

STUDI IN ONORE  
DI  
CLAUDIO ZANGHÌ

Volume II

*Diritti umani*

a cura di

LINA  
PANELLA

ERSILIAGRAZIA  
SPATAFORA

**DIRITTI UMANI**

- AKER, Ahmet - AKER, Sule  
*Room at the Top for the Renminbi* p. 1
- AKILLOGLU, Tekin  
*Chypre du nord tel qu'il est vu par la Cour européenne des droits de l'homme* p. 31
- AMICARELLI, Alessandro  
*L'esposizione di simboli religiosi nei luoghi pubblici e la contrapposizione di interessi divergenti: il caso Lautsi c. Italia* p. 45
- ANDÒ, Salvo  
*I diritti umani nel bacino del mediterraneo* p. 63
- ANGRISANI, Maria Rosalba  
*Human Rights Protection and International Humanitarian Law: the impact of fundamental standards of humanity in the quest for a right to peace* p. 87
- ARENAS HIDALGO, Nuria  
*La definición jurisprudencial del derecho a la libertad de circulación consagrada en el artículo 2 del Protocolo 4º al Convenio de Roma* p. 97
- BARAKÉ, Bassam  
*Les droits linguistiques des minorités: nature, enjeux et protection* p. 115
- BATTAGLIA, Francesco  
*La libertà di religione alla luce della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Lautsi c. Italia* p. 123
- CANTONI, Silvia  
*Il divieto di schiavitù e di lavoro forzato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo* p. 139

- CASTELLANETA, Marina  
*Conflitti armati e protezione dei giornalisti* p. 159
- COLACINO, Nicola  
*La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo il Protocollo 14: c'è un nuovo Giudice a Strasburgo?* p. 183
- DE VARENNES, Fernand  
*The Continuing Evolution of Human Rights in International Law: What's in a Name?* p. 213
- DEL VECCHIO, Angela  
*La protezione dei diritti umani nelle diverse aree geografiche mondiali* p. 233
- DRAGHICI, Carmen  
*Adoption and the European Court of Human Rights: from Laissez-faire to Judicial Law-making* p. 255
- FERNANDEZ SANCHEZ, Pablo Antonio  
*La juridiction universelle du point de vue espagnol* p. 283
- FEROLA, Laura  
*Tratta di esseri umani e traffico di migranti: due fattispecie a confronto attraverso i principali strumenti giuridici di contrasto adottati a livello internazionale* p. 299
- GARCIA ROCA, Javier  
*El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralismo europeos* p. 317
- GILES CARNERO, Rosa  
*La contribución del Tribunal europeo de derechos humanos a la configuración de un derecho al medio ambiente* p. 341
- GORI, Umberto  
*I diritti umani nelle relazioni internazionali* p. 357

- GUELDICH, Hajer  
*Les dérives (ou les alibis) de l'aide humanitaire ayant pour but la protection des droits de l'homme* p. 369
- JEANGHEY, Christine  
*Il sistema della Kafala e la tutela dei lavoratori migranti nella penisola arabica* p. 397
- LEANZA, Umberto - CARACCILOLO, Ida  
*Un nuovo passo nella tutela dei diritti umani sotto il profilo penalistico: i risultati della Conferenza di Kampala sulla revisione dello Statuto della Corte penale internazionale* p. 413
- LEUPRECHT, Peter  
*L'islam – ennemi des droits de l'homme?* p. 435
- MAIURI, Domenico  
*Il Protocollo facoltativo al Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali* p. 443
- MARCUS HELMONS, Silvio  
*Les droits de l'homme confrontés au terrorisme* p. 459
- MAYOR, Federico  
*Protección internacional de derechos humanos: Derechos humanos y ciberespacio* p. 465
- MEKKI, Nidhal  
*Le droit international des droits de l'homme dans les ordres juridiques des Etats arabes* p. 481
- POCAR, Fausto  
*«Generazioni» di diritti fondamentali della persona?* p. 505
- SALADO OSUNA, Ana  
*El Protocolo de enmienda no. 14 al CEDH abre la puerta a la adhesión de la Unión europea* p. 511

- SALERNO, Francesco  
*Sul margine di apprezzamento statale a proposito dei simboli pubblici di origine religiosa* p. 529
- SANTIEMMA, Elena  
*The Right to Family and Unmarried Couples* p. 553
- SAPIENZA, Rosario  
*L'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo negli ordinamenti degli Stati membri. Spunti dalla giurisprudenza britannica* p. 581
- SAULLE, Maria Rita †  
*Verso la parità: le donne nelle carriere pubbliche: la sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 1960 e la conseguente legislazione* p. 591
- SCOVAZZI, Tullio  
*Il ruolo delle commissioni di verità e riconciliazione nella tutela dei diritti umani* p. 599
- SEATZU, Francesco  
*General Comment no. 14 on the Right to the Highest Attainable Standard of Health: a Critical Assessment* p. 609
- SURASKY, Javier  
*Los derechos del hombre como herramienta de cambio* p. 621
- TAVERNIER, Paul  
*Le fabuleux destin de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il menacé ?* p. 639
- VASAK, Karel  
*Les misterieux droits économiques de l'homme* p. 653
- VILLANI, Ugo  
*Sull'efficacia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano dopo il Trattato di Lisbona* p. 661

## ROOM AT THE TOP FOR THE RENMINBI

AHMET H. AKER\*, SULE L. AKER\*\*

CONTENTS: 1. Introduction. - 2. Requisites for an International Currency. - 3. The Power of the US and the Supremacy of the Dollar. - 4. Exchange Rates in the Dollar Era. - 5. The Sub Prime Mortgage Crises and US Recovery Policy. - 6. Sovereign Debt Crisis in Europe and the Euro. - 7. The Greek Malady. - 8. Reservations and Hesitation in Germany. - 9. Could the EU Bailout Greece Without the IMF?. - 10. Activation of the First EU-IMF Bailout Fund for Greece. - 11. The ECB Changes Policy to Accommodate Greece. - 12. Haircuts. - 13. A new EU-IMF Rescue Plan. - 14. The Euro Zone Becomes a Transfer Union While Gold Rises. - 15. China Meeting a Challenge. - 16. The Economic Power of China. - 17. The Military Power of China. - 18. Technology in China. - 19. International Political Standing of China. - 20. Conclusion.

