

REVISTA DE Derecho Comunitario Europeo



CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

ESTUDIOS

I. LIROLA DELGADO

Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis

M. M. MARTÍN MARTÍNEZ

Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis

M. ROBLES CARRILLO

El concepto de acoso en el derecho de la Unión Europea

S. CARRERA NÚÑEZ y G. MARRERO GONZÁLEZ

La ciudadanía Europea en venta

NOTAS

C. QUESADA ALCALÁ

Las víctimas encuentran su lugar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

J. L. DE CASTRO RUANO

El Comité de las Regiones en su vigésimo aniversario

M. I. GONZÁLEZ PASCUAL

El TJUE como garante de los derechos en la UE tras la sentencia Digital Rights Ireland

G. FERNÁNDEZ ARRIBAS y M. HERMOSÍN ÁLVAREZ

Los obstáculos de la regulación española sobre el impuesto de sucesiones y donaciones

P. GARCÍA ANDRADE

La ciudadanía europea y la sucesión de Estados

49

Año 18

Madrid

septiembre/diciembre

2014

ISSN: 1138-4026

ESTUDIOS



NOTAS



JURISPRUDENCIA



LEGISLACIÓN



BIBLIOGRAFÍA

ISSN: 1138-4026, Madrid
Núm. 49, septiembre/diciembre (2014)
Cuatrimestral

Directores:

GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS
Antiguo Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

MANUEL LÓPEZ ESCUDERO

Catedrático de la Universidad de Granada (Director Ejecutivo)

Comité de redacción

Fernando Castillo de la Torre
Servicio Jurídico de la Comisión Europea, Bruselas

Valeria di Comite
Profesora de la Universidad Aldo Moro de Bari

José Manuel Cortés Martín
Profesor Titular de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Justo Corti Varela
Profesor de la Universidad San Pablo-CEU de Madrid

Sara Iglesias Sánchez
Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo

Pablo Martín Rodríguez
Profesor Titular de la Universidad de Almería

Sixto Sánchez Lorenzo
Catedrático de la Universidad de Granada

Daniel Sarmiento
Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid. Letrado del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo

Antonio Segura Serrano
Profesor Titular de la Universidad de Granada

Marta Sobrido Prieto
Profesora Titular de la Universidad de La Coruña

Consejo Asesor

Victoria Abellán Honrubia
Catedrática de la Universidad de Barcelona

Enoch Albertí Rovira
Catedrático de la Universidad de Barcelona

Ricardo Alonso García
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Loïc Azoulay
Catedrático del Instituto Universitario Europeo de Florencia

Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano
Catedrático de la UNED

Georges Bermann
Catedrático de la Universidad de Columbia, Nueva York

Armin von Bogdandy
Catedrático y Director del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg

Ángel Boixareu Carrera
Director General en el Consejo de la UE, Bruselas

Laurence Burgorgue-Larsen
Catedrática Universidad Paris I Panthéon-Sorbonne

Nuria Bouza Vidal
Catedrática de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Oriol Casanovas y La Rosa
Catedrático de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Edorta Cobreros Mendazona
Catedrático de la Universidad del País Vasco

Secretaria:

NILA TORRES UGENA
Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid

Pedro Cruz Villalón
Abogado General del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo. Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid

Javier Díez-Hochleitner
Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid

Concepción Escobar Hernández
Catedrática de la UNED. Miembro de la Comisión de Derecho Internacional, Ginebra

Gaudencio Esteban Velasco
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Ramón Falcón y Tella
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Marcello di Filippo
Catedrático de la Universidad de Pisa

Gregorio Garzón Clariana
Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona. Antiguo Jurisconsulto del Parlamento Europeo

Luis Norberto González Alonso
Profesor Titular de la Universidad de Salamanca

Luis M. Hinojosa Martínez
Catedrático de la Universidad de Granada

Diego Liñán Noguera
Catedrático de la Universidad de Granada

Antonio López Castillo
Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid

Jean-Victor Louis
Catedrático emérito de la Universidad Libre de Bruselas

Araceli Mangas Martín
Catedrática de la Universidad de Complutense de Madrid

José Martín y Pérez de Nanclares
Catedrático de la Universidad de Salamanca. Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación

