

XXXII

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN EL TERRITORIO DE LOS ESTADOS

(La libertad deambulatoria definida en el art. 2 P4)

NURIA ARENAS HIDALGO

Profesora de Derecho Internacional Público
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 COMUNITARIO 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.—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 COMUNITARIO Y DERECHO INTERNO (ART. 19 CE)

Protocolo Adicional 4.º al CEDH:

«Artículo 2: *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».

El derecho a circular libremente —si bien no pertenece al núcleo duro de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana— 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 misma ¹. Su trascendencia, por tanto, no sólo se cifra en la propia sustantividad que lleva aparejada la proclamación de la libertad de circulación, sino también en la consideración de su disfrute a modo de presupuesto o condición previa para el ejercicio de otros derechos humanos. De esta forma, las posibles restricciones arbitrarias a la libertad de ambulatoria pueden suponer la negación de otros derechos de carácter económico, social, cultural, civil o político. Resulta así en ocasiones, norma-puente cuya infracción supone tan sólo la antesala de la violación de otras garantías ².

Considerado derecho fundamental y, por tanto, consustancial a la persona (art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) ³ fue adquiriendo cada vez mayor consistencia, hecho éste que refleja tanto la redacción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) como, *a posteriori*, en el sistema de protección europeo, en cuyo ámbito ha sido objeto de la atención particularizada de su cuarto Protocolo Adicional ⁴.

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

² De la jurisprudencia analizada tan sólo en el **Caso Raimondo contra Italia**, de 22 de febrero de 1994, constata el Tribunal la violación, en exclusiva, de la libertad de circulación.

³ G. S. GOODWIN-GILL: *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford University Press, 1978, p. 20.

El art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos 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».

⁴ Artículo 12.1 y 2 PIDCP: «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».

En los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos la inclusión del art. 12 no fue objeto de mayores debates habida cuenta de que la libertad de circulación «constituted an important human right and one which was essential part of the right to personal liberty». Marc BOSSUYT: *Guide to the Travaux Préparatoires to the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, Dordrecht, 1987, p. 253. *Apud*, Chaloka BEYANI: *Human Rights Standards and the Free Movement of Peoples within States*, Oxford University Press, London, 2000, p. 8. Del mismo modo, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, su importancia y su cualidad de componente inherente a la libertad personal se consideraron razones suficientes para su tratamiento específico en un Protocolo Adicional.

Efectivamente, 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, las disposiciones del **Protocolo 4.º** 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 1.º, 6.º, 7.º, 12.º y 13.º**—, 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 contenido de estos Protocolos completa y consagra el orden público europeo de derechos humanos que representa el CEDH⁵, no obstante la fragmentación espacial que ello apareja. Efectivamente, a pesar de que no todos los Estados miembros del Consejo de Europa son parte del Protocolo Adicional 4.º —ni siquiera todos aquellos pertenecientes a la esfera más reducida y homogénea que conforma la Unión Europea⁶—, cabe afirmar la existencia de un «Derecho común europeo» en la materia, pues la delimitación constitucional del mismo en el orden interno se asienta sobre bases similares que no vienen más que a confirmarlo⁷: garantía deambulatoria *in ex-*

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

Como puede comprobarse, los primeros párrafos del artículo 12 del Pacto no difieren, *grosso modo*, de los correspondientes al artículo 2 del Protocolo 4.º Dado que comparten el mismo período histórico no es casualidad que conserven una semejante concepción de la libertad de circulación.

⁵ Sobre este particular, véase: Pablo A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ: *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 44.

⁶ 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. Andorra, Grecia, Liechtenstein y Suiza aún no lo han firmado. España, junto con Mónaco, Reino Unido y Turquía se encuentra entre los Estados que lo han firmado pero no lo han ratificado. 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 es 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.

Entre las recientes inadmisiones *ratione persona* cabe mencionar el **Caso Eugenia Michaelidou Developments Ltd y Michael Tymvios contra Turquía**, de 31 de julio de 2003, en el que la Corte pudo constatar una violación del art. 1 del Protocolo Adicional 1.º, pero no entró a valorar la demanda en relación con el Protocolo Adicional 2.º del que no es parte el Estado demandado.