## 1. Introduction

The United States dollar (USD) has now reigned as the supreme international currency for over sixty three years. It came to prominence after two catastrophic world events: the Great Depression of 1929-1932 and the Second World War of 1940-1945. Particularly the latter of these two had left many countries in ruins. The United States escaped this calamity and emerged as the international superpower by virtue of its geographic location and thanks to its use of the atomic bomb against Japan. The Bretton Woods Agreement of 1945 confirmed the US dollar as the international currency and two subsequently established world institutions, The World Bank and The International Monetary Fund (IMF), implemented the dollar's international reign. In the meantime, The Soviet Union rose as the second superpower of the world challenging the United States in the fields of technology, armaments, international politics and economics but not in international monetary matters. The Soviet economic system was too autarkic and the Ruble as a currency was never equipped with the wherewithal that would make it an international currency, nor did the Soviets ever aspire to this. As a matter of fact, The Soviet Union itself, as well as its ideological allies, used the US dollar for their international transactions and for keeping their international reserves. The international monetary system can certainly accommodate more than one reserve currency. Actually, an international monetary system with more than one reserve currency can be more. As a matter of fact, as remnants from the pre World War Two era there were other reserve currencies of much lesser significance. These were the British Pound Sterling, the French Franc, and the Deutschmark. But their use was

\* Cyprus International University, North Cyprus.

\*\* Eastern Mediterranean University, North Cyprus.

Conjectures and expectations about such an integration process were already included in the 1999 UN report, in which it was affirmed that:

«there is no reason why certain acts which may be unlawful in normal times and in situations of internal armed conflict should be lawful in situations of internal violence»<sup>38</sup>.

The significance of the concept of fundamental standards of humanity has its general purpose to make the interactions between international humanitarian law and international human rights law more clear and understandable. Therefore, this challenge reveals to be useful to provide proper explanations regarding the legal obligations addressed to all the subjects involved in the contexts described so far, thus to enhance the protection of individuals and potential victims.

## LA DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO 4º AL CONVENIO DE ROMA

NURIA ARENAS HIDALGO\*

SUMARIO: 1. La libertad de circulación en el territorio de los Estados como derecho fundamental. - 2. La definición del derecho a la libre circulación desde la jurisprudencia de Estrasburgo. - 3. Las restricciones a la libertad de circulación: el principio de proporcionalidad como criterio valedor de legitimidad. - 4. El test de legalidad: la "calidad de la ley" que dispone la restricción en la libertad de circulación. - 5. El test de finalidad: la licitud del fin público. - 6. El test de proporcionalidad: el concepto de "lo necesario en una sociedad democrática". - 7. Conclusiones.

### 1. *La libertad de circulación en el territorio de los Estados como derecho fundamental*

El derecho a circular libremente por el territorio de un Estado (derecho a la circulación interna) es considerado un derecho fundamental que no sólo implica la propia libertad deambulatoria sino también la libre elección de residencia en dicho Estado o los más genéricos derecho a salir del país o regresar al mismo; en ese sentido aparece recogido en el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva, resulta lógico considerar este derecho como una de las facetas más importantes de la libertad individual o, como ha expresado el Comité de Derechos Humanos, se trata de una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona<sup>2</sup>.

Si bien no se considera oportuna su inclusión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), su importancia y su cualidad de componente inherente a la libertad personal fueron razones suficientes para su tratamiento en el cuarto Protocolo Adicional al mismo (1963)<sup>3</sup>. Efectivamente, la protección de la libertad de circulación no se

\*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Huelva.

El presente trabajo forma parte de las líneas complementarias de investigación desarrolladas con la financiación del Proyecto de Investigación relativo a "Las obligaciones de los Estados en los Convenios Americano y Europeo de Derechos Humanos: sus diferencias y semejanzas (DER2008-06390-C04/04)", adjudicado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

<sup>1</sup> Art. 13 DUDH: "1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a 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".

<sup>2</sup> Comité de Derechos Humanos. Observación General nº 27, Art. 12 Libertad de Circulación, 67º período de sesiones, UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add. 9 (1999).

<sup>3</sup> Consejo de Europa: *Collected Editions of the 'Travaux Préparatoires' to the European Convention for the Protection of Human Rights and the Fundamental Freedoms*, vol. 1, The Hague, 1975. *Apud. C.*

<sup>38</sup> U.N. Doc. E/CN.4/1999/92, *cit.*, §25, italics added.

lleva a cabo en el marco del Convenio de Roma sino en el complementario de los Protocolos Adicionales. No obstante, las disposiciones del Protocolo 4º y, por tanto, el artículo 2 objeto de estudio, se consideran normas adicionales al Convenio – cualidad que puede predicarse, de igual forma, de aquellas contenidas en los Protocolos 1º, 6º, 7º, 12º y 13º– por cuanto amplían el catálogo de derechos protegidos. Esta característica no sólo supone, en términos procedimentales, la aplicación también respecto de este artículo de todas aquellas reglas contenidas en el tratado sino que, de una forma más abstracta, permite deducir la cualificada importancia de su contenido, como derecho de cuya ausencia adolecía este marco normativo y se pretende suplir.

