

# LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS TRABAJADORES VERSUS LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS. LA CIUDADANÍA EUROPEA

ENRIQUE LINDE PANIAGUA \*

SUMARIO: I. Introducción. II. Los límites a la libertad de residencia y circulación de los ciudadanos en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea y en los Tratados internacionales. III. La ciudadanía europea como culminación de un proceso. 1. *La libertad de circulación en el artículo 18 del TCE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.* 2. *La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.* 3. *Un recordatorio de las limitaciones por omisión o limitaciones encubiertas.* 4. *La libre circulación de las personas en el Derecho interno español.* IV. La ciudadanía en el Proyecto de Tratado Constitucional de la Unión Europea.

## I. INTRODUCCIÓN

El Tratado de la Comunidad Económica Europea instituyó la libre circulación de los trabajadores como uno de los pilares sobre los que debía construirse el mercado común que se pretendía alcanzar. Así, la rúbrica del Título III del TCEE se refería a la «libre circulación de personas», aunque los artículos concernidos (48, 49, 50 y 51) de modo inequívoco regulaban la libre circulación de los trabajadores en el interior de la Comunidad<sup>1</sup>.

Habida cuenta de que el Tratado de Roma de 1957 creaba una Comunidad «económica» no resultaba extraño que las libertades que se creaban fueran, también, de

---

\* Profesor de Derecho Administrativo de la UNED.

<sup>1</sup> La explicación más razonable de que se refiera el Título a «libre circulación de personas» en vez de libre circulación de trabajadores se debe a la inclusión del derecho de establecimiento dentro del mismo título del TCE.

naturaleza económica, con el fin de alcanzar los objetivos económicos explícitos que figuraban en el artículo 2 del mencionado Tratado<sup>2</sup>. Por esa razón los autores se refirieron a la libertad de circulación de trabajadores, regulada en el referido Tratado, como una libertad económica más junto a la libre circulación de mercancías, servicios y capitales<sup>3</sup>.

El contenido de los artículos 48, 49, 50 y 51, tal y como aparecen redactados en el TCEE de 1957, se corresponde, en la actualidad, respectivamente, a los artículos 39, 40, 41 y 42 del TCE, preceptos que han permanecido prácticamente inalterados a lo largo de los años. La únicas modificaciones han sido las relativas a la entrada en vigor del artículo 48 y, la más relevante, la sustitución en el artículo 42 (dedicado a la seguridad social) de la unanimidad en el procedimiento ordinario normativo, que regía en el antiguo artículo 51, por el vigente de codecisión del artículo 251 del TCE, procedimiento en que el Consejo se pronunciará por unanimidad a lo largo del mismo. Una modificación ligera si se tiene en cuenta que han transcurrido más de 45 años desde que se fundara la Comunidad Económica Europea.

A lo largo de estas décadas se ha producido un profuso desarrollo de estos preceptos, siempre relativos a la libertad de circulación de los trabajadores, y, en paralelo, se comenzaba a vislumbrar un horizonte más amplio para las Comunidades. Horizonte que nunca estuvo alejado del proyecto político ideado por los fundadores pero que no acababa de concretarse en los Tratados. En lo que se refiere estrictamente a la libertad de circulación de los trabajadores los avances han sido considerables y son

---

<sup>2</sup> Decía así el artículo 2 en la redacción de 1957: «La Comunidad tendrá como objetivo, mediante el establecimiento de un mercado común y el acercamiento progresivo de las políticas económicas de los Estados miembros, promover un desarrollo armónico de las actividades económicas de los Estados miembros, promover un desarrollo armónico de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, una expansión continua y equilibrada, una estabilidad creciente, una elevación acelerada del nivel de vida y relaciones más estrechas entre los Estados que la componen».

<sup>3</sup> En efecto, el tratamiento de la libertad de circulación de las personas se ha considerado como una libertad económica. Ver al efecto, entre otras, obras como *Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, de la que es autora B. PÉREZ DE LAS HERAS (Universidad de Deusto, Bilbao, 1995), o *Derecho comunitario europeo. Libertades económicas y derechos fundamentales* de la que son autores D. LÓPEZ GARRIDO, A. J. MARTÍNEZ HIGUERAS, F. HERNÁNDEZ, I. DEL VALLE (Tecnos, Madrid, 1986). Sobre la libertad de circulación de las personas, además de los trabajos citados anteriormente, en la bibliografía española pueden verse, entre otros: A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Libre circulación de trabajadores», en *Mercado único y libre competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, págs. 220 y sigs.; J. M. GÓMEZ MUÑOZ y P. T. RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, «La libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea», en *Una aproximación al derecho social comunitario*, págs. 31 y sigs., Tecnos, Madrid, 2000; E. LINDE PANIAGUA, «Libre circulación de personas y trabajadores y derecho de establecimiento», en *Políticas comunitarias*, Colex, Madrid, 2001, págs. 123 y sigs.; A. MONTOYA y otros, «La libre circulación de trabajadores», en *Derecho social europeo*, Tecnos, Madrid 1994; págs. 127 y sigs.; y J. A. DEL VALLE GÁLVEZ, «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia», en *Derecho comunitario material*, Mc Graw Hill, Madrid, 2000, págs. 41 y sigs.

bien conocidos <sup>4</sup>: Así, entre otros, deben tenerse en cuenta: El Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad <sup>5</sup>; la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad <sup>6</sup>, modificados en varias ocasiones a lo largo de los años; el Reglamento CEE núm. 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo <sup>7</sup>; la Directiva 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios <sup>8</sup>; la Directiva 75/34/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974, relativa al derecho de los nacionales de un Estado miembro a permanecer en el territorio de otro Estado miembro después de haber ejercido en él una actividad por cuenta propia <sup>9</sup>; la Directiva 64/221/CEE del Consejo sobre la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública <sup>10</sup>; y la Directiva 72/194/CEE, de 18 de mayo de 1972, por la que se amplía a los trabajadores que permanecen tras ejercer un empleo en un Estado miembro la Directiva 64/221/CEE <sup>11</sup>, constituyen las normas básicas en lo relativo a la libre circulación de trabajadores. Junto a estas normas hay que considerar otras complementarias de diferente naturaleza, así: las que regulan los pasaportes <sup>12</sup>; el paso por las fronteras interiores, anteriores y posteriores a la comunitarización del acervo de Schengen por el Tratado de Amsterdam; y, en particular, las normas comunitarias sobre seguridad social <sup>13</sup>, en especial el Reglamento (CE) 1223/98 del Consejo de 4 de junio de 1998,

---

<sup>4</sup> Ver al respecto la Comunicación de la Comisión *La libre circulación de trabajadores- la plena realización de sus ventajas y sus posibilidades* fechado el 11.12.2002, Bruselas, COM(2002) 694 final, en que se hace un balance de situación de la citada libertad.

<sup>5</sup> DOCE L 257 de 19.10.1968.

<sup>6</sup> DOCE L 257 de 19.10.1968.

<sup>7</sup> DOCE L 142 de 30.06.1970.

<sup>8</sup> DOCE L 172 de 28.06.1973.

<sup>9</sup> DOCE L 14 de 20.01.1975.