⁷ La Constitución española dedica a este menester el art. 19:

«Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

tensis (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.

No se hallan, por tanto, las reticencias estatales a la ratificación del **Protocolo 4.º** en la esfera de actuación de la libertad de circulación⁸, a modo de rechazo o negativa a la ampliación vía convencional de las obligaciones jurídicas al respecto. Antes al contrario y en atención a la evolución jurídica producida, en especial, en el marco de la Unión Europea, se ha podido comprobar que los Estados han decidido vincularse a través de obligaciones positivas a una concepción ampliada de la libertad de circulación. 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 comunitario obtiene una configuración específica que la aleja de posibles solapamientos en la cuádruple concurrencia de jurisdicciones (estatal, comunitaria, convencional e internacional). El contenido de la libertad de circulación, 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 comunitaria —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 por la reciente adopción de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 45)⁹.

Asimismo, tiene 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».

⁸ Aunque pudiera parecer que los Estados encuentran más dificultades en la ratificación del Protocolo 4.º respecto al artículo 4 del mismo: «prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros», dicha afirmación ha dejado de tener sentido en relación con España y Reino Unido. Como Estados miembros de la Unión Europea se hayan vinculados por la Carta de Derechos Fundamentales que proscribire tales expulsiones en su artículo 19.1.

⁹ La Carta de Derechos Fundamentales proclamada en Niza confirma tal orientación en su art. 45:

«1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

2. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro».

Se trata de derechos nacidos del proceso de integración y, en consecuencia, afectados por la construcción de un mercado único. El principio de libre circulación regulado en el art. 39 TCE no tiene como objetivo principal asegurar la libertad de circulación de los individuos en nombre del 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 ¹⁰.

No obstante, tal y como ha subrayado Pi Lloréns, no debe olvidarse que a partir de unas disposiciones cuyos objetivos son esencialmente económicos, y teniendo en cuenta todas las condiciones que rodean el ejercicio de las libertades económicas, el TJCE ha podido deducir, mediante una interpretación finalista y sobre la base del objetivo de la integración, una serie de derechos que, en ocasiones, van más allá del ejercicio de una actividad económica ¹¹. Por otro lado, la inclusión en el Tratado del estatuto de ciudadanía apunta hacia una visión cada vez más política del espacio comunitario que el Tratado de Ámsterdam ha reforzado expresamente. Bajo este punto de vista, pues, las medidas estatales que entren en el ámbito del Derecho comu-

Un texto que coincide con el art. II.105 del Proyecto de Tratado por el que se aprueba una Constitución para Europa.

El derecho garantizado en el primer apartado es el que garantiza el art. 18 del Tratado CE. De conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 52, se aplicará en las condiciones y dentro de los límites determinados por el Tratado.

El segundo apartado recuerda la competencia otorgada a la Comunidad por los apartados 1 y 2 del art. 62 y el apartado 4 del art. 63 del Tratado CE: Por consiguiente, la concesión de este derecho depende del ejercicio de esta competencia por las instituciones.

Vid. Nota del Praesidium. Texto de las explicaciones relativas al texto completo de la Carta. Doc. Charte 4487/00 Convent 50.

¹⁰ Artículo 39 TCE:

«1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. 2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo. 3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho: a) De responder a ofertas efectivas de trabajo; b) De desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; c) De residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales; d) De permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión. 4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública».

¹¹ La Profesora Pi Lloréns así lo ha subrayado en atención a las sentencias *Mutsch* (de 11 de julio de 1985, as. 137/84, Rec. 1985, pp. 2681 y ss.), *Reed* (de 17 de abril de 1986, as. 59/85, Rec. 1986, pp. 1283 y ss.) y *Cowan* (de 2 de febrero de 1989, as. 186/87, Rec. 1989, pp. 195 y ss.). 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.

nitario deberán respetar las garantías de los derechos fundamentales declarados por el TJCE y, en ese caso, no se puede olvidar que éste los declara a partir de las tradiciones constitucionales comunes y los instrumentos internacionales, especialmente el CEDH.