El problema de su incorporación en el marco que disponen los Protocolos Adicionales es que los Estados tienen libertad para formar parte del mismo, creando en ese sentido una especie de “fragmentación espacial” en relación con las obligaciones que se derivan de este espacio normativo. Centrándonos en las obligaciones adquiridas con respecto al Protocolo 4º, Grecia y Suiza aún no lo han firmado y España, junto con Reino Unido y Turquía, se encuentra entre los Estados que lo han firmado pero no lo han ratificado<sup>4</sup>. En todo caso, a pesar de que no todos los Estados miembros del Consejo de Europa son parte del Protocolo Adicional 4º, cabe afirmar la existencia de un “Derecho común europeo” en la materia, pues tanto la definición jurisprudencial, como la delimitación constitucional del mismo en el orden interno se asienta sobre bases similares que vienen a resumirse en las siguientes cuatro características que no son más que la delimitación sustantiva del derecho a la libre circulación:

- Se dispone una garantía deambulatoria *in extensis* (no sólo se garantiza la circulación sino también la elección de residencia y el derecho a abandonar el país);
- La titularidad del derecho no es exclusiva para nacionales (los beneficiarios del derecho pueden ser nacionales del Estado o extranjeros siempre que se hallen en el territorio de forma regular);

BEYANI: *Human Rights Standards and the Free Movement of Peoples within States*, Oxford University Press, London, 2000, p. 14.

Artículo 2, Protocolo 4º CEDH: “Libertad de circulación. 1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia. 2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluso el suyo. 3. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas 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. 4. 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 precepto no difiere *grosso modo* de la que se incluye en el artículo 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) dado que comparten el mismo periodo histórico y, en consecuencia, concepción semejante de la libertad de circulación.

<sup>4</sup> En este sentido y de conformidad con lo dispuesto en 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.

- Consideración excepcional de las restricciones a la libertad de circulación (no se trata de un derecho absoluto sino que es objeto de restricciones, pero con carácter excepcional);
- y subordinación de éstas a los intereses generales.

Este trabajo intentará profundizar en cada una de estas características a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo<sup>5</sup>; análisis jurisprudencial que tan brillantemente ha sabido llevar a cabo el Profesor Zanghì a quien dedicamos estas páginas.

## 2. La definición del derecho a la libre circulación desde la jurisprudencia de Estrasburgo

La consagración de la libertad de circulación ampara la libre facultad para desplazarse por todo el ámbito del territorio nacional, en el tiempo y forma que cada ciudadano estime oportuno, así como el derecho a determinar libremente el lugar o lugares donde desea establecer su residencia, ya sea con carácter transitorio o permanente<sup>6</sup>. La definición jurisprudencial nos la aporta el *Caso Baumann contra Francia* en el cual el Tribunal reitera que: «(...) el derecho a la libertad de circulación garantizado en los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Protocolo nº 4 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<sup>7</sup>. El objeto de la norma resulta, pues, como diría Zanghì «l'individuo nella sua essenza dinámica»<sup>8</sup>.

En función de su concreto enunciado normativo, el derecho a la libertad de circulación se ha de reconocer en todo el territorio del Estado –espacio terrestre, aéreo y marítimo–, como determinado ámbito espacial de aplicación<sup>9</sup> y a favor de cualquier persona que se halle legalmente en el país, como singular ámbito de aplicación subjetivo.

<sup>5</sup> Este trabajo supone una actualización a enero de 2011 de anteriores estudios en la materia. *Vid. N. ARENAS HIDALGO. La libertad de circulación en el territorio de los Estados (la libertad deambulatoria definida en el art. 2 del Protocolo Adicional 4º al CEDH)*, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (García Roca y Santolaya coord), Segunda Edición actualizada, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 929-959.

<sup>6</sup> J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Comentario al artículo 19, Comentario a la Constitución*, (F. GARRIDO FALLA director), segunda edición, Cívitas, Madrid, 1985, p. 385.

<sup>7</sup> *Caso Baumann contra Francia*, de 22 de mayo de 2001, § 61 (la traducción es de la autora). También, *Caso Napijalo contra Croacia*, de 13 de febrero de 2003, § 68. Ver, *mutatis mutandis*, *Peltonen v. Finland*, Commission decision of 20 February 1995, Decisions and Reports (DR) 80-A, p. 43, nº 31).

<sup>8</sup> C. ZANGHÌ. *La protezione intrnazionale dei diritti dell'uomo*, G. Giappichelli editore, Torino, 2006 (segunda edición), p. 266.

<sup>9</sup> Por lo que respecta a los territorios de los que sea responsable el Estado signatario, resulta de aplicación el artículo 5 del Protocolo Adicional 4º.

De las sentencias analizadas, únicamente en el *Caso Piermot contra Francia*, de 27 de abril de 1995, (§ 44) cabe detenerse en esta particularidad, habida cuenta que los hechos se desarrollan en la Polinesia Francesa y Nueva Caledonia.

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 la aplicación del Protocolo 4º en los territorios ocupados por Armenia hasta que dichos territorios sean liberados de la ocupación.

Así, tanto los nacionales del Estado Parte en el Convenio de Roma, como los extranjeros que se hallen en el mismo pueden invocar este derecho, a expensas, en el caso de estos últimos, de hallarse legalmente 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 mismo Protocolo exige la admisión de los nacionales en su territorio y prohíbe tajantemente su expulsión (*vid.* art. 3, Protocolo 4º).

