siquiera, tal y como precisa la sentencia, atiende a los casos de expulsión). Se dejan al margen, por tanto, otras finalidades que pudieran otorgarle un contenido más ambicioso. Tal es el caso de la libertad de circulación en el marco de la Unión Europea, íntimamente relacionada con la movilidad de los factores de producción y, por tanto, con un contenido que encierra mayores facultades.

2. El art. 2.3 y 4 del Protocolo 4.º incorporan unas cláusulas, de carácter excepcional, que autorizan determinadas restricciones en el ejercicio del derecho a la libertad de circulación. Con objeto de comprobar si el derecho a la libertad de circulación ha sido violado, el Tribunal aplica la tradicional sistemática del juicio de proporcionalidad bajo el principio de interpretación y aplicación estrictas de las restricciones legítimas a la libertad de circulación. En virtud de las sentencias analizadas, parece que es el test de los medios (proporcionalidad) el que resulta más relevante y determinante. El principio y juicio de proporcionalidad se aplica en este derecho con un control intenso. El test de los fines no ha evidenciado ningún tipo de controversia y por lo que respecta al test de la base jurídica suficiente cabe señalar el **Caso Landvreugd contra Países Bajos y Sissanis contra**

Rumanía los únicos que dan lugar a una mayor motivación e incluso, en el último supuesto, a una opinión disidente. En suma, el derecho se ha considerado violado tan sólo por la desproporción de la medida adoptada, no por la inobservancia de los restantes criterios.

3. La sentencia del **Caso Landvreugd contra Países Bajos** confirma, en primer término, la interpretación material, no formal, y extensiva del término «ley», que viene a comprender, a estos efectos, el conjunto del Derecho en vigor, ya sea éste de origen legislativo, administrativo o jurisprudencial. Asimismo, la ineludible previsión normativa ha de observar determinadas cualidades: accesibilidad, precisión y previsibilidad, criterios correctivos que tienen por objeto comprobar que la norma ofrece y garantiza la base jurídica suficiente para ordenar el comportamiento espontáneo de los individuos.

La novedad estriba, en primer lugar, en considerar suficiente, en los casos de normas excesivamente vagas que pudieran dar lugar a una aplicación ciertamente discrecional de las limitaciones a la libertad de circulación, la publicación de la jurisprudencia relativa a la aplicación de la medida restrictiva. Si bien, como señalan los jueces en su opinión disidente, se trata de una posibilidad controvertida y sin precedentes en Estrasburgo, no es menos cierto que se halla en consonancia con una doctrina generalizada de flexibilidad y autocontención respecto al alcance de su jurisdicción mantenida por el TEDH respecto al test de la base jurídica. En segundo lugar, el Tribunal considera que los criterios correctivos (accesibilidad, precisión y previsibilidad) pueden compensarse entre sí, con objeto de que las carencias de unos pudieran suplirse con la diligencia de otros. Se trata, en definitiva, de demostrar que el sujeto, por unas vías o por otras, podía haber ordenado su comportamiento conforme a la ley. Así, las deficiencias de la redacción de la norma podrían superarse si ésta gozara de los suficientes precedentes (criterio de carácter objetivo); si el sujeto tuviera antecedentes al respecto (criterio subjetivo); y en atención a la necesaria diligencia gubernamental en informar convenientemente a los sujetos implicados de las consecuencias de sus actos. Esta posibilidad de compensar los criterios correctivos resulta tan sólo un botón de muestra de una línea jurisprudencial escasamente formalista que, a pesar de que no contó con el consenso del Tribunal, no es ajena al devenir de la Alta instancia judicial, al menos en lo que atañe a las sentencias relacionadas con la libertad de circulación.

No consideramos que la sentencia del **Caso Sissanis contra Rumanía** altere esta línea jurisprudencial en lo sustancial, si bien es preciso subrayar que el Tribunal, no obstante, estima componentes ineludibles de la norma con objeto de que ésta supere el test de la base jurídica: la definición de la finalidad de la injerencia y la previsión de las adecuadas garantías jurisdiccionales con objeto de luchar contra el abuso de poder.