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

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 omnicompreensivo. 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 residencia¹². Asimismo y como corolario del anterior, el párrafo segundo dispone que toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluso el suyo, lo que permite deducir que queda prohibida cualquier ilegítima sanción, directa o indirecta —*v.gr.* restringiendo o eliminando prestaciones sociales, de alojamiento, empleo, o educación—, que pueda afectar a aquellos que deseen desplazarse a otro país¹³.

¹² Aunque parezca más razonable —en opinión de cierto sector doctrinal— ubicar este último en relación con la inviolabilidad del domicilio. *Vid.* Louis-Edmond PETIT, Emmanuel DECAUX, Pierre-Henri IMBERT: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Commentaire article par article, Economica, Paris, 1995, p. 1044.

El art. 2.1 del Protocolo Adicional 4, estipula: «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».

Utilizando *mutatis mutandis* 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, FJ 2), que el art. 19 proclama, implica el 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.

¹³ 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 Rumanía 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 Rumanía acepta la jurisdicción del Tribunal, por lo que era aplicable la excepción de incompatibilidad *ratione temporis*. **Caso Lindner y Hammermayer contra Rumanía**, de 3 de diciembre de

En palabras de Santamaría Pastor, la libertad de residencia y 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 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 ¹⁴.

La definición jurisprudencial nos la aporta el **Caso Baumann contra Francia** ¹⁵ 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 n.º 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» ¹⁶.

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 ¹⁷ y a favor de cualquier persona que se halle legalmente en el país, como singular ámbito de aplicación subjetivo.

2002, § 25. **Caso Oprescu contra Rumanía**, de 14 de enero de 2003, § 36. **Caso Todorescu contra Rumanía**, de 30 de septiembre de 2003, n.º 30.

¹⁴ Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR: «Comentario al artículo 19», *Comentario a la Constitución* (F. GARRIDO FALLA, director), 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, p. 385.

¹⁵ **Caso Baumann contra Francia**, de 22 de mayo de 2001, § 61. También, **Caso Napijalo contra Croacia**, de 13 de febrero de 2003, § 68.

¹⁶ **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, n.º 31].

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 diputa 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.º **Caso Bozano contra Francia**, de 18 de diciembre de 1986, §§ 84 y 85.

¹⁷ 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, en virtud del cual:

«1. Cualquier Alta Parte Contratante, en el momento de la firma o la ratificación del presente Protocolo o en cualquier otro momento posterior, podrá comunicar al Secretario General del Consejo de Europa una declaración indicando la medida en que se compromete a aplicar las disposiciones del presente Protocolo a los territorios que se designen en dicha declaración y de cuyas relaciones internacionales sea responsable.

2. Cualquier Alta Parte Contratante que haya comunicado una declaración en virtud del párrafo anterior podrá, periódicamente, comunicar una nueva declaración que modifique los términos de cualquier declaración anterior o que ponga fin a la aplicación de las disposiciones al presente Protocolo en un territorio cualquiera.

3. Una declaración formulada conforme al presente artículo será considerada como si hubiera sido hecha conforme al párrafo 1 del artículo 56 del Convenio.

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 movimiento. 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, o de la nacionalidad que ostente. Por ende, tanto los nacionales europeos como los nacionales de terceros Estados pueden invocar este derecho, a expensas, en el caso de los extranjeros, 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 4.^o). Esta consideración de no exclusividad del nacional puede, asimismo, contemplarse en el resto de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a la materia.

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

4. El territorio de todo Estado al cual el presente Protocolo se aplique en virtud de su ratificación o de su aceptación por dicho Estado, y cada uno de los territorios a los cuales el Protocolo se aplique en virtud de una declaración suscrita por dicho Estado en conformidad con el presente artículo, se considerarán como territorios distintos a los efectos de las referencias al territorio de un Estado contenida en los artículos 2 y 3.

5. Todo Estado que haya hecho una declaración de conformidad con los párrafos 1 ó 2 del presente artículo, podrá, en cualquier momento posterior, declarar que acepta, con respecto a uno o varios de los territorios contemplados en dicha declaración, la competencia del Tribunal para conocer de las demandas de personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares conforme al artículo 34 del Convenio, respecto a los artículos 1 a 4 del presente Protocolo o de alguno de ellos».