Por tanto, el exclusivo vínculo jurídico que ha de unir al extranjero con el 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 halle en su esfera de competencias. Muy al contrario, la determinación de los requisitos a través de los cuales una persona puede considerarse en condiciones de regularidad en un determinado territorio resulta un área de absoluta discrecionalidad estatal, como materia estrechamente unida a su concepción soberana<sup>10</sup>. Según la Memoria Explicativa aneja al Protocolo 4º, la sustitución final de la expresión *legally, légalement*, por *lawfully, régulièremment*, pretendía, precisamente, hacer esa potestad discrecional lo más amplia posible. En todo caso, tales requisitos de orden interno no podrían, *a priori*, resultar tan amplios que pudieran impedir o restringir, desproporcionadamente, el derecho protegido. Consideramos, pues, que no se puede tratar de una gracia estatal. Así, habría que entender incompatibles 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 circunscriba a supuestos de manifiesta irrazonabilidad.

En consonancia con el margen de apreciación que se le reconoce al Estado nacional, resulta lógico que el Tribunal se sienta especialmente vinculado por la intención estatal de admitir a un sujeto en condiciones de regularidad. De ahí el peso que adquiere, en consecuencia, las órdenes de expulsión o de prohibición de entrada al territorio, siempre que cuenten con la mínima cobertura normativa (conforme al principio de no dis-

<sup>10</sup> Cfr. P. VAN DIJK; G.J.H. VAN HOOF: *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, dada la dependencia ineludible entre el cumplimiento de tales condiciones y el disfrute del derecho en sí (JAQUES VELU; RUSEN ERGEC: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 1990, p. 318. También: P. VAN DIJK; G.J.H. VAN HOOF: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 668).

criminación y de interdicción de la arbitrariedad), pues equivalen a la no regularización de la estancia y, por tanto, a la ausencia de injerencia estatal en el derecho a la libre circulación<sup>11</sup>.

Tal y como demuestra el *Caso Piermont contra Francia*, y a falta de mayor precisión literal, no parece 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 aquellos que se encuentren de paso<sup>12</sup>.

En todo caso, el artículo 2.1 del Protocolo 4º tan sólo salvaguarda el derecho a circular libremente por el territorio del Estado una vez que los extranjeros se hallan dentro del país de forma regular, en consecuencia, de ninguna forma podría invocarse esta disposición con objeto de 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 Estado<sup>13</sup>.

En los supuestos de difícil determinación como los casos de los extranjeros que se encuentran a la espera de una decisión —ya sea por parte de las autoridades administrativas o judiciales—, sobre su entrada o residencia en el Estado considerado, 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 el *Caso Omwenyike contra Alemania*, la demanda en base al art. 2 del Protocolo 4 del solicitante de asilo de origen nigeriano es inadmitida como manifies-

<sup>11</sup> *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. 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).

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 interpellada 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).

<sup>12</sup> También: JAQUES VELU; RUSEN ERGEC: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 318.

<sup>13</sup> Así en el *Caso Demir contra Francia*, de 4 de julio de 2006, el Tribunal considera inadmisibile *ratione materiae* la invocación del art. 2 del Protocolo 4 respecto de la denegación de visado de entrada al Sr. Demir, individuo de origen turco que había vivido en Francia durante 7 años, tras los cuales y por problemas cardíacos había obtenido una pensión de invalidez y se hallaba viviendo en Turquía en el momento de autos. En concreto el Tribunal precisa: «La Cour constate que cet article (...) ne confère pas de droit pour les individus d'obtenir un visa permettant le séjour dans un État. Il ne saurait donc être reproché aucun manquement à une obligation issue de la Convention à l'État concerné. Il s'ensuit que cette partie du grief est incompatible *ratione materiae* avec les dispositions de la Convention et doit être rejetée en application de l'article 35§§3 et 4 de la Convention». *Caso Demir contra Francia*, de 4 de julio de 2006, §23.

tamente infundada debido al incumplimiento reiterado por parte del demandante de la condición de estancia y permanencia en la ciudad de Wolfsburg que su permiso de residencia temporal disponía. Por ello, el Tribunal subraya que: «Article 2 of Protocol N° 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 (...)»<sup>14</sup>.

Para finalizar y tal y como tuvo ocasión de señalar la Comisión en el *Caso Bozano contra Francia*, de los trabajos preparatorios del Convenio y del Protocolo se deduce que el art. 2 del Protocolo Adicional 4 no se refiere a la expulsión de un extranjero, –objeto de la disputa en el citado caso–, 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<sup>15</sup>.

Es preciso subrayar que a pesar de que la jurisprudencia se haya centrado de forma principal en la concepción básica de la libertad de circulación, esto es, como libertad deambulatoria, se trata de un derecho fundamental con un contenido más amplio. En ese sentido, el artículo 2.1 del Protocolo Adicional 4, en consonancia con la redacción habitual del resto de instrumentos jurídicos internacionales – así como los de origen interno– reconoce el derecho a la libertad de circulación unido al de libre elección de residencia<sup>16</sup>. Los casos que a este respecto ha tenido la oportunidad de examinar el Tribunal discuten la legitimidad de la obligación que algunos Estados imponen a sus ciudadanos 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<sup>17</sup>. En 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.)<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> *Caso Omwenyeye contra Alemania*, Application N° 44294/04.

<sup>15</sup> *Caso Bozano contra Francia*, de 18 de diciembre de 1986, § 84 y 85.

<sup>16</sup> Aunque parezca más razonable –en opinión de cierto sector doctrinal– ubicar este último en relación con la inviolabilidad del domicilio. *Vid. L. -E. PETTITI, E. DECAUX, P. -H. IMBERT: La Convention Européenne des Droits de l’Homme*, Commentaire article par article, Economica, Paris, 1995, p. 1044.