<sup>10</sup> DO 56 de 4.04.1964. La última modificación de ésta por la Directiva 75/35/CEE, DOCE L 14 de 20.01.1975.

<sup>11</sup> DOCE L 121 de 26.05.1972

<sup>12</sup> Resolución de los Representantes de los gobiernos de los Estados miembros de las Comunidades, reunidos en el seno del Consejo, de 14 de julio de 1986, complementaria de las Resoluciones de 23 de junio de 1981 y de 30 de junio de 1982, relativas a la introducción del pasaporte de presentación uniforme (DOCE C 185 24.07.1986).

<sup>13</sup> Sobre esta materia puede verse: A. MONTROYA y otros, *Derecho social europeo*, Tecnos, Madrid, 1994; y A. OJEDA AVILÉS, *El sistema común europeo de seguridad social*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

por el que se modifica el Reglamento CEE 1408/1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad y el Reglamento CEE 574/72, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento CEE 1408/71<sup>14</sup>. Por último, afecta también a la libertad de circulación de las personas la política de armonización de titulaciones a la que dedicaremos unas líneas más adelante.

La interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de los Tratados y del Derecho derivado ha sido fundamental para consolidar una interpretación progresiva del derecho a la libre circulación entendida en amplio sentido<sup>15</sup>. No obstante, han sido frecuentes las manifestaciones del Parlamento Europeo<sup>16</sup> y del Comité Económico y Social<sup>17</sup> en el sentido de que es necesario simplificar y ahondar en el derecho a la libre circulación, teniendo que coincidir con los que estiman que es del todo imprescindible para el mercado interior y, en definitiva, para la construcción europea seguir removiendo los obstáculos directos e indirectos a la libre circulación de las personas en la Unión Europea.

Sin embargo, en el Derecho originario, hasta el Tratado de la Unión que instaura la ciudadanía europea no puede hablarse del derecho a la libertad de circulación de las personas no asociado a la libre circulación de los trabajadores, al ejercicio del derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios. No obstante, en 1990, sin expreso mandato del TCE, se aprobaron tres directivas de considerable importancia, me refiero a las Directivas: 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia<sup>18</sup>; 90/365/CEE del Consejo, de 21 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional<sup>19</sup>; y 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes<sup>20</sup>. Pero, lo que es más sorprendente, con la entrada en vigor del Tratado de la Unión no va a tener lugar desarrollo alguno del artículo 18 del TCE que consagra la libertad de resi-

<sup>14</sup> DOCE L 168 13.06.98.

<sup>15</sup> Una idea del papel del Tribunal de Justicia se obtiene en la obra *Política social de la comunidad europea*, particularmente de su volumen 3 dedicado a la Jurisprudencia Social, con un estudio preliminar de A. MARTÍN VALVERDE (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992), así como en F. G. JACOBS, «La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes», *Trente ans de libre circulation des travailleurs en Europe (Actes du colloque. Bruxelles, du 17 au 19 décembre 1998)*, Commission européenne, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 2000, págs. 19 y sigs. Recientemente la STJCE de 20 de septiembre de 2001, caso Grzelzyk, asunto C-184/99, Rec. p.I-6193 pone de evidencia la orientación del mencionado Tribunal de Justicia.

<sup>16</sup> Ver el Dictamen del Parlamento Europeo de 14.2.1989 (A-30013/90).

<sup>17</sup> Ver el Dictamen del Comité Económico y Social de 28 de abril de 1999 (DOCE C 169 16.06.1999).

<sup>18</sup> DOCE L 180 13.07.1990.

<sup>19</sup> DOCE L 180 13.07.1990.

<sup>20</sup> DOCE L 317 18.12.1993.

dencia y circulación de los ciudadanos en el territorio de la Unión. Así, la primera iniciativa de la Comisión será la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, presentada por la Comisión el 29 de junio de 2001, que todavía no ha sido aprobada pese a que quedan pocos meses para que se reúna la Conferencia Intergubernamental en que deberá adoptarse el Tratado Constitucional de la Unión Europea, en cuyo texto, aprobado por la Convención, se vuelve a reproducir el contenido del artículo 18 del TCE.

Así las cosas, el objeto de este trabajo no es hacer un repaso de lo sucedido hasta la fecha que ha sido analizado con más que suficiencia<sup>21</sup>, sino hacer algunas observaciones sobre la regulación que se vislumbra de la libertad de circulación de las personas<sup>22</sup> en algunos documentos, como la Propuesta de Directiva que se tramita en la actualidad, o las novedades que pudieran deducirse de la regulación de la materia por la Convención Europea que elabora el Tratado Constitucional de la Unión Europea, dedicando también alguna atención a las novedades recientes que se dan en el derecho interno español sobre la libre circulación de las personas.

## II. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE RESIDENCIA Y CIRCULACIÓN DE LOS CIUDADANOS EN LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Con frecuencia se afirma que la libertad de residencia y circulación de los ciudadanos europeos debiera ser semejante a la que disfrutaban los ciudadanos nacionales en sus respectivos Estados, tesis de la que participo. Es decir, la ciudadanía europea se podría configurar como una ciudadanía completa, superpuesta a las ciudadanía-nacionales, como sucede en algunos Estados miembros de naturaleza federal. Este enfoque hace conveniente analizar sucintamente, al nivel de las Constituciones de los Estados miembros, inclusive de la española, como se han concretado ambos derechos.

Por de pronto hay que decir que sólo en las Constituciones de 9 Estados miembros se regula esta cuestión, entre las que se encuentra la Constitución española. Así el artículo 19 punto primero de nuestra Constitución establece que: «*Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional*», precepto de directa aplicación, sin necesidad de que ninguna otra norma lo interprete o desarrolle. Dicho precepto, prácticamente idéntico al artículo 44 de la Constitución de Portugal<sup>23</sup>,

<sup>21</sup> Vid. la nota 3.

<sup>22</sup> Ver para el tema de los funcionarios el trabajo de J. Á. FUENTETAJA PASTOR, «La libre circulación de los empleados públicos», en este mismo número de la REDUE.

<sup>23</sup> Dice así el artículo 44: «1. Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a trasladarse y afincarse libremente en cualquier parte del territorio nacional. / 2. Se garantiza a todos el derecho a emigrar o salir del territorio nacional, así como el derecho de regreso.»

contiene auténticos derechos fundamentales primarios<sup>24</sup>. Sin embargo, ambos derechos son susceptibles de suspensión y están sujetos a límites y limitaciones<sup>25</sup>, lo que, sin embargo, no significa que se trate de derechos de configuración legal.

En efecto, los derechos a fijar la residencia libremente y a circular libremente por el territorio español pueden suspenderse, por virtud de lo establecido en el artículo 55 de la Constitución, en los casos de declaración del estado de sitio o de excepción. Y, por otra parte, de la Constitución se deducen directamente límites como consecuencia del ejercicio de otros derechos<sup>26</sup>, como pudiera ser el de propiedad consagrado en el artículo 33<sup>27</sup>, o como consecuencia del cumplimiento de deberes, como los militares del artículo 30, o como resultado de la imposición de penas de privación de libertad u otras de restricción de la misma reguladas en el apartado 2 del artículo 25<sup>28</sup>. Finalmente, mediante ley, como prescribe el apartado 1 del artículo 53, es posible la regulación de las libertades de circulación y de residencia siempre que respete su contenido esencial<sup>29</sup>. No se trata, por tanto, de libertades absolutas. Sin embargo, la configuración que se hace de las mismas permite sostener que los límites o limitaciones que puedan imponerse mediante ley deben tener una lectura restrictiva, y en caso alguno carácter expansivo.