De las sentencias analizadas, únicamente en el **Caso Piermont contra Francia** cabe detenerse en esta particularidad, habida cuenta que los hechos se desarrollan en la Polinesia Francesa y Nueva Caledonia. De esta forma, el Tribunal examina el instrumento de ratificación francés, en virtud del cual, éste declaró que el Protocolo número 4 se aplicaría «al conjunto del territorio de la República teniendo en cuenta, en lo que se refiere a los territorios de ultramar, las necesidades locales a que hace referencia el artículo 56 del Convenio». Asimismo, toma en consideración el artículo 5.4 del Protocolo 4 según el cual se exige considerar la Polinesia como territorio diferenciado a los efectos de las referencias al territorio de un Estado que hace el artículo 2. Todo ello con objeto de demostrar que la Sra. Piermont, a la cual se había notificado orden de expulsión de Polinesia, no se hallaba regularmente en el territorio y, por tanto, no se trataba de una injerencia del poder público en el derecho a la libre circulación. **Caso Piermot contra Francia**, de 27 de abril de 1995, § 44.

Para finalizar mencionar 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 cuarto en los territorios ocupados por Armenia hasta que dichos territorios sean liberados de la ocupación.

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**, FJ 2)¹⁸. 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, ciudadanos europeos y nacionales de terceros Estados no miembros de la Unión¹⁹. Tal y como precisa Borrajo Iniesta no se trata de unos derechos

¹⁸ La titularidad del derecho a la libertad de circulación resultó un tema de una enorme dificultad durante y tras la adopción de la Constitución 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, FJ 2; **86/1996**, de 21 de marzo, FJ 2; **24/2000**, de 31 de enero, FJ 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, Civitas, 1991, pp. 67-69.

¹⁹ 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**, FJ 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 extranje-

imprescindibles para la garantía de la «dignidad humana», por tanto, es comprensible la introducción de un tratamiento desigual²⁰.

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 precisar 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 soberana²¹. No obstante, 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 nacional²², resulta lógico que el Tribunal se sienta especialmente vincula-

ros 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», FJ 3.º

²⁰ 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.), McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 59-61.

²¹ 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, dada la dependencia ineludible entre el cumplimiento de tales condiciones y el disfrute del derecho en sí: JACQUES VELU, RUSSEN ERGEC: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruselas, 1990, p. 318. También: 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, 1998, p. 668. 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 trata de una gracia estatal.

²² *Vid.* el trabajo de Bardo FASSBENDER: «El principio de Proporcionalidad en la juris-

do 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 discriminación 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 ²³.

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 o el de los indocumentados, no han sido objeto de la atención del Tribunal europeo.

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 ²⁴.

En todo caso, el artículo 2.1 del Protocolo 4.º tan sólo salvaguarda el derecho a circular libremente por el territorio del Estado una vez que se hallan dentro del país de forma regular, en consecuencia, de ninguna forma podría

prudencia 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 estuvo en ningún momento regularmente 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.

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.

III. RESTRICCIONES LEGÍTIMAS 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 los demás²⁵. 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.

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), siem-

²⁵ 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 mutandis* 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"».

pre que, primero, responden 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). 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.

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»²⁶.

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»²⁷.

Ambas disposiciones reflejan la preocupación por conseguir el justo equilibrio o la razonable relación de proporcionalidad que ha de existir entre las exigencias del interés general de la sociedad y los imperativos de los derechos fundamentales de la persona. En este sentido, no se admiten las injerencias públicas arbitrarias; la admisibilidad de tales restricciones, en derechos reconocidos, está subordinada a una triple condición. En efecto, el TEDH ha reconocido tres criterios o tests esenciales que, por lo demás, coinciden fundamentalmente con los definidas en otros instrumentos jurídicos internacionales y que son, de igual manera, los que protagonizan el de-

²⁶ La Carta de Derechos Fundamentales, en consonancia con algunas de la Constituciones de nuestro entorno, concentra, en un artículo separado, las posibilidades de limitación de los derechos reconocidos. Siguiendo la interpretación del TJCE, el art. 52.1 de la Carta versa: «Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás».