<sup>17</sup> *Caso Denizci y Otros contra Chipre*, de 23 de mayo de 2001.

<sup>18</sup> *Caso Bolat contra Rusia*, de 5 de enero de 2007, § 67; *Caso Tatishvili contra Rusia*, de 9 de septiembre de 2007, § 47.

Asimismo y como corolario del anterior, el párrafo segundo dispone que toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluso el suyo, por otro en el que pudiera ser admitido. Esta libertad no implica, evidentemente, un derecho automático a entrar en otro Estado, pero sí incluye la garantía de obtener los necesarios documentos de viaje,<sup>19</sup> y prohíbe cualquier ilegítima sanción, directa o indirecta –v.gr. restringiendo o eliminando prestaciones sociales, de alojamiento, empleo, o educación–, que pudiera afectar a aquellos que deseen desplazarse a otro país<sup>20</sup>. De las sentencias analizadas se desprende que la prohibición de abandonar el Estado –habitualmente ligada a la retirada del pasaporte–, objeto de consideración por el Tribunal, suelen estar relacionadas con las injerencias propias de hallarse el sujeto incurso en un procedimiento judicial<sup>21</sup>. Sólo en el *Caso Bartik contra Rusia*, de 21 de marzo de 2007, el 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”.

Como puede comprobarse, se trata de un derecho cuyo disfrute precede o resulta condición previa de otros derechos, por lo que las restricciones arbitrarias a la libertad de circulación suele implicar tan sólo la antesala de la violación de otras garantías. Así, de la jurisprudencia analizada, tan sólo en 5 casos, considera el Tribunal la violación, en exclusiva, de la libertad de circulación, mientras que en la mayoría su atentado requiere también el análisis de la violación de otros derechos<sup>22</sup>. *A sensu contrario*, este vínculo le sirve al Tribunal para no dejar impunes los ataques a dicha garantía cuando se trata de Estados que no han ratificado el Protocolo n° 4. Así en el caso *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, econó-

<sup>19</sup> *Caso Bartik contra Rusia*, de 21 de marzo de 2007. También *Caso Sissanis contra Rumania*, de 25 de abril de 2007, § 63.

<sup>20</sup> En este sentido, hubiera resultado de gran interés que el TEDH hubiera podido entrar en consideración en cuanto al fondo con relación a las demandas contra Rumania de los Casos Lidner y Hammermayer; Opreescu 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*. *Caso Lindner y Hammermayer contra Rumania*, de 3 de diciembre de 2002, § 25. *Caso Opreescu contra Rumania*, de 14 de enero de 2003, § 36. *Caso Todorescu contra Rumania*, de 30 de septiembre de 2003, n° 30.

<sup>21</sup> *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 Rumania*, de 24 de julio de 2007, *Caso Sissanis contra Rumania*, de 25 de abril de 2007, *Caso Gochev contra Bulgaria*, de 26 de noviembre de 2009 y *Caso Makedonski contra Bulgaria*, de 20 de enero de 2011.

<sup>22</sup> De la jurisprudencia analizada tan sólo en los casos *Raimondo contra Italia*, de 22 de febrero de 1994, *Gartukayev contra Rusia*, de 13 de diciembre de 2005, *Caso Riener contra Bulgaria*, de 23 de mayo de 2006, *Sissanis contra Rumania*, de 25 de abril de 2007 y *Bartik contra Rusia*, de 21 de marzo de 2007 constata el Tribunal la violación, en exclusiva, de la libertad de circulación.

micos 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 Turquía no hubiera ratificado el Protocolo Adicional 4º es, en palabras del Tribunal, «irrelevante» pues el mismo hecho implicaba la violación de otras normas del Convenio y sus Protocolos. La citada restricción a la libertad de circulación se considera, de hecho, una violación del art. 8 CEDH.

### 3. Las restricciones a la libertad de circulación: el principio de proporcionalidad como criterio valedor de legitimidad

La garantía normativa 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 los demás. Piénsese en la necesidad de limitar la libertad de circulación por razones de orden genérico derivadas de la propiedad privada, el cumplimiento de los deberes constitucionales (v.gr. servicio militar), en casos de detención gubernativa o 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)<sup>23</sup>. No se trata, por tanto, 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.

Así, 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. Efectivamente, 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” utilizados para la satisfacción de tales fines sean necesarios o proporcionados (principio de proporcionalidad de los medios).

El artículo 2 del Protocolo 4 en su párrafo tercero dispone:

«El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas 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:

<sup>23</sup> Vid. J. 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 nº 189, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 2001: www. diba. es.

«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».

En efecto, el TEDH ha reconocido tres criterios o tests esenciales con objeto de fiscalizar la legitimidad de la medida restrictiva de derechos que, por lo demás, coinciden fundamentalmente con los definidos en otros instrumentos jurídicos internacionales: en primer lugar, la imprescindible *previsión normativa*, pues cualquier injerencia pública sobre la libertad de circulación requiere en primer término evaluar si ésta constituye un supuesto de limitación o privación del derecho jurídicamente reconocido; en segundo lugar, el Tribunal procede a examinar los requisitos que la refrendan: la persecución de un *fin legítimo*; y, por último, su *necesidad en una sociedad democrática*. Se trata de la tradicional sistemática seguida por el TEDH con su ordenado enjuiciamiento escalonado con el que pretende dar respuesta a los siguientes interrogantes: si medida que supone una injerencia tiene base legal, si persigue un fin legítimo; y por último, si resulta proporcionada.