Santiago Muñoz Machado
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Manuel Pérez González
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Pablo Pérez Tremps
Magistrado emérito del Tribunal Constitucional y Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid

Fabrice Picod
Catedrático de la Universidad Paris II Panthéon-Assas

Antonio Ortíz-Arce
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

Rosario Silva de Lapuerta
Jefe del Tribunal de Justicia de la UE, Luxemburgo

José Manuel Sobrino Heredia
Catedrático de la Universidad de La Coruña

Ignacio Ulloa Rubio
Jefe del Tribunal General de la UE, Luxemburgo

Alejandro del Valle Gálvez
Catedrático de la Universidad de Cádiz

Eduardo Vilariño Pintos
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

LÍMITES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA UE POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA EN TIEMPOS DE CRISIS: UNA REVALUACIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

MAGDALENA M. MARTÍN MARTÍNEZ*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LÍMITES NORMATIVOS CLÁSICOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN EN LA DIRECTIVA 2004/38/CE.
 1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO, LA SEGURIDAD Y LA SALUD PÚBLICA.
 2. LAS GARANTÍAS NORMATIVAS PARA SU APLICACIÓN.
- III. DESARROLLOS NOVEDOSOS EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS LIMITACIONES POR RAZÓN DEL ORDEN PÚBLICO, LA SALUD Y LA SEGURIDAD PÚBLICAS.
 1. MODIFICACIONES EN EL ÁMBITO PERSONAL Y MATERIAL DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN.
 2. LA POSIBLE VINCULACIÓN ENTRE LAS LIMITACIONES TRADICIONALES Y LAS NUEVAS RESTRICCIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN POR MOTIVOS ECONÓMICOS.
 3. LIMITACIONES POR SALUD PÚBLICA Y FINES ECONÓMICOS.
- IV. ALGUNAS APORTACIONES RECIENTES EN EL CONTROL JUDICIAL DE LAS GARANTÍAS EXIGIBLES A LAS LIMITACIONES POR RAZÓN DE ORDEN PÚBLICO, SALUD Y SEGURIDAD PÚBLICA.
 1. VIGENCIA Y GRAVEDAD DE LAS AMENAZAS AL ORDEN PÚBLICO, SALUD O SEGURIDAD PÚBLICAS.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público, acreditada a Catedrática. Universidad de Málaga. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Colectivos en las márgenes: su exclusión por el derecho en tiempos de crisis» (DER 2012-34320).

2. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS AFECTADOS POR LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS.
 3. LA DETERMINACIÓN DE QUÉ SE ENTIENDE POR MOTIVOS IMPERIOSOS DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA.
- V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de libre circulación y residencia ha constituido desde sus orígenes la clave de bóveda del proceso de integración europea, primero en la consecución del mercado interior y, desde su inclusión en el estatuto de la ciudadanía europea, para el reconocimiento de un status jurídico común a todos los nacionales de los Estados miembros¹ que les permite disfrutar del mismo tratamiento con independencia de su nacionalidad. También desde los inicios, el ejercicio de este derecho ha estado sometido a limitaciones y condiciones, tal y como recuerda el artículo 21.1 del vigente TFUE, entre las cuales el orden público, la salud o la seguridad pública han ocupado tradicionalmente un lugar central no exento de controversia².

Asimismo es notorio que, debido a su naturaleza experimental³, la ciudadanía es un estatuto dinámico, que refleja con gran fidelidad las vicisitudes que el proyecto europeo experimenta en cada fase o momento histórico. En la actualidad la UE atraviesa una crisis económica, pero también política y social, cuyas repercusiones, significación y alcance están todavía por determinar⁴, pero que parecen afectar de manera muy especial al derecho a la libre circulación y a la interpretación de sus limitaciones.