<sup>24</sup> Ver al respecto la STC 28/1999, de 8 de marzo de 1999 (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1999), que dice en su FD 7: «En cualquier caso, lo que no puede discutirse es que el derecho a 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, fundamento jurídico 2) que el artículo 19 CE proclama, implica el reconocimiento a su titular del poder de configurar esa residencia con los elementos propios del domicilio, con lo que resulta que es también un derecho a la libre elección del mismo.», lo que es igualmente aplicable al derecho a circular libremente por el territorio español.

<sup>25</sup> Vid. por todos: F. FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, «Artículo 19», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. O. Alzaga), Tomo II, Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1997, págs. 485 y sigs.; y J. A. SANTAMARÍA, «Artículo 19», *Comentarios a la Constitución* (F. GARRIDO FALLA y otros), 2.ª edic., Madrid, 1985.

<sup>26</sup> Ver los trabajos citados en la nota anterior.

<sup>27</sup> En este sentido ver la STC 28/1999, de 8 de marzo de 1999, particularmente sus Fundamentos de Derecho 6 y 7 (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1999), dice así en su F.D 7: «Ahora bien, es claro que las libertades de circulación y residencia no confieren, como es natural, un poder jurídico omnimodo a favor de su titular, ya sea en orden a pasar por cualquier lugar, ya sea en orden a habitar en él. Así, la propiedad privada, en cuanto garantía institucional (art. 33.1 CE), constituye un primer y evidente condicionamiento al ejercicio de tales libertades. De este modo, en lo que aquí nos interesa, debe tenerse presente que, para habitar lícitamente en un lugar es necesario disfrutar de algún derecho, cualquiera que sea su naturaleza, que habilite al sujeto para la realización de tal uso del bien en el que pretende establecerse». Y, más delante: *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.*»

<sup>28</sup> Vid. la STC 85/1989, de 10 de mayo (BOE núm. 140, de 13 de mayo de 1989).

<sup>29</sup> Así lo ha admitido el Tribunal Constitucional en su sentencia 28/1999, de 8 de marzo de 1999 (BOE núm. 89, de 14 de abril de 1999, en su F.D. 7).

El disfrute de los dos derechos que se contienen en el punto primero del artículo 19 se consideran de tal relevancia que el artículo 139.1, en el Título VIII ha recalcado, por si existiera alguna duda, que: «*Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español*». Esta prescripción hay que entenderla en un doble sentido<sup>30</sup>: por una parte, no caben medidas restrictivas al margen de las que se deducen directamente de la Constitución, o las que provengan de las leyes en la línea restrictiva a que anteriormente se ha hecho referencia; y, por otra, la existencia del Estado de las Autonomías no otorga a las Comunidades Autónomas competencia alguna que directa o indirectamente pueda incidir en el ejercicio de ambas libertades<sup>31</sup>. Así, en conclusión, podían admitirse entre otras limitaciones las derivadas de necesidades de la defensa nacional, de la salud de la población y de la seguridad, siempre que estén reguladas en las leyes de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 del texto constitucional y que estén plenamente justificadas.

La Constitución de la República Federal de Alemania se pronuncia en su artículo 11.1<sup>32</sup> en términos parecidos a nuestro artículo 19 punto primero, dedicando el apartado 2 del artículo 11 a las causas por las que puede restringirse dicho derecho. Así, dice el precepto: «*Este derecho sólo podrá ser restringido por una ley o en virtud de una ley, y únicamente en el caso de que no existan suficientes medios de subsistencia y puedan originarse cargas especiales para la colectividad, o cuando sea necesario para prevenir un peligro que amenace la existencia o el orden fundamental democrático y liberal de la Federación o de algún Estado, para combatir peligros de epidemia, catástrofe natural o accidente especialmente grave, para proteger a los menores contra el desamparo o para evitar acciones delictivas*»<sup>33</sup>. El precepto tiene la virtud de explicitar no sólo la exigencia de ley para limitar el ejercicio del derecho sino las causas por las que el derecho puede restringirse.

La Constitución de Finlandia se produce en términos semejantes a las anteriormente citadas en su artículo 7<sup>34</sup> punto primero, añadiendo, sin embargo, una novedad sobresaliente, esta es la de equiparar los extranjeros que se encuentren legalmente en el país a los nacionales. Bien es cierto que dicha equiparación se produce en la mayoría de los Estados miembros de la Unión como consecuencia de los Tratados inter-

<sup>30</sup> Esta conclusión se obtendría de la STC 66/1991, de 22 de marzo (BOE núm. 98, de 24 de abril de 1991), en particular de su FD 2.º.

<sup>31</sup> Vid. sobre este tema la STC 90/1989, de 11 de mayo (BOE núm. 141, de 14 de junio de 1989).

<sup>32</sup> Art. 11.1, dice así: «*Todos los alemanes gozarán de libertad de movimiento y de residencia en la totalidad del territorio alemán*». Vid. por todos T. MAUNZ, G. DÜRIG, R. HERZOG, R. SCHOLZ, «*Art.11*», *Grundgesetz. Kommentar*, C.H. Beck, München, 1976.

<sup>33</sup> El artículo 17.2 prevé también la suspensión del derecho por motivos de defensa.

<sup>34</sup> Dice así el artículo 7: «*Los ciudadanos finlandeses y los extranjeros que se encuentren legalmente en el país serán libres de desplazarse dentro del territorio nacional y de elegir el lugar de residencia*».

nacionales suscritos en la materia, pero no por ello deja de ser, significativamente, la Constitución más avanzada en la materia.

La Constitución federal de Austria da por supuesta la libre circulación y la libertad para fijar la residencia en los artículos 4<sup>35</sup> y 6<sup>36</sup>, si bien le falta la solemnidad, en nada superflua, de las Constituciones española y alemana.

La Constitución de Grecia lleva a cabo en su artículo 5.4<sup>37</sup> una formulación negativa del derecho, en la medida en que prohíbe medidas contra el ejercicio de los derechos a residir y circular libremente por el territorio nacional. Sin embargo, el precepto citado especifica también los supuestos en que el Tribunal penal puede adoptar medidas que prohíban el ejercicio de dichos derechos. El artículo 5.4, antes citado, ha sido objeto de una *Declaración interpretativa* que excluye de las prohibiciones incluidas en el mismo la aprobación de salida del territorio acordada por el fiscal en el marco de actuaciones penales, así como la adopción de medidas justificadas por la necesidad de proteger la salud pública o la salud de las personas enfermas en las formas que establezca la ley.

La Constitución Italiana en su artículo 16<sup>38</sup> formula el derecho a la libertad de circulación y de residencia previendo la posibilidad de que el mismo se limite por razones de sanidad o seguridad que no podrán estar motivadas en razones políticas.