### 4. El test de legalidad: la “calidad de la ley” que dispone la restricción en la libertad de circulación

Una vez se ha declarado, por parte del Tribunal, la existencia de una injerencia en el derecho a la libertad de circulación, esta disposición nos indica el primer test que tal restricción ha de superar, esto es, la garantía de legalidad o de base jurídica suficiente. 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 gubernamentales. 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 comprende otro tipo de actos normativos que no han de presentar, necesariamente, la veste de ley formal o parlamentaria, en sentido estricto. De hecho, el Tribunal 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* —presupuesto idéntico del que resulta del derecho a la legalidad penal, art. 7 CEDH—. Se trata de una referencia al conjunto del Derecho en vigor, ya sea éste de origen legislativo, administrativo o jurisprudencial.

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<sup>24</sup>. Así, en el

<sup>24</sup> De los siete casos en los que el Tribunal resuelve la violación del art. 2 del Protocolo 4 como consecuencia de la falta de previsión normativa, en tres supuestos discute la «calidad» de la ley (*Landvreugd contra Países Bajos*, 4 de junio de 2002, *Caso Garutukayev contra Rusia*, de 13 de marzo de 2006 y *Sissani contra Rumanía*, de 25 de abril de 2007), mientras que en los cuatro restantes, la medida restrictiva de la libertad deambulatoria ni siquiera tiene base normativa: *Caso Denizci y Otros contra Chipre*; *Caso Timishev contra Rusia*; y en el *Caso Bolat contra Rusia*, de 5 de enero de 2007 o aún con base jurídica suficiente,

*Caso Landvreugd contra Países Bajos*, el Tribunal recuerda su propia jurisprudencia en la materia y afirma:

«(...) 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 (...)»<sup>25</sup>.

Efectivamente, la ineludible previsión normativa a la que alude el artículo 2.3 incide, de igual forma, en determinadas cualidades que han de observar las disposiciones aplicables al caso. Accesibilidad, precisión y previsibilidad en sus consecuencias se convierten, así, en criterios correctivos, en vara de medir 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 el ciudadano debe de disponer de las referencias suficientes acerca de las disposiciones 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 pública haya sido objeto de una publicación oficial<sup>26</sup>.

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 dadas las circunstancias del caso, las consecuencias que se puedan derivar de un acto determinado y, así, regular su conducta y beneficiarse de la protección adecuada contra la arbitrariedad<sup>27</sup>.

Por otro lado, no resulta baladí considerar que siempre que dicha restricción se encuentre contemplada en la ley, o en cualquier otra disposición normativa, es previsible que vaya acompañada de las necesarias garantías jurisdiccionales con objeto de que el ciudadano pueda defenderse de cualquier abuso de autoridad. 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»<sup>28</sup>.

Así, en aplicación de este principio, el Tribunal Europeo 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 de forma acorde con la ley: 1) 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), con especial atención a la interpretación que de ésta hace el Tribunal constitucional nacional; 2) el suficiente bagaje en la aplicación de la disposición; 3) los antecedentes del demandante; y 4) 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)<sup>29</sup>.

##### 5. *El test de finalidad: la licitud del fin público*

Tal y como puede predicarse del resto de provisiones convencionales, la injerencia ha de responder a un fin de interés general que tenga peso suficiente, pues no toda finalidad justifica una restricción de derechos y libertades. Se trata, pues, como sucede en las jurisdicciones de los derechos y libertades, de dos tests sucesivos: primero, se determina si el fin en sí mismo considerado permite restringir el derecho en cuestión; superado ese test, la finalidad nos dirá si el medio elegido es proporcionado o deviene, por el contrario, innecesario por excesivo (desproporcionado). Veámoslo más despacio por referencia al derecho objeto de estudio.

Las restricciones que pudieran ser impuestas a los derechos y libertades reconocidos 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. Caben, pues, limitaciones en el ejercicio de los derechos y libertades pero han de responder a una necesidad legítima de aquellas 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, mantenimiento 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 los demás en el seno de la sociedad, aunque todos pudieran encuadrarse en una noción amplia de ‘orden público’. Ciertamente, se trata de conceptos de contenido variable susceptibles de interpretaciones divergentes. No obstante,

<sup>28</sup> *Caso Landvreugd contra Países Bajos*, 4 de junio de 2002, § 59. También: *Caso Sissanis contra Rumanía*, 25 de abril de 2007, § 66. La traducción es de la autora.

<sup>29</sup> Véase el *Caso Landvreugd contra Países Bajos* y la opinión disidente de los jueces Jörundsson, Türmen y Maruste.

la actuación de la administración no se conforma a ella (en el *Caso Tatishvili contra Rusia*, de 9 de julio de 2007).

<sup>25</sup> *Caso Landvreugd contra Países Bajos*, 4 de junio de 2002, § 54.

<sup>26</sup> v.gr. *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 los casos contra Italia, la posibilidad de limitar la libertad de circulación y residencia en casos de quiebra estaba prevista por la ley (artículo 49 de la Ley sobre quiebra italiana). En el mismo sentido: *Caso Peroni contra Italia*, 6 de noviembre de 2003 (§ 94); *Caso Bassani contra Italia*, 11 de diciembre de 2003 y *Caso Bottaro contra Italia*, 17 de julio de 2003.

<sup>27</sup> En el *Caso Landvreugd contra Países Bajos*, de 4 de junio de 2002 se considera suficiente la publicación de la jurisprudencia sobre la medida restrictiva de derechos aunque con tres votos en contra que dieron lugar a la formulación de una opinión disidente al respecto de una posibilidad controvertida y sin precedentes en Estrasburgo. En el *Caso Gochev*, si bien se admite que el literal de la norma pudiera generar cierta incertidumbre, el Tribunal se apoya en la jurisprudencia constante para avalar la legalidad de la injerencia. *Caso Gochev contra Bulgaria*, de 26 de noviembre de 2009.

cuentan con un contenido autónomo en tanto que suponen restricciones a las libertades. 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 los otros<sup>30</sup>.