Esta es la razón por la que hemos considerado el interés científico y social que tiene identificar y analizar las cuestiones renovadas que el ejercicio de la libre

¹ JACOBS, F.J., «Citizenship of the European Union: a legal analysis», *European Law Journal*, vol. 13, nº5, 2007, pp. 591-610; VOLLENSCHLAGER, F., «A new fundamental freedom beyond market integration: Union Citizenship and its dynamics for shifting the economic paradigm of European integration», *European Law Journal*, vol. 17, nº1, 2011, pp. 1-34.

² Así lo atestigua Heaton. HEATON, R., «European Community after 1992: the freedom of movement of people and its limitations», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 643, 1992-93, pp. 644-656.

³ GUILD, E., GORTÁZAR ROTAECHE, C., KOSTAKOPOULOU, D., *The reconceptualization of European Union citizenship*, M. Nijhoff, Leiden, 2014, p.1 y ss.

⁴ De hecho, para Habermas, la crisis de la UE es fundamentalmente una crisis de legitimación, una crisis de solidaridad y una crisis de confianza. HABERMAS, J., *The Crisis of the European Union. A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012, en especial pp. vii-xi.

circulación y residencia suscita en el presente contexto de crisis económica, así como las posibles tendencias restrictivas que de la misma pudieran derivarse. El resultado de esta labor, que hemos desarrollado de forma conjunta, comprende dos estudios independientes en su autoría, pero complementarios y estrechamente relacionados entre sí⁵. En concreto, nuestro propósito es discernir hasta qué punto el orden público, la salud o la seguridad pública, arquetipo limitador de los derechos fundamentales en general y del derecho a la libre circulación en particular, puede haber sufrido cierta hipertrofia en un contexto económico adverso y sus posibles repercusiones en el estatuto de la ciudadanía de la Unión.

Así, el presente artículo aborda la problemática actual que plantea el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia a partir de los desarrollos novedosos experimentados por estas restricciones tradicionales empleando una metodología basada en un análisis predominantemente jurisprudencial, puesto que en el desarrollo de este derecho, al igual que en el de la propia configuración de la ciudadanía europea, el TJUE desempeña una labor crucial. En este sentido, teniendo en cuenta el vasto acervo jurisprudencial y doctrinal relativo a la libre circulación, el marco temporal de análisis de la presente contribución parte de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), que justamente coincide con los albores de la crisis económica.

Los análisis cuantitativos indican que dicha crisis no ha supuesto un incremento significativo del ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia por los ciudadanos de la Unión⁶, pero apuntan hacia un modelo de movilidad interior distinta, una suerte de «nueva emigración», protagonizada por una generación de ciudadanos europeos que no responden a los perfiles migratorios típicos de tiempos pasados, en tanto que ejercen su derecho de libre circulación buscando sobre todo rentabilizar las oportunidades de promoción profesional y personal⁷. Lógicamente este fenómeno no ha afectado

⁵ Vid. el estudio de Lirola Delgado, I., «Derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y prestaciones sociales en tiempos de crisis», *RDCE*, n.º 49.

⁶ A finales de 2012, solo 14'1 millones de ciudadanos europeos residían en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad (el 2'8% de la población total), mientras que los nacionales de terceros países suponen un 4% de la población europea. Ello demostraría que la movilidad interior desde 2008 ha aumentado muy lentamente debido a la recesión económica y a la reducción de la inmigración proveniente de los PECOS. Datos ofrecidos por la Comisión Europea en el documento titulado, «Análisis trimestral sobre el empleo y la situación social en la UE», junio de 2013, pp. 42-43, basado en datos de Eurostat (EPA-UE).