---

<sup>35</sup> Dice así el art. 4.º: «1. El territorio federal constituye una zona uniforme monetaria, económica y aduanera. / 2. Dentro de la Federación no se podrán establecer líneas de demarcación aduanera ni otras restricciones al tráfico.»

<sup>36</sup> Dice así el artículo 6: «1. Habrá para la República Austriaca una ciudadanía uniforme. / 2. Los ciudadanos nacionales que tengan su residencia principal en un Estado regional serán ciudadanos del mismo, si bien las leyes regionales podrán prever que sean considerados ciudadanos del Estado los ciudadanos nacionales que tengan en él una residencia, aun cuando no sea la principal. / 3. Se entiende que una persona tiene su residencia principal allí donde se haya establecido con la intención demostrable o deducible de las circunstancias de tener en ese lugar el punto central de su vida de relación; si se cumple este requisito objetivo en la consideración global de la vida profesional, económica y social de una persona en más de un lugar de residencia, deberá el interesado designar como residencia principal el lugar con el que tenga una relación más estrecha.»

<sup>37</sup> El artículo 5.4, dice así: «Se prohíbe toda medida administrativa individual susceptible de restringir el libre desplazamiento o la libertad de establecimiento en el país, así como la libertad de todos los helenos de entrar y salir. En casos excepcionales de necesidad, y únicamente para la prevención de actos criminales, podrán adoptarse, sin embargo, medidas de esta índole por auto del Tribunal penal, conforme a lo dispuesto en la Ley. En caso de urgencia, la decisión del Tribunal podrá tener lugar incluso después de haberse adoptado la medida, y a más tardar, en los tres días siguientes, en defecto de lo cual la medida quedará automáticamente sin efecto.»

<sup>38</sup> Dice así el artículo 16: «Todo ciudadano podrá circular y residir libremente en cualquier parte del territorio nacional, salvo las limitaciones que la ley establezca de modo general por razones de sanidad o de seguridad. Ninguna restricción podrá estar motivada por razones políticas. / Todo ciudadano será libre de salir del territorio de la República y de regresar a él, salvo las obligaciones que la ley imponga.»

Finalmente la Constitución de Suecia, en su artículo 8, garantiza el derecho a la libre circulación, sin mención expresa del derecho a la libertad de residencia que debe entenderse incluida en aquella <sup>39</sup>.

En relación con los Estados miembros que no consagran en sus textos constitucionales los derechos a circular y residir libremente por el territorio de sus Estados, hay que recordar que el *Protocolo adicional núm. 4, de reconocimiento de ciertos derechos y libertades además de los que figuran en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* hecho en Estrasburgo el 6 de septiembre de 1963 <sup>40</sup>, no ratificado por España, consagra en el artículo 2 apartado 1 la libertad de circulación y de residencia, así dice: «1. Toda persona que se encuentre en situación regular sobre el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente en él y a escoger libremente su residencia» <sup>41</sup>. La particularidad del derecho que se consagra es que se extiende, más allá de los nacionales de cada Estado, a todas las personas que se encuentren en situación regular en el mismo. Pero, el citado Protocolo no ha consagrado un derecho exento de limitaciones, al contrario, los apartados 3 y 4 del citado artículo contemplan la posibilidad de que se restrinja el ejercicio de los referidos derechos en lo que puede considerarse una síntesis de las restricciones que rigen en las Constituciones de los Estados miembros de la Unión Europea. Dicen así los apartados citados: «3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas en la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la salvación pública, el mantenimiento del orden público, la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la salvaguardia de los derechos y libertades de tercero. / 4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.» Este último precepto es, por otra parte, semejante al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966 que dice así: «1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. / 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. / 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles

<sup>39</sup> Dice así el artículo 8: «Todo ciudadano queda protegido frente a la autoridad contra la privación de libertad y tendrá asimismo garantizada la libertad de circular en el interior del Reino, así como la de abandonarlo.»

<sup>40</sup> Ver en *Código Básico de Derecho de la Unión Europea*, Colex, 1998, pág. 932.

<sup>41</sup> El derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio del Estado se consagra en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

*con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. / 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.»* En definitiva, los textos constitucionales e internacionales que hemos transcrito introducen limitaciones al ejercicio de las libertades que estamos estudiando, con la particularidad de que tanto el Convenio Europeo de 1950 (su Protocolo núm. 4), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos extienden dichos derechos a los que se encuentren en situación regular en el territorio del Estado de acogida <sup>42</sup>, debiendo señalarse que, en particular, el Protocolo adicional n.º 4 del Convenio de Roma de 1950 vincula a España, aunque no lo haya suscrito, por la vía del artículo 6 del TCE.

A la vista del recorrido sucinto que hemos hecho por el panorama constitucional de los Estados miembros de la Unión Europea, podríamos concluir que el establecimiento de determinadas restricciones a la libertad de circulación y de residencia es común en los derechos internos de los Estados miembros, y viene avalada por los Tratados internacionales que rigen la materia. Pero, la existencia de límites y limitaciones, y su aplicación por los poderes públicos, exige un estricto control jurisdiccional y tiene como límite absoluto la doble prohibición para los poderes públicos de expulsión de sus ciudadanos del territorio nacional o de impedir la entrada de los mismos en el territorio nacional.

### III. LA CIUDADANÍA COMO CULMINACIÓN DE UN PROCESO

#### 1. La libertad de circulación en el artículo 18 del TCE y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

El TCE en su redacción inicial de 1957, antes de la introducción en su texto de los preceptos dedicados a la ciudadanía, no contenía precepto alguno que permitiera interpretar que las personas que no ejercieran sus derechos como trabajadores por cuenta ajena o propia tuvieran derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Unión. Es decir, el ejercicio de los derechos a circular y residir estaba vinculado al ejercicio de otros derechos. Es lo que la doctrina italiana denomina como libertad *funzionalizzata* <sup>43</sup> que nosotros denominaríamos vinculada.

<sup>42</sup> Así ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 242/1994, de 20 de julio de 1994 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1994), que aplica los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ver, en particular, los FD 4 y 5 de la citada sentencia que confirma la doctrina de la STC 94/1993, de 22 de marzo de 1993 (BOE núm. 100 de 27 de abril de 1993), en su fundamento 2º. Ver también las SSTC 160/1991, de 18 de julio (BOE núm. 190, de 9 de agosto de 1991; 116/1993, de 29 de marzo (BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1993). Bien es cierto que se observa un cierto retroceso en la doctrina que se contiene en la STC 24/2000, de 31 de enero (BOE núm. 54, de 3 de marzo de 2000), que olvida, además, el Derecho derivado de la Unión Europea.

<sup>43</sup> Vid. G. DEMURO, «Artículo 45. *Libertà di circolazione e di soggiorno*», en *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, coordinada por R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Il Mulino, Bologna, 2001, págs. 310 y sigs.

La primera quiebra relativa de la libertad de circulación de las personas vinculada a la condición de trabajador, sin embargo, tendrá lugar previamente a la introducción de la ciudadanía en el TCE, por obra de tres Directivas comunitarias antes referidas, la 90/364/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, la 90/365/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, y la 90/366/CEE, del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los estudiantes <sup>44</sup>, esta última derogada por la Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993 <sup>45</sup>. Dichas directivas, denominadas coloquialmente de los jubilados, los rentistas y los estudiantes, suponían el primer intento de desvincular las libertades concernidas del ejercicio de actividades económicas. Un buen augurio de lo que podría ser la libertad de circulación de las personas como uno de los atributos de la ciudadanía europea. Sin embargo, esta presunción no dejaría de ser sino una ensoñación.