4. En la mayoría de los casos, la lesión de la libertad de circulación se produce por tratarse de una medida innecesaria en una sociedad demo-

crática. Las cargas que ha debido sufrir el particular con relación al bien jurídico perseguido no son equilibradas y ello viene definido por la previa lesión de otros derechos fundamentales, especialmente los arts. 5 y 6 CEDH. Sólo en la medida en que se violan estos otros derechos, la situación en que se coloca al particular resulta excesivamente gravosa y, por tanto, desproporcionada. En tal caso, se viola la libertad de circulación. Se demuestra, pues, el carácter instrumental del derecho.

5. A la luz de las sentencias relativas a las restricciones a la libertad de circulación que ha tenido oportunidad de resolver el Tribunal, concluimos que se ha procedido a una utilización del principio de proporcionalidad en su sentido más estricto, como parámetro de control del necesario equilibrio que se ha de producir entre el beneficio obtenido y el sacrificio impuesto. El Tribunal ha de comprobar si existe adecuada compensación entre el interés del Estado en defender el orden público, la seguridad nacional o los derechos de terceros y la gravedad del atentado al derecho del demandante con respecto a su vida privada. Para ello, comprobamos que la Alta instancia judicial exige que la injerencia haya sido aplicada con la diligencia debida y las suficientes garantías jurídicas: que la duración de la medida no se prolongue excesivamente en el tiempo (más de seis años implicaría una violación automática del principio de proporcionalidad), que se proceda a un examen periódico de la necesidad de su aplicación —a ser posible por la autoridad judicial—, que se atienda a las circunstancias singulares del caso, y que todo ello se dilucide en el marco de un procedimiento que goce de plenas garantías, en cumplimiento de los principios esenciales de la justicia penal y se ofrezcan la adecuadas vías de recurso.

ANEXO: JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

- Caso Bozano contra Italia**, de 18 de diciembre de 1986.
- Caso Piermont contra Francia**, de 27 de abril de 1995.
- Caso Labita contra Italia**, de 6 de abril de 2000.
- Caso Baumann contra Francia**, de 22 de mayo de 2001.
- Caso Napijalo contra Croacia**, de 13 de febrero de 2003.
- Caso Goffi contra Italia**, de 6 de julio de 2005.
- Caso Fedorov y Fedorova contra Rusia**, de 13 de enero de 2006.
- Caso Forte contra Italia**, de 10 de febrero de 2006.
- Caso Antonenkov y Otros contra Ucrania**, de 22 de febrero de 2006.
- Caso Timishev contra Rusia**, de 13 de marzo de 2006.
- Caso Campagnano contra Italia**, de 23 de marzo de 2006.
- Caso Riener contra Bulgaria**, de 23 de mayo de 2006.
- Caso Mateonni contra Italia**, de 8 de septiembre de 2006.
- Caso Földes, Földesnéhajlik contra Hungría**, de 31 de octubre de 2006.
- Caso Bolat contra Rusia**, de 5 de enero de 2007.

- Caso Blasi contra Italia**, de 12 de febrero de 2007.
Caso Ivanov contra Ucrania, de 7 de marzo de 2007.
Caso Tatishvili contra Rusia, de 9 de septiembre de 2007.
Caso Rossengren contra Rumanía, de 24 de julio de 2007.
Caso Hajibeyli contra Azerbaiyán, de 10 de octubre de 2008.
Caso Bessenyei contra Hungría, de 21 de enero de 2009.
Caso A.E. contra Polonia, de 30 de septiembre de 2009.
Caso Ignatov contra Bulgaria, de 2 de octubre de 2009.
Caso Nikiforenko contra Ucrania, de 18 de febrero de 2010.
Caso Makedonski contra Bulgaria, de 20 de enero de 2011.
Caso Dzhaksybergenov contra Ucrania, de 20 de junio de 2011.
Caso Miażdzyk contra Polonia, de 24 de enero de 2012.
Caso Diamante y Pelliccioni contra San Marino, de 8 de marzo de 2012.
Caso Zarkizov y Otros contra Bulgaria, de 24 de septiembre de 2012.
Caso Stasmose contra Bulgaria, de 27 de febrero de 2013.