²⁷ Este apartado del artículo 2 fue el que dio pie a las mayores discusiones por parte del Comité de Expertos encargado de su redacción. La polémica se centro en la inclusión del «bienestar económico» como motivo de legalización de restricciones a la libertad de circulación. El motivo fue rechazado expresamente, no obstante, la fórmula del «interés público», no excluye esta posibilidad. Ahora bien, tan sólo se aplican al párrafo 1.º del art. 2, esto es, las posibles limitaciones en ciertas zonas determinadas no se aplican al artículo 2.2, en el sentido de que, una Parte Contratante no podría 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 Hooft: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, *op. cit.*, p. 670.

bate de la dogmática contemporánea: en primer lugar, la imprescindible previsión normativa, pues cualquier injerencia pública sobre la libertad de circulación requiere en primer término determinar si 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 democrática²⁸.

La doctrina del margen de apreciación encuentra su mayor terreno abonado en el campo de las limitaciones a los derechos que consagra el Convenio —y, en este caso, también el Protocolo Adicional—. 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 de salvaguardia. La aceptación del margen de apreciación nacional consiste en una especie de autolimitación judicial por parte del Tribunal derivada de la conciencia que éste tiene del mejor conocimiento de la vida interna, social o jurídica por el Estado demandado²⁹. 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 apli-

²⁸ 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 la medida supone una injerencia; si tiene base legal, si persigue un fin legítimo; y por último, si resulta proporcionada.

Cabe señalar que no se trata de requisitos independientes sino que se hallan ineludiblemente 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 Denzici 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). En el citado caso existía tal desacuerdo entre las partes en cuanto a las circunstancias del caso y naturaleza de los derechos inculcados, que la Comisión ha de enviar una delegación con objeto de dar audiencia a testigos que pudieran esclarecer los hechos. En consecuencia, cobra mayor importancia dilucidar si efectivamente, se habían producido los malos tratos, la expulsión o las limitaciones a la libertad de circulación de la que se quejaban los demandantes. Una vez constatada la incapacidad estatal para justificar la base legal y la finalidad de tal injerencia, tal arbitrariedad en el comportamiento deja sin sentido constatar la necesidad de la medida en una sociedad democrática. 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 Denzici y otros contra Chipre**, de 23 de mayo de 2001.

²⁹ Este dato no hace más que reconocer la naturaleza subsidiaria del sistema de control instaurado por 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. Marc-André EISEN: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (traducción de Javier García de Enterría)*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 82.

cación estrictas³⁰. 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 PREVISIÓN NORMATIVA

En función del inciso primero del artículo 2.3 «el ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas (...) previstas por la ley...».

Una vez se ha declarado, por parte del Tribunal, la existencia de una injerencia en el derecho a la libertad de circulación³¹, esta disposición nos indica

³⁰ *V.g.* no cabe alegar que la restricción al derecho a la libertad de circulación se realizó por un breve período de tiempo, la normativa no admite injerencias prohibidas ya fueran éstas de carácter temporal; véase **Caso Baumann contra Francia**, de 22 de mayo de 2001.

En este caso el Gobierno francés alegaba que la incautación y subsiguiente confiscación del pasaporte del Sr. Baumann no podía considerarse una restricción a su libertad de circulación por cuanto la solicitud de devolución —formulada por su abogado— se había producido el 8 de diciembre de 1993 y el demandante fue arrestado por la policía alemana el 4 de enero de 1994. El TEDH muestra su desacuerdo con esta interpretación y señala: «It stresses that Article 2 of Protocol N.º 4 does not provide for any restriction on freedom of movement based on the length of deprivation of that right. For the purposes of that Article, only reasons relating to the aims referred to in the third paragraph constitute, where applicable, lawful grounds for the adoption by the relevant authorities on the territory concerned of measures restricting freedom of movement, albeit temporarily». **Caso Baumann contra Francia**, de 22 de mayo de 2001, § 60.

A pesar de la consagración jurisprudencial del principio de interpretación restrictiva de las limitaciones que establece el Convenio —y, en este caso, el Protocolo— en palabras de Marc-André Eissen, 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: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (traducción de Javier García de Enterría)*, *op. cit.*, p. 90.