El artículo 18 del TCE, introducido por el Tratado de la Unión, en el contexto de los derechos de los ciudadanos europeos, establece en su apartado 1 que: «*Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación*», y sigue diciendo en su apartado 2: «*El Consejo podrá adoptar disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1...*». El primer inciso del apartado 1, que parece proclamar el derecho a circular y residir de todos los ciudadanos europeos <sup>46</sup>, viene matizado por el segundo inciso que somete el ejercicio del mismo a las limitaciones y condiciones que se prevén en el Tratado, así como las que puedan derivarse de las disposiciones que se adopten para su aplicación. De dicho precepto surgen varias cuestiones, a saber: ¿Qué debe entenderse por limitaciones y condiciones ya previstas en el Tratado? ; ¿Qué régimen rige en el caso de que no se adopten disposiciones en aplicación del citado precepto?; ¿Cuál debe ser la naturaleza de las normas de derecho derivado que pueden aprobarse?; ¿Cuáles son los límites en que deben producirse las normas de derecho derivado que puedan introducir limitaciones y condiciones; o bien ¿Que naturaleza y alcance pueden tener las normas de derecho derivado que se dicten para facilitar el ejercicio de los derechos a circular y residir libremente?

<sup>44</sup> Todas ellas publicadas en el DOCE L 180 de 13 de julio de 1990.

<sup>45</sup> DOCE L 317 de 18 de diciembre de 1993.

<sup>46</sup> Algunos autores como A. MATTERA, «Civis europæus sum. Citoyenneté européenne, droit de circulation et de séjour, applicabilité directe de l'article 8.<sup>A</sup> du traité CE», *Revue du marché unique européen*, 1998-3-v, págs. 18 y sigs. consideran que el art. 18 (8 A) es de directa aplicación. No obstante el TJCE en el sentencia de 11 de abril de 2000, caso Kaba, asunto C 356/98, Rec. p. I-2623 y en lo referido al derecho de residencia ha considerado que no se trata de un derecho incondicionado.

Aquí nos detendremos en la primera de las cuestiones planteadas, esto es: ¿Qué debe entenderse por limitaciones y condiciones ya previstas en el Tratado? Pues bien, la Segunda Parte del TCE, dedicada a la ciudadanía, nada dice sobre limitaciones y condiciones a las libertades de circulación y residencia. Sin embargo, el Tratado regula e introduce limitaciones en su Tercera Parte en lo relativo a la libre circulación de trabajadores, así como al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios. De modo que la cuestión principal que debe dilucidarse es la de si las limitaciones que el Tratado impone, o puede imponer, a las personas en cuanto trabajadores por cuenta ajena, o en la medida en que ejerzan el derecho de establecimiento o la libre prestación de servicios, son aplicables, con carácter general, a todos los ciudadanos europeos. Una interpretación sistemática de los preceptos concernidos lleva a la conclusión de las «limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas», previstas en el artículo 39.3 del TCE, operan con carácter general, como limitaciones susceptibles de aplicarse a todo ciudadano europeo en ejercicio de los derechos a residir y circular libremente en el territorio de la Unión Europea. De no llegarse a esta conclusión se daría la paradoja de que las limitaciones estarían asociadas exclusivamente a la condición de trabajador asalariado o no, por lo que quien no lo fuera podría gozar de dichas libertades sin limitaciones, lo que entraría en contradicción con la interpretación sistemática más elemental del TCE.

La citada limitación del artículo 39.3 del TCE, que fue objeto de regulación por la Directiva 64/221/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública<sup>47</sup>. De modo que los Estados miembros siguen conservando un cierto margen de apreciación en la materia, en el marco de la citada directiva. Y, lo que es más significativo, la directiva comunitaria no excluye la posibilidad de que un Estado miembro prohíba la entrada o expulse a un ciudadano comunitario no nacional de su territorio, lo que sin embargo no es posible en relación con sus nacionales. En este punto es donde se encuentra *el quid* de la cuestión. Así, el salto cualitativo que debiera llegar con el desarrollo pleno de la ciudadanía europea sería, precisamente, la exclusión de que los Estados miembros pudieran prohibir la entrada o expulsar a ciudadanos europeos no nacionales. Esta circunstancia no impediría que los Estados miembros pudieran operar las otras limitaciones a la libertad de circulación de las personas que prevé el artículo 39.3 del TCE, sólo que en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos comunitarios, abstracción hecha de su nacionalidad.

La Carta *non nata* de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea regula en su artículo 45 la libertad de circulación y de residencia en el capítulo V dedicado a la ciudadanía. Dicho precepto es más escueto que su precedente (el artículo 18 del

---

<sup>47</sup> DOCE 56, de 4/4/1964.

TCE), pues, al expresar: «1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», debemos entender que ha desvinculado el ejercicio del derecho a la libre circulación del ejercicio de otras actividades o la concurrencia de otras circunstancias al margen del estatus de ciudadano europeo. Es decir, se configura la libertad de circulación de los ciudadanos europeos como un derecho fundamental primario. Esta conclusión se refuerza, a *sensu contrario*, por la circunstancia de que el apartado 2 del citado artículo 45 de la Carta al expresar que: «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», ha vinculado el ejercicio primario del derecho por los nacionales de terceros países, y sólo a estos, a las determinaciones del TCE y a las disposiciones de desarrollo del mismo. Este doble tratamiento no es óbice, sin embargo, para que el ejercicio de la libertad de residencia y circulación por los ciudadanos europeos pueda estar sujeta a limitaciones, en la línea de lo expresado en el apartado II de este trabajo, con exclusión de la posibilidad de que los Estados miembros puedan expulsar de sus territorios o impedir la entrada en los mismos a los ciudadanos europeos que no sean nacionales de los mismos.

Si el derecho que consagra el artículo 45 de la Carta no sufriera matizaciones en su incorporación al Tratado Constitucional (lo que veremos más adelante), de modo que se considerara que los ciudadanos europeos tienen un derecho pleno a residir y circular libremente por todo el territorio de la Unión Europea, entonces se habría producido un salto cualitativo trascendental, la aparición de una nueva categoría de ciudadanos, ciudadanos supraestatales en el marco de la Unión. La ciudadanía europea se podría entonces interpretar como la culminación de un proceso iniciado en 1951, con la firma del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Pero, de no ser esto así, es decir, si el derecho del artículo 45.1 es interpretado en la línea de la regulación actual, aunque aminorada y matizada, nos encontraríamos ante un retroceso significativo en la construcción europea.