⁷ La incidencia directa de la crisis en este fenómeno parece incuestionable, al propiciar el desplazamiento de jóvenes, procedentes principalmente de los Estados miembros económicamente más débiles y con mayores índices de desempleo, hacia aquellos otros socios con más oportunidades laborales y/o de formación. GALGÓCZI, B., WATT, A., (ed.),

por igual a todos los Estados miembros, de manera que, según se trate de Estados de origen o de acogida, el debate político y social en torno a las ventajas e inconvenientes que comporta el ejercicio de la libre circulación y sus limitaciones difiere de forma sustancial⁸.

A los efectos que aquí nos interesan, en este contexto de crisis la combinación de los llamados «ciudadanos móviles de la UE»⁹, sumado a la inmigración *strictu sensu* procedente de terceros países, está empezando a tener consecuencias jurídicas relevantes en dos planos interconectados.

Por una parte, estaría propiciando una tendencia a difuminar la diferencia entre ciudadanos de la Unión y nacionales de terceros países, dando lugar, como tendremos ocasión de comprobar, a una perniciosa equiparación en virtud de la cual se configuraría una sola categoría genérica, la de «inmigrantes»¹⁰. Ello supondría un giro copernicano en la percepción que la opinión pública tenía del derecho a la libre circulación¹¹, al presuponer que su ejercicio en tiempos de crisis deviene un factor negativo, ya que contribuye a minar los sistemas nacionales de protección social y pone en entredicho el estado de bienestar. La generalización de este argumento indujo a la Comisión a salir en defensa del derecho a la libre circulación, rebatiendo su falta de

EU labour migration since enlargement: trends, impacts and policies. Ashgate Publishing, 2013, así como los datos de dos informes. El informe anual *Employment and social development in Europe 2013*, de 21.01.2014, pp. 284-286, y el *Survey Report. Emigrating on times of crisis, Highlights and new data for an e-survey on high squalled emigrants from Southern Europe and Ireland*, Global Governance Programme, European University Institute, 2013.

⁸ En los Estados de acogida más afectados por la movilidad interior, caso de Gran Bretaña, Alemania u Holanda, la polémica gira en la incidencia negativa sobre sus sistemas sociales, mientras que, por el contrario, en los Estados de origen, por ejemplo Rumania o España, versa sobre la pérdida de recursos humanos y talento o los efectos de dicha fuga de jóvenes cerebros. Destaca la visión holística y acertada ofrecida sobre el particular por SHAW, J., «Citizenship: contrasting dynamics at the interface of integration and constitutionalism», *EUI Working Papers*, RCAS 2010-60, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, EUDO Citizenship Observatory; También por la misma autora, «EU citizenship and the edges of Europe», *CITSEE Working Paper* 2012/19, p. 5.

⁹ Terminología empleada en la Comunicación de la Comisión «Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave», COM (2013)837 final, de 25.11.2013, a la que se refiere también la nota 11.

¹⁰ GUILD, E., CARRERA, S./EISELE, K., «Social benefits and migration. A contested relationship and policy challenge in the EU», *Social benefits and migration. A contested relationship and policy challenge in the EU*, Justice and Home Affairs, CEPS Paperbacks, pp. 111-127.

¹¹ Según las encuestas oficiales, el derecho de libre circulación es, para el 56% uno de los logros más apreciados de la integración europea y la cara más visible de la ciudadanía. *Eurobarometer 15-24.03.2014*.

fundamentación estadística y documental¹². A nuestro juicio, el peligro de un giro así estriba en que puede llegar a cuestionar el estatuto de la ciudadanía de la Unión como condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia o, cuando menos, la dimensión social de la ciudadanía europea¹³.

Paralelamente, la crisis también estaría modulando y facilitando los límites a la libre circulación por razones de orden público, seguridad o salud pública, que podrían estar alegándose, en contra de la prohibición contenida en el derecho derivado, con fines exclusivamente económicos.