³¹ Así, en toda las sentencias analizadas, el Tribunal dedica un primer inciso a declarar que la medida objeto de enjuiciamiento constituye una injerencia en la libertad de circulación del demandante. Quiere decirse con ello que la intervención de que se trate afecta al contenido garantizado por el derecho.

— Restricciones a la libertad deambulatoria como consecuencia de una vigilancia especial: **Denizci y otros contra Chipre**, de 23 de mayo de 2001, § 404, también cita: **Raimondo contra Italia**, de 22 de febrero de 1994 y **Labita contra Italia**, de 6 de abril de 2000.

— Prohibición de acceder al centro de Amsterdam por catorce días: **Landvreugd contra Países Bajos**, de 4 de junio de 2002, § 46.

— Prohibición de abandonar el lugar de residencia sin autorización del juez en caso de quiebra de empresa o insolvencia personal: **Caso Luordo contra Italia**, de 17 de julio de 2003, § 92.

— Confiscación del pasaporte: **Caso Napijalo contra Croacia**, de 13 de febrero de 2003, § 69; También se considera una injerencia en el **Caso Baumann contra Francia**, de 22 de mayo de 2001 (§§ 61 a 63) aunque dio lugar a opinión parcialmente disidente formulada por los jueces Costa, Bratza y Greve, los cuales no consideran que la medida pudiera considerarse una restricción a la libertad deambulatoria desde el momento que no impidió que el demandante se desplazase a Alemania donde fue detenido.

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 jurisprudencial³².

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. Así, en el **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 (...)»³³.

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 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 pública haya sido objeto de una publicación oficial

³² 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.* Frédéric SUDRIE: *Droit International et européen des droits de l'homme*, 5.^a édition, Presses Universitaires de France, Francia, 1989, p. 155.

³³ **Caso Landvreugd contra Países Bajos**, 4 de junio de 2002, § 54.

(*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 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)³⁴.

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.

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.

No obstante, como afirma Sudre, la exigencia de precisión y previsibilidad de la norma jurídica que viene a salvaguardar el principio general de seguridad jurídica es relativa. El nivel de precisión requerido puede variar en función del área objeto de regulación, así como del número y calidad de los destinatarios³⁵. En los casos abordados por el Tribunal relativos a la libertad de circulación se ha considerado que la normativa aplicable era previsible si ésta:

³⁴ En el **Caso Baumann contra Francia**, la confiscación del pasaporte del Sr. Baumann entraba dentro de las prerrogativas previstas en el artículo 56 del *Code of Criminal Procedure* francés. **Caso Baumann contra Francia**, 22 de mayo de 2001 (§ 64). De igual forma la incautación de pasaporte por parte de las autoridades de aduana, en los artículos 34 y 35 del *Act on Travel Documents* de Croacia. **Caso Napijalo contra Croacia**, de 13 de febrero de 2004 (§ 75).

En los casos contra Italia, el Tribunal consideró suficiente para confirmar la legalidad de la injerencia el que la posibilidad de limitar la libertad de circulación y residencia en casos de quiebra estuviera 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.

En el **Caso Landvreugd contra Países Bajos**, el Tribunal estimó conformé a la ley 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**, 4 de junio de 2002 (§ 58). En opinión de los jueces Jörundsson, Türmen y Maruste dicha publicación no puede sustituir la preceptiva del texto legal en que ha de hallar su base.

³⁵ Frédéric SUDRE: *Droit International et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 156.

«(...) se ha formulado con la precisión suficiente a fin de permitir que todo individuo determine su conducta, si necesita el consejo adecuado»³⁶.

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: la redacción de la norma; 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)³⁷.

³⁶ **Caso Landvreugd contra Países Bajos**, 4 de junio de 2002, § 59. La traducción es de la autora.

³⁷ 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 las 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 una *emergency situation*, de conformidad 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, esto es, 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 Ámsterdam, 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 Jörundsson, Türmen y Maruste la información de la que pudiera disponer el demandante, bien por su propia experiencia personal o a través de aquella proporcionada por las autoridades no puede salvar la ausencia de accesibilidad de la norma de base.