## **2. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros**<sup>48</sup>

Al margen de la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, casi siempre en la línea de desvincular el ejercicio de los derechos a la libertad de circulación del ejercicio de actividades económicas, el legislador comunitario, a salvo de reformas puntuales, ha optado por la inactividad a lo largo de la última década. Inac-

---

<sup>48</sup> 2001/C 270E/23. COM(2001) 257 final-2001/0111(COD), en DOCE C/270 E/150 de 25 de septiembre de 2001.

tividad que llama la atención poderosamente si se tiene en cuenta que dicha paralización coincide con la introducción en el TCE de la ciudadanía europea. Una cierta inflexión de esta tendencia se aprecia con la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros* (a partir de ahora la citaremos como Propuesta de Directiva). Dicha Propuesta de Directiva, que comenzó a tramitarse tras su aprobación por la Comisión el 23 de mayo de 2001, ha sido modificada por la Comisión el 15 de abril de 2003 haciendo uso de lo previsto en el apartado 2 del artículo 250 del TCE. La Propuesta de Directiva en su versión modificada, en el caso de que culmine con éxito, prevé como fecha límite para su transposición el 1 de julio de 2005.

La Propuesta de Directiva invoca como preceptos habilitantes de la misma los artículos 12, 18, 40, 44 y 52 del TCE. Esto es: la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (art. 12 TCE); el derecho a circular y residir libremente de los ciudadanos europeos (art. 18 TCE); el derecho a circular y residir libremente a los trabajadores europeos (art. 40 TCE); el derecho a la libertad de establecimiento (art. 44 TCE); y el derecho a la libre prestación de servicios (art. 52 TCE). Y, en consecuencia, consolida en un solo texto lo que en la actualidad es objeto de los artículos 10 y 11 del Reglamento CEE núm. 1612/68 y de las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, que la Propuesta de Directiva tiene previsto derogar. La intención inicial de la Propuesta de Directiva, cuya tramitación sufre un retraso preocupante, era que la transposición al derecho de los Estados miembros tuviera lugar antes del 1 de julio de 2003, y que las disposiciones de transposición se aplicaran a partir de dicha fecha lo que, a todas luces, no podrá suceder.

Obviamente, el comentario de la Directiva excede las posibilidades que ofrecen estas páginas, no obstante lo cual mencionaremos algunos de sus aspectos más relevantes.

La lectura de la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva puede llevar a la conclusión apresurada de que los artículos 17 y 18 del TCE, al instituir la ciudadanía europea, estaban confiriendo a los ciudadanos europeos un derecho «primario e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros», pues así se expresa literalmente en el considerando 3 de la citada exposición de motivos. Sin embargo, más adelante, el texto de la propia exposición de motivos corrige dicha impresión, llevando a la conclusión de que las intenciones del legislador comunitario son mucho más modestas y claramente descorazonadoras, así dirá la citada exposición de motivos: «Por ello, es necesario prever el mantenimiento de un régimen por el cual el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión, para períodos superiores a seis meses, siga estando sometido a la condición de ejercer una actividad económica, de disponer, para sí mismos y para los miembros de su familia,

de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado de acogida, o bien a la condición de ser un estudiante admitido para cursar estudios de formación profesional en el estado miembro de acogida o bien a la condición de poseer la calidad de miembro de la familia del ciudadano de la Unión que cumpla una de estas condiciones»<sup>49</sup>. Es decir, que la interpretación del artículo 18 del TCE, que se deduce de la Propuesta de Directiva, no desvincularía la libertad de residencia y circulación de los nacionales de un Estado miembro en otros Estados miembros de la realización de actividades económicas determinadas sino todo lo contrario. Esto es: seguiríamos ante un derecho vinculado. Sin embargo, no por lo dicho debe llegarse a la conclusión de que no se haya producido avance alguno, como veremos.

En efecto la entrada y salida de ciudadanos europeos y de sus familias del territorio de un Estado miembro hacia otro Estado miembro y viceversa tan sólo se condiciona a estar provistos de un carné de identidad o de un pasaporte válidos, excluyendo la exigencia de visado o de obligación equivalente.

Por otra parte, a los ciudadanos que entren en el territorio de otro Estado miembro diferente al de su nacionalidad y pretendan establecer su residencia en el mismo por un período de tiempo igual o inferior a seis meses tan sólo se les exige que estén provistos de los documentos precisos para entrar y salir de un Estado miembro, a que nos hemos referido antes. Incluso, en el caso de que un ciudadano europeo no esté provisto de los documentos en cuestión (se entienden documentos de viaje el carné o pasaporte), el Estado de acogida debe facilitar diligentemente al ciudadano que pueda obtenerlo, para así acreditar que puede beneficiarse del derecho a entrar y residir, antes de denegar la entrada del ciudadano concernido. Al ciudadano europeo provisto de documento de viaje el Estado de acogida tan sólo puede imponerle «señalar su presencia en el territorio en un plazo que no podrá ser inferior a quince días», pudiendo ser sancionado si incumple dicha obligación.

Por lo que se refiere a la residencia de duración superior a seis meses el derecho a la misma se condiciona: al ejercicio de una actividad económica como trabajador asalariado o no asalariado; a disponer de recursos suficientes para el y para su familia y de seguro de enfermedad que cubra el conjunto de riesgos; ser estudiante; o ser familiar de los anteriores. Es decir, el derecho de residencia de larga duración se sigue vinculando a la realización de actividades económicas, o a ser rentista, o a ser estudiante, lo que ya venía exigiéndose en el Derecho derivado precedente. Bien es cierto que se aprecian avances como el mantenimiento del derecho de residencia de los miembros de la familia en caso de fallecimiento o de partida del ciudadano de la Unión, o en caso de divorcio o anulación del matrimonio.

La gran innovación que se contiene en la Propuesta de Directiva es la creación del derecho a la *residencia permanente*. Dicho derecho puede alcanzarse a través de dos procedimientos: por la mera circunstancia de haber residido un ciudadano europeo,

---

<sup>49</sup> Apartado 9 de la exposición de motivos.

legalmente, durante cuatro años en un Estado de acogida, o derecho automático por el transcurso del tiempo; o por el transcurso del tiempo asociado a la condición de trabajador asalariado o no. La regulación que se propone es muy minuciosa y no procedería describirla aquí. Pero, sin duda, estamos en presencia de una innovación de gran trascendencia, porque en determinadas condiciones la residencia se independiza, se desvincula, de la realización de actividades económicas o profesionales, produciéndose una aproximación a la equiparación de dichos residentes con los nacionales de un país miembro, si bien los residentes permanentes no disfrutarán de plenitud de derechos políticos que debiera ser una consecuencia de dicha equiparación.

Finalmente, debe destacarse que la Propuesta de Directiva actualiza la regulación de las limitaciones del derecho de entrada y de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, que se derivan del artículo 39.3 del TCE, incrementando los niveles de garantía de los ciudadanos europeos y reduciendo los márgenes de discrecionalidad de los Estados miembros que quedan reducidas a su mínima expresión.

### **3. Un recordatorio de las limitaciones por omisión o limitaciones encubiertas**

Al margen de las limitaciones actuales a la libre circulación de las personas, deben mencionarse otras limitaciones encubiertas a la libre circulación de las personas, diferentes a las culturales en sentido estricto (especialmente la lengua). Me refiero al tema de las titulaciones que afecta a los trabajadores asalariados y a los no asalariados, así como al ejercicio del Derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios. En una sociedad cada vez más reglamentada, en que el ejercicio de oficios y profesiones exige estar en posesión de titulación al efecto, la homologación de titulaciones que pasa por la homogeneización de los estudios conducentes a la obtención de dichas titulaciones es una cuestión fundamental. En esta línea las Directivas 89/48/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años<sup>50</sup>; 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales<sup>51</sup>; y 1999/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de junio de 1999, por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto a las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias<sup>52</sup>, no han hecho sino avanzar en la línea correcta que evite lo que hemos denominado limitaciones por omisión, pero resulta evidente que las

---

<sup>50</sup> DOCE L 19 de 24 de enero de 1989.