6. *El test de proporcionalidad: el concepto de “lo necesario en una sociedad democrática”*

No obstante, a menudo las injerencias pueden estar previstas en la ley, responder a necesidades legítimas y aún así, no resultar ‘necesarias en una sociedad democrática’, porque no dispongan un adecuado equilibrio entre el interés público y los derechos de los individuos. Es aquí donde entra en juego el principio de proporcionalidad como vara de medir la idea de justicia material, esta es, la proscripción de todo sacrificio de la libertad inútil, innecesario o desproporcionado. Las injerencias en el goce de un derecho han de ser proporcionadas, puesto que aun cuando respondan a necesidades legítimas (fin público lícito), sin embargo, se rompe el equilibrio cuando la persona afectada debe sufrir una carga especialmente exorbitante. 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).

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*: atendiendo a las circunstancias singulares del caso, aplicando una

<sup>30</sup> 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), también *Caso Landreuvgr contra Países Bajos* (§ 68). De igual forma, se consideran justificadas las medidas de prevención tales como el toque de queda entre las 20 y las 6 horas o la presentación semanal en comisaría aplicadas en caso relacionado con la pertenencia a organización mafiosa: *Caso Labita contra Italia* (§ 194). Finalidades distintas pueden observarse en los casos de quiebra de empresas e insolvencias personales. En estos casos, el objetivo de la imposición de determinadas limitaciones a la libertad de circulación viene motivado por la necesidad de “proteger los derechos de los demás”, a saber, los intereses de los acreedores de la empresa en quiebra. Véanse *inter alia*: *Caso Luordo contra Italia* (§ 94), *Caso Peroni contra Italia*, *Caso Bassani contra Italia*, *Caso Bottero contra Italia*.

buena administración, en cumplimiento de los principios esenciales de la justicia penal y ofreciendo la adecuadas vías de recurso<sup>31</sup>.

Así, la excesiva duración de un procedimiento judicial puede, por si sola, desembocar en la violación del art. 2 del Protocolo 4º. En los casos de quiebra e insolvencia personal –casos en su mayoría contra Italia<sup>32</sup>–, el Tribunal no ha cuestionado la limitación de la libertad de circulación, pues se considera medida adecuada para conseguir la protección de los derechos de los acreedores de la empresa, no obstante, estima inadmisibles la excesiva duración del procedimiento, a menudo superior a 10 años<sup>33</sup>. Sin embargo, cuando la duración del procedimiento se halla en un punto intermedio (más de 4 años), la Alta instancia judicial analiza las circunstancias del caso y ha considerado que siempre que se trate de una medida restrictiva de la libertad deambulatoria escasamente intrusiva tratándose de un procedimiento criminal y ésta no se hubiera aplicado automáticamente durante todo el tiempo de duración del procedimiento (atiende el disfrute de permisos por parte de los demandantes) la injerencia no resulta tan gravosa y, en consecuencia, no ha lugar a la violación del art. 2 del Protocolo 4<sup>34</sup>.

La injerencia manifiesta en la libertad de circulación que supone la incautación del pasaporte y la consiguiente prohibición de salida del territorio, pierde justificación cuan-

<sup>31</sup> En el *Caso Vito Sante Santoro*, el Tribunal condena a Italia por el retraso de un año y dos meses que se produce desde que se adopta la decisión de revocar la vigilancia especial a la que era sometido el individuo hasta que ésta fue cursada. *Caso Vito Sante Santoro contra Italia*, de 1 de julio de 2004. Parecidas circunstancias se dan en el *Caso Villa*, pues a pesar de que se había revocado la orden de libertad vigilada a un individuo con psicosis paranoide crónica, esta medida no se registra hasta cuatro meses más tarde que es cuando se comunica al demandante. *Caso Villa contra Italia*, de 20 de abril de 2010. También: *Caso Hajibeyli contra Azerbaiyán*, de 10 de octubre de 2008.

<sup>32</sup> 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 por quiebra han sido inadmitidas por el Tribunal de Estrasburgo, en relación a la alegada violación del artículo 2 del Protocolo 4 CEDH, 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.

<sup>33</sup> 19 años y 6 meses en el *Caso Neroni*, 16 años y 9 meses en el *Caso Vadala*, 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*. Cuando la medida se aplica durante menos de 4 años, no se considera un procedimiento excesivo y, ello por si solo, implica la no violación del artículo en cuestión: 3 años y 8 meses en el *Caso Campagnano contra Italia*, de 23 de marzo de 2006.

<sup>34</sup> 5 años y 10 meses en el caso de Fedorov y 4 años y 6 meses en el de Fedorova: *Caso Fedorov y Fedorova contra Rusia* o 5 años y 3 meses en el *Caso de Antonenkov y Otros contra Ucrania*.

do el Tribunal comprueba las anomalías e incongruencias observadas en el procedimiento. Así, en el *Caso Baumann contra Francia*, tras la incautación del pasaporte del demandante en el transcurso de la investigación de un delito de robo, las autoridades no atendieron a su demanda de devolución del mismo, a pesar de 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. Es más, el Tribunal considera igualmente relevante el hecho de que el mismo no apareciera en la lista de objetos incautados en el transcurso del procedimiento; tal falta de diligencia hace perder peso al argumento estatal en ese sentido. Por lo que se refiere al *Caso Napijalo*, la incautación del pasaporte aparece a modo de sanción de las autoridades de aduana por el impago de la multa correspondiente al traslado de cigarrillos y aceite para cocinar. Sin embargo, las autoridades no actuaron con la diligencia debida ni las garantías procedimentales adecuadas al caso: las autoridades no iniciaron ningún tipo de procedimiento contra el demandante por el impago de la multa; nunca fue acusado, no se produjo la correcta cooperación o coordinación entre las autoridades de policía y judiciales, 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.