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

Tal y como puede predicarse del resto de previsiones 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. Si ésta resulta legítima a los ojos del Convenio y supera, en consecuencia, el primer examen o control, habrá que fiscalizar seguidamente si el medio elegido para la consecución de ese concreto objetivo o fin resulta necesario, es decir, proporcionado, puesto que el fin, por loable y legítimo que sea, no justifica cualquier medio. 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). La finalidad es la que determina, *en cada caso*, el peso y la medida *máxima* que se le puede consentir a la injerencia. Si la restricción a examen no responde a una finalidad legítima termina ahí el control y se concluirá en la violación del derecho. Si, en cambio, supera ese primer escalón, habrá que someterla aún al test de la proporcionalidad de los medios. El doble escrutinio, aunque secuencialmente relacionado, no se disuelve en la jurisprudencia, sino que goza de una perfilada autonomía. 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, en palabras de Sudre, todos pudieran encuadrarse en una noción amplia de «orden público»³⁸.

Ciertamente, se trata de conceptos de contenido variable susceptibles de interpretaciones divergentes. No obstante, 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.

³⁸ Frédéric SUDRE: *Droit International et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 157.

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 ³⁹.

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» ⁴⁰, 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 del 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

³⁹ 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 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).

También se persigue el mantenimiento de orden público y la prevención del crimen con las restricciones a la libertad de circulación en determinadas zonas de Ámsterdam en situación de emergencia por el tráfico y consumo de drogas duras en público. En el **Caso Landreuvgr contra Países Bajos** (§ 68) se prohibía el acceso a la zona centro de la ciudad por ocho horas y, posteriormente, tras reincidencia en el tráfico y consumo de drogas duras, por catorce días.

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: **Caso Luordo contra Italia** (§ 94), **Caso Peroni contra Italia**, **Caso Bassani contra Italia**, **Caso Bottero contra Italia**.

⁴⁰ La precisión de sus características particulares: pluralismo, tolerancia, espíritu de apertura, han sido analizados en sentencias paradigmáticas como la del *Caso Young, James y Webster* (13 de agosto de 1981), en la cual se afirma: «la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante». La libertad de expresión, el derecho a las elecciones libres, el derecho a no sufrir tortura o tratamiento inhumano o degradante, la libertad de pensamiento, conciencia y religión o el principio de preeminencia del Derecho resultan, pues, los principios fundamentales de toda sociedad democrática. *Vid.* Frédéric SUDRE: *Droit international et européen des droits de l'homme*, 5.^a édition, Presses Universitaires de France, Francia, 1989, pp. 158-159. En español, puede consultarse: Daniel GARCÍA SAN JOSÉ: *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2001.

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 implicados y los beneficios que irroga para el interés general (proporcionalidad en sentido estricto) ⁴¹.

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.

No es otro, pues, el criterio interpretativo utilizado por la jurisprudencia que ha señalado, reiteradamente, que 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. He ahí el campo de actuación del principio de proporcionalidad. La autoridad estatal debe buscar el adecuado equilibrio entre el bien legítimo perseguido y los inconvenientes ligados a la restricción de esta libertad, así como 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. 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, para la satisfacción de ese determinado fin, resultan proporcionadas ⁴².

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 buena administración, en cumplimiento de los principios esenciales de la justicia penal y ofreciendo la adecuadas vías de recurso.

⁴¹ Vid. Javier BARNÉS: «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 5, 1998, pp. 15-49.

⁴² El principio de proporcionalidad necesariamente requiere una interpretación *ad hoc*, ello supone que el TEDH deba analizar la correcta aplicación del mismo en el caso concreto; de ahí las dificultades para construir una teoría general o una prohibición absoluta de la injerencia o intervención estatal: el principio, en efecto, no prohíbe de una vez y para siempre, por ejemplo, una determinada restricción de circulación en un área, sino, en su caso, para la satisfacción del fin de que se trate en el supuesto concreto si aquella resulta inútil, excesiva o sin equilibrio.

Así, en los casos de quiebra e insolvencia personal, 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, se considera inadmisibles la excesiva duración del procedimiento (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**, y 12 años y 6 meses en el **Caso Bottaro**), circunstancia ésta que por sí sola puede desembocar en la violación del art. 2 del Protocolo 4.^o Una prolongación del procedimiento de tal envergadura 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»⁴³.