<sup>51</sup> DOCE L 209 de 24 de julio de 1992.

<sup>52</sup> DOCE L 201 de 31 de julio de 1999.

mismas resultan en la actualidad insuficientes<sup>53</sup>. Probablemente sólo a través de la armonización de los estudios conducentes a la obtención de títulos se eliminarán los obstáculos actuales a la libre circulación de las personas y en especial de los trabajadores en el espacio europeo.

#### 4. La libre circulación de las personas en el Derecho interno español

La normativa interna española sobre la libre circulación de las personas es un claro ejemplo de la posición renuente de los gobiernos de los Estados miembros en la materia. En efecto, desde la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986 las regulaciones han sido varias. De entre ellas debe destacarse el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, modificado por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, así como el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre, por el que se modifica parcialmente el régimen de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Disposiciones estas que han sido derogados por el *Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*<sup>54</sup>. De la exposición de motivos del citado Real Decreto se deduce que la causa próxima del mismo no es el Derecho de la Unión Europea sino un acuerdo extracomunitario, a saber, la Declaración firmada el 28 de julio de 2000, en Marsella, por los Ministros del Interior de Francia, Alemania, Italia y España en la que se comprometieron a suprimir la obligación de poseer una tarjeta de residencia en determinados supuestos.

El Real Decreto 178/2003, que regula tanto la libre circulación de los trabajadores como de las personas que no tengan la condición anterior, sin duda, supone una mejora considerable de la situación anterior. Sin embargo, debe señalarse que difiere notablemente de la Propuesta de Directiva a que nos hemos referido más atrás y no lo hace siempre en el sentido de ampliar los derechos de los ciudadanos europeos, razón esta por la que de ser aprobada la citada Propuesta de Directiva será preciso modificar el Real Decreto 178/2003 adaptándolo a la regulación comunitaria.

---

<sup>53</sup> Al margen de las profesiones homologadas para dar una idea de las dificultades a que nos referimos véase la Resolución de 5 de septiembre de 2001, de la Dirección General de Relaciones con la Administración por la que se convocan pruebas de aptitud para acceder al ejercicio de la profesión de Abogado en España por parte de ciudadanos de la Unión Europea y de otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 221 de 14 de septiembre de 2001), así como el Real Decreto 936/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el ejercicio permanente en España de la profesión de Abogado con título profesional obtenido en otro Estado miembro de la Unión Europea (BOE núm. 186, de 4 de agosto).

<sup>54</sup> BOE núm. 46 de 22 de febrero de 2003.

Veamos algunas de sus líneas maestras. La libertad de circulación de las personas se concreta, según el Real Decreto 178/2003, en *el derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español* y son titulares de dicho conjunto de derechos: A) los nacionales de los Estados miembros; B) los cónyuges de los anteriores y de los españoles que no sean nacionales de la Unión Europea, siempre que mantengan un vínculo común de convivencia estable y permanente con aquellos o con españoles y no estén separados de derecho; C) los descendientes de ciudadanos de la Unión o de sus cónyuges, o de cónyuges de españoles que no sean nacionales de Estados de la Unión, siempre que los cónyuges no estén separados y los descendientes sean menores de veintidós años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas de aquellos; y D) Los ascendientes de los nacionales Estados de la Unión Europea y los cónyuges de estos o de españoles que no sean nacionales de un Estado miembro, siempre que los ascendientes vivan a expensas de aquellos.

El Real Decreto diferencia entre los requisitos que se exigen para la *entrada* y para la *residencia*. Para entrar en España se exige en todo caso que los nacionales de otros Estados miembros estén en posesión de pasaporte o documento en vigor que acredite su nacionalidad, con independencia de que no existan controles en algunas fronteras. Los familiares de los nacionales de otros Estados miembros que a su vez no lo sean necesitan visado de entrada, salvo que en virtud de convenios o acuerdos internacionales dicho visado no sea necesario. La denegación del visado a los familiares de ciudadanos de Estados miembros tiene que ser motivada y sólo se podrá fundar en razones de orden público, seguridad o salud públicas por extensión de lo dispuesto en el artículo 39.3 del TCE.

La exigencia de que los ciudadanos de otros Estados miembros se encuentren documentados para entrar en el territorio nacional debe entenderse razonable en la medida en que a los ciudadanos del propio Estado se les exige también ir y estar documentados.

En lo relativo al derecho de estancia, permanencia o residencia es preciso diferenciar distintos niveles: *Supuestos en que la residencia permanente en España no exige la obtención de una tarjeta de residencia (art. 6): a) Los trabajadores por cuenta ajena o propia nacionales de la UE; b) Estudiantes nacionales de la UE; c) Beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente nacionales de la UE; d) Familiares de los anteriores grupos (a, b y c) en los términos establecidos en el artículo 2 del Real Decreto; y e) Familiares de nacionales de otros Estados miembros que trabajen en España y que residan en otro Estado miembro y que regresen al mismo todos los días o al menos una vez por semana.*

En relación con los anteriores grupos la no exigencia de tarjeta para residir supone la práctica equiparación de los mismos a los ciudadanos europeos en lo relativo al derecho que analizamos, si bien a estos ciudadanos podría serle de aplicación el capítulo IV del Real Decreto a que más adelante me referiré. El grupo que el Real Decreto

denomina *beneficiarios del derecho a residir con carácter permanente* son regulados en el artículo 7 de Real Decreto, cuyos destinatarios, a grandes rasgos, son coincidentes con los de la Directiva 90/365/CEE, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer una actividad profesional. La no exigencia de tarjeta de residencia en estos casos es un avance muy considerable.

La estancia en España inferior a tres meses, o *permanencia de breve duración* (art. 5), no exige especificar el motivo de la misma, siendo necesario tan sólo que se cumplan los requisitos de entrada referidos anteriormente. Lo mismo hay que decir de los familiares de los mismos. Ningún avance relevante se aprecia en este punto.

En los casos no contemplados en los artículos 5, 6 y 7 del Real Decreto la permanencia en España exigirá estar en posesión de una *tarjeta de residencia* (art. 8). En lo que a la vigencia de la tarjeta de residencia el Real Decreto contempla dos posibilidades: a) *residencia temporal superior a tres meses e inferior a un año*, caso este en que la tarjeta que se expida no da derecho a renovación alguna, de modo que la duración de la permanencia se limitará al período por el que se conceda; y b) *residencia en España de duración superior a un año*, caso este en que la tarjeta de residencia tendrá una duración de cinco años y será renovable. Los familiares de estos tendrán derecho a obtener una tarjeta de residencia vinculada a la del titular de aquella.