Frente a estos desarrollos recesivos, nuestra premisa de partida es que el ejercicio de la libre circulación en el territorio de los Estados miembros, sin otras limitaciones que las legalmente establecidas, que deben ser interpretadas restrictivamente, resulta imprescindible para garantizar la libertad y la igualdad en la Unión Europea. No solo es un requisito básico para el crecimiento económico, sino que ha adquirido una importancia fundamental como vector de integración política y social¹⁴, además de empoderar al ciudadano europeo y mejorar sus expectativas y horizontes¹⁵. De ahí la necesidad de proteger el acervo normativo existente frente a posibles derivas restrictivas, evitando dar por sentado su irreversibilidad¹⁶.

¹² La Comisión adoptó el 25.11.2013 una Comunicación sobre «La libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave», COM (2013) 837 final, en la que se afirma que los ciudadanos móviles de la UE pagan más en impuestos y contribuciones a la Seguridad Social que las prestaciones que reciben, por lo que en modo alguno suponen una carga para los Estados miembros de acogida, y que además no hay ninguna relación estadística entre la generosidad de los sistemas de bienestar y la movilidad interior. Dichos datos están basados en un Informe elaborado a petición de la propia Comisión titulado «ICF GHK Milieu: A fact finding analysis on the impact on the Member States' social security systems of the entitlements of non-active intra-EU migrants to special non-contributory cash benefits and healthcare granted on the basis of residence», 14.10.2013.

¹³ MARTÍN VIDA, M.A., «La dimensión social de la ciudadanía europea, con especial referencia a la jurisprudencia comunitaria en materia de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y su acceso a las prestaciones de asistencia social», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 8, 2007, pp. 95-137.

¹⁴ JIMÉNEZ LOBEIRA, P.C., «EU citizenship and political identity: the Demos and Telos problems», *European Law Journal*, vol. 18, nº 4, 2012, pp. 504-517.

¹⁵ KOCHENOV, D., «The essence of EU citizenship emerging from the last ten years of academic debate: beyond the cherry blossoms and the moon?», *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, vol. 62, nº 1, p. 134.

¹⁶ CLOSA, C./VINTILA, C.D., «La ciudadanía europea en tiempos de crisis», *El estado de la Unión Europea, La ciudadanía europea en tiempos de crisis*, LÓPEZ GARRIDO, D., (dir), Fundación Alternativas y Friedrich-Ebert-Stiftung, Madrid, 2014, p. 20.

Por todo lo anterior, ya hemos anticipado que el objetivo final del presente trabajo es reexaminar los límites tradicionales a la libre circulación de personas en el contexto actual de crisis que experimenta la UE, al objeto de discernir si las tendencias apuntadas estarían erosionando la ciudadanía de la Unión. Con tal fin, comenzaremos analizando el marco normativo en el que se regulan tales límites, aproximándonos al concepto y el contenido del orden público, salud o seguridad pública, y desgranando las garantías normativas previstas para su aplicación (II). A continuación, nos centraremos en la aplicación e interpretación de estas limitaciones mediante el examen de la jurisprudencia del TJUE posterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa relativa a la libre circulación como un derecho fundamental, que no depende de la concurrencia de elementos transfronterizos o referentes comunitarios, ni del ejercicio de actividades económicas, sino solo del estatuto de la ciudadanía europea¹⁷. Examinaremos los principales desarrollos novedosos que a nuestro juicio se están operando en la materia, y que afectan al ámbito personal y material del derecho a la libre circulación, así como a la posible aparición de un vínculo creciente entre el orden público y la salud pública y las nuevas restricciones a la libre circulación por motivos económicos (III). Indagaremos luego en las aportaciones recientes en el control judicial por el TJUE de los límites a la libre circulación por razón de orden público, salud o seguridad pública (IV), para culminar con algunas consideraciones finales, fruto de la reflexión conjunta con Isabel Lirola (V), acerca de si las transformaciones experimentadas en las limitaciones de la libre circulación son puramente coyunturales o si, por el contrario, indican una mutación en este derecho, que de instrumento jurídico clave en la integración europea, estaría empezando a ser considerado un lastre para el progreso económico y social de la Unión y de sus Estados miembros.

II. LÍMITES NORMATIVOS CLÁSICOS A LA LIBRE