La injerencia manifiesta en la libertad de circulación que supone la incautación del pasaporte⁴⁴ pierde justificación cuando 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 (**Caso Baumann contra Francia**, §§ 65 a 67). 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.

⁴³ **Caso Luordo contra Italia** (§ 96). **Caso Peroni contra Italia** (§ 22); **Caso Bassari contra Italia** (§ 24); **Caso Bottaro contra Italia** (§ 54).

⁴⁴ «(...) the Court considers that a measure by means of which an individual is dispossessed of an identity document such as, for example, a passport, undoubtedly amounts to an interference with the exercise of a liberty of movement (see, *mutatis mutandis*, M. v. Germany, application n.º 10307/83, Commission decision of 6 March 1984, DR 37, p. 113) (...) it observes that he was denied the use of that identity document, which, he had wished, would have permitted him to leave the country and to go to any other country of the European Union or non-European Union country. It therefore finds that the applicant's right to liberty of movement was restricted in a manner amounting to an interference within the meaning of Article 2 of Protocol N.º 4 to the Convention», **Caso Baumann contra Francia**, de 22 de mayo de 2001, §§ 62 y 63.

Todo ello hace que tal injerencia en la libertad de circulación no fuera necesaria en una sociedad democrática (**Caso Napijalo contra Croacia**, §§ 78 a 82). 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 café⁴⁵) 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 período 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.

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), **Caso Landvreugd contra Países Bajos**, §§ 45 a 66.

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. Estamos, 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

⁴⁵ En particular, el demandante: no podía alejarse de su residencia sin dar conocimiento a las autoridades encargadas de la vigilancia; no frecuentar personas que hubieran sido objeto de condena o sometidas a medidas de prevención; no volver a casa después de las ocho de la noche, ni salir antes de las seis de la mañana; no portar ningún tipo de arma; no frecuentar cafés, ni participar en reuniones públicas; conservar en todo momento y lugar la decisión por la cual se le somete a estas medidas de vigilancia; y presentarse ante la policía todos los domingos entre las nueve y las doce horas. **Caso Labita contra Italia**, § 63.

beneficio de las autoridades nacionales. En este caso, por el contrario, parece haber un amplio consenso sobre las facultades que el derecho encierra, esto es, sobre la esfera o parcelas de libertad que caen bajo la protección del «paraguas» normativo que el precepto ofrece ⁴⁶.

Así y a pesar de hallarnos en el marco de un Protocolo Adicional que conlleva, al menos en términos teóricos cuando no se produce una aceptación generalizada como es el caso, la posibilidad de mayores disfunciones en cuanto al contenido del derecho, 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.

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. No obstante, es posible inferir de la jurisprudencia el marco jurídico en el que se encuadra este derecho y que condiciona, pues, 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), como fundamento y expresión de la libertad individual. 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 (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 virtud de la cual somete a la injerencia estatal en cuestión a un enjuiciamiento escalonado: 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).

⁴⁶ Nótese que de los trece casos que se han presentado ante el Tribunal hasta la fecha, en cinco no se ha admitido a trámite (principalmente por incompatibilidad *ratione personae*), y en tan sólo seis se ha dictado violación del art. 2 del Protocolo 4.º

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** el único que da lugar a una mayor motivación y 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.

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 in-

necesaria en una sociedad democrática (de los seis casos en los que se detecta violación del derecho protegido, en uno se trata de una medida no prevista en la ley —**Caso Denizci y Otros contra Chipre**—, mientras que en los otros cinco ha sido determinante el test de proporcionalidad). 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.

ANEXO: JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

Caso Bozano contra Italia, de 18 de diciembre de 1986.

Caso Raimondo contra Italia, de 22 de febrero de 1994.

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 Denizci y Otros contra Chipre, de 23 de mayo de 2001.

Caso Landvreugd contra Países Bajos, de 4 de junio de 2002.

Caso Luordo contra Italia, de 17 de julio de 2003.

Caso Napijalo contra Croacia, de 13 de febrero de 2003.