Nada dice el Real Decreto de la cuestión fundamental esto es, si los nacionales de otros Estados miembros y sus familiares no contemplados en el artículo 6 (ciudadanos que pueden residir sin tarjeta) tienen o no derecho a residir en España. La interpretación sistemática del Real Decreto conduce a la conclusión de que la libertad de circulación de los ciudadanos europeos sólo puede impedirse por razones de orden público, seguridad y salud públicas conforme al Capítulo IV del Real Decreto. Pero, es precisamente a partir de esta aproximación al problema cuando comienzan las dudas. En efecto, ¿es de aplicación al caso la Directiva 64/221/CEE del Consejo de 25/2/1964, para la coordinación de las medidas especiales para extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública (DOCE 56 de 4/4/64), dictada en el marco del actual artículo 39 del TCE? La respuesta no se deduce expresamente del texto del Real Decreto, siendo de esperar una interpretación de la Administración y de los Tribunales que incluya la aplicación de la citada directiva.

Dejaremos en este lugar el análisis del Real Decreto 178/2003 que, como decía antes, quedará obsoleto con la deseable aprobación de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros que en la actualidad se tramita.

#### IV. LA CIUDADANÍA EN EL PROYECTO DE TRATADO CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

Es cierto que se han producido avances muy significativos desde que la ciudadanía se incorporara al TCE, por virtud de la reforma llevada a cabo por el Tratado de la Unión Europea, hasta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tal y como hemos analizado anteriormente. Ahora se trataría de averiguar si el Proyecto de Tratado Constitucional que la Convención elabora ha dado algún paso adelante significativo.

De acuerdo con el Proyecto de Tratado Constitucional, conocido hasta la fecha, el artículo 7 del mismo está dedicado a la ciudadanía de la Unión. De modo que así como no está decidido si la Carta se va a integrar en el texto del Tratado Constitucional o va a figurar como un protocolo anejo al mismo, la ciudadanía aparece incluida de modo esquemático en el citado artículo 7. Dicho precepto tal y como ha sido redactado no añade nada nuevo. Así la ciudadanía europea está vinculada a la condición de nacional de un Estado miembro<sup>55</sup>. Bien es cierto que en el precepto se hace referencia expresa a la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, pero no parece que de esta mención puedan extraerse otras conclusiones que las que se deducen del artículo 12 del TCE que proscribe cualquier discriminación por razón de nacionalidad. Por otra parte no deja de ser sorprendente que el apartado 2 del citado artículo 7, al citar los derechos que conlleva la ciudadanía reproduzca los derechos que ya figuran en los artículos 18 a 21 del TCE<sup>56</sup>, sin incluir los nuevos derechos que ha incorporado la Carta a la condición de ciudadano de la Unión, a saber: el derecho a una buena administración y el derecho de acceso a los documentos.

En lo que se refiere al derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que se atribuye a todos los ciudadanos europeos, no se trata de un derecho exento de limitaciones. Así, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 7 del Proyecto antes citado: «Estos derechos se ejercerán conforme a las condiciones y límites definidos en la presente Constitución y en las disposiciones adoptadas para su apli-

---

<sup>55</sup> Dice así el art. 7 del Proyecto de Tratado constitucional: «*Toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro poseerá la ciudadanía de la Unión, que se añadirá a la ciudadanía nacional sin sustituirla. Todos los ciudadanos de la Unión son iguales ante la ley.*»

<sup>56</sup> En efecto el apartado 2 del artículo 7 dice así: «*Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en la presente Constitución. Tendrán derecho: A circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. A ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo, así como en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. A acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. De petición ante el Parlamento Europeo, a dirigirse al Defensor del Pueblo de la Unión, así como a dirigirse por escrito a las instituciones y organismos consultivos de la Unión en una de las lenguas de ésta y a recibir una contestación en esa misma lengua.*»

cación». Esto es, se ha acogido la fórmula que figura en la actualidad en el artículo 18 del TCE («con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación»). De modo que, a primera vista, se habría avanzado bien poco entre la regulación que figura en el artículo 18 del TCE y el artículo 7 del Tratado Constitucional. En ambos casos el ejercicio de los derechos a la libertad de residencia y libre circulación por el territorio de la Unión vienen o pueden venir limitados tanto por el propio Tratado como por disposiciones de desarrollo del mismo.

No debe olvidarse, antes analizamos este tema, que la Propuesta de Directiva relativa al derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, al interpretar sistemáticamente el artículo 18 junto con los artículos 40, 44 y 52 del TCE llega a la conclusión de que la libertad de circulación y de residencia está vinculada al ejercicio de una actividad económica. Así las cosas, si el Tratado Constitucional incorpora al mismo los contenidos de los artículos 40, 44 y 52 del TCE, las instituciones comunitarias podrían seguir interpretando que el ejercicio de los citados derechos estaría vinculado al ejercicio de actividades económicas.

Esto es, la referencia que se hace en el apartado 3 del artículo 7 del Proyecto de Tratado Constitucional no sería equiparable a referencias similares que se hacen algunos de los textos constitucionales de los Estados miembros (o en sus legislaciones ordinarias), cuando invocan como límites del ejercicio de los derechos que estudiamos los previstos en el propio texto o los que se deduzcan de la legislación de desarrollo del mismo. Y dicha equiparación no es posible por una razón fundamental, a saber, las limitaciones al ejercicio de dichos derechos por los nacionales de los respectivos Estados miembros en ningún caso alcanzan la posibilidad de no permitirles la entrada o la permanencia indefinida en su país de origen. Sin embargo, con fundamento en el apartado 3 del artículo 7 del Proyecto de Tratado Constitucional podría interpretarse que los diferentes Estados miembros podrían impedir la entrada o expulsar de sus territorios a los ciudadanos europeos que no fueran nacionales de dichos Estados.

En este punto, debe advertirse un retroceso sensible entre la redacción del artículo 7 del Tratado Constitucional y el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que antes analizamos. En efecto, como antes señalamos del artículo 45 de la Carta se deduciría una configuración desvinculada de los derechos de los ciudadanos europeos a residir y circular libremente en y por el territorio de la Unión Europea. Derechos desvinculados de la concurrencia de otros requisitos al margen de la ciudadanía de la Unión, que excluiría la posibilidad de que los Estados miembros pudieran expulsar o denegar la entrada en sus territorios a los nacionales de otros Estados miembros. De ser esto así, uno de los logros más considerables de la Carta se habría quedado en nada y, a partir del Tratado Constitucional europeo, la ciudadanía europea se nos presentaría de nuevo, en lo relativo al derecho a

residir y circular libremente en todo el territorio de la Unión, como un derecho vinculado al ejercicio de actividades económicas cuyo ejercicio, además, podría verse impedido por los Estados miembros en relación con los ciudadanos europeos de otras nacionalidades (derecho de entrada y expulsión).

O, si se prefiere, puede decirse que la redacción del artículo 7 del Proyecto de Tratado Constitucional permite la interpretación indeseable que acabamos de hacer, lo que no deja de ser desesperanzador. Esta circunstancia nos recuerda que aunque el proyecto europeo tiene un acusado sesgo supranacional, es un proyecto de Estados nacionales que conservan todavía la fuente de la soberanía, y la ciudadanía nacional, una de sus manifestaciones más prístinas de aquella, sería un valladar infranqueable. Así las cosas la ciudadanía europea plena seguirá siendo un Godot al que seguiremos esperando.