Tampoco existió una ponderación entre los intereses de la comunidad y los individuales en el *Caso Labita*. Si bien el Tribunal ha reconocido la importancia de la vigilancia preventiva en los supuestos de pertenencia a organización de tipo mafioso, aun sin resolución judicial de condena, en el transcurso de la investigación, no resulta proporcional obligar a tales restricciones (piénsese que ni tan siquiera podía acudir a un café) a un individuo que no tiene antecedentes penales, respecto del cual no existieron elementos concretos de riesgo real de cometer algún tipo de infracción penal, ni mayor vinculación con la mafia que estar casado con la hermana de un jefe mafioso fallecido durante el curso de la investigación. El periodo de tiempo al que fue sometido a tales injerencias –tres años–, sin pruebas que justificaran la finalidad de la decisión estatal carece de total proporcionalidad y, por tanto, devienen innecesarias en una sociedad democrática.

En tres casos contra Bulgaria y uno contra Hungría, el Tribunal ha declarado la ausencia de proporcionalidad en prohibiciones de salida del territorio por delitos relacionados con la Hacienda Pública, cuando estas medidas eran renovadas de forma automática y por tiempo indefinido. Estas medidas restrictivas de derechos han de someterse a exámenes periódicos, en los que se analice si las circunstancias del caso han cambiado, esto es, si la medida sigue siendo proporcional. 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 (see Reiner)»<sup>35</sup>. En caso contrario, tales medidas son desproporcionadas en su duración y respecto a las circunstancias del caso.

A *sensu contrario*, en el *Caso Landvreugd*, es la absoluta diligencia estatal la que hace proporcional y, por tanto, necesaria en una sociedad democrática, la injerencia estatal en la libertad de circulación. En este caso, 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; las autoridades tomaron en consideración las circunstancias personales del individuo (vivienda y trabajo respecto de la zona objeto de restricción). 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, por el mero hecho de 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 principio de proporcionalidad en sus tres vertientes y no sólo en su sentido estricto como en el resto de 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 (§46-47); 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 la medida resultaba todavía susceptible de satisfacer el objeto perseguido o 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 (§51). Razones, todas ellas por las cuales, la injerencia no resulta necesaria en una sociedad democrática.

## 7. Conclusiones

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. Estamos, en efecto, ante un derecho de libertad y de defensa, cuyas facultades o contenidos no han suscitado especiales problemas en la jurisprudencia.

Así y a pesar de hallarnos en el marco de un Protocolo Adicional, cabe identificar la existencia de un “derecho común europeo” en la materia cuyos elementos característicos comprenden: una garantía deambulatoria *in extensis*; la titularidad de un derecho que no es no exclusivo de los nacionales; y la consideración excepcional de las injerencias públicas subordinadas a los intereses generales.

<sup>35</sup> *Caso Makedonski contra Bulgaria*, de 20 de enero de 2011; los otros casos son: *Caso Riener contra Bulgaria*, de 23 de mayo de 2006, *Caso Földes, Földesnéhajlik contra Hungría*, de 31 de octubre de 2006, y *Caso Gochev contra Bulgaria*, de 26 de noviembre de 2009.

En ninguna de las sentencias analizadas se han discutido las facultades que pudiera comprender la libertad deambulatoria. Los casos relacionados con la libertad de circulación se han centrado en determinar la compatibilidad con el tratado de las posibles injerencias del poder público en el derecho reconocido. 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 4º. 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), como fundamento y expresión de la libertad individual.

2. El art. 2.3 y 4 del Protocolo 4º incorporan unas 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). 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: en primer lugar, se ha de comprobar si la medida supone una injerencia, si está prevista en la ley (el test de la suficiencia de la base jurídica), si persigue un fin legítimo (test de los fines) y, por último, si es proporcionada la medida adoptada (test de los medios). Todo ello 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 cabe señalar el *Caso Landvreugd contra Países Bajos y Sissanis contra Rumania* 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 Estrasbur-

go, 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.

No consideramos que la sentencia del *Caso Sissanis contra Rumania* 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 si bien resulta de una injerencia estatal prevista en la ley y conforme a un fin legítimo, no resulta ajustada a Derecho por cuanto se trata de una medida innecesaria en una sociedad democrática. 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. En caso contrario, las concretas injerencias estatales serían conformes a Derecho.

5. De la triple prohibición escalonada que el TEDH ha podido deducir del principio de proporcionalidad (principio de utilidad o idoneidad; principio de necesidad de la intervención; principio de proporcionalidad en sentido estricto), tan sólo respecto a ésta última se ha utilizado en relación a los casos de afectación de la libertad de circulación. Así, el principio de proporcionalidad aparece como parámetro de control del necesario equilibrio o razonable relación que se ha de producir entre el beneficio y el sacrificio impuesto. El Tribunal ha de comprobar si existe adecuada compensación entre el interés del Estado en defender y proteger su seguridad nacional y la gravedad del atentado al derecho del demandante con respecto a su vida privada. Para ello, comprobamos que la Alta instancia judicial aprehende los siguientes parámetros: que la medida haya sido aplicada con la diligencia debida y las suficientes garantías jurídicas: atendiendo a las circunstancias singulares del caso, aplicando una buena administración, en cumplimiento de los principios esenciales de la justicia penal y ofreciendo la adecuadas vías de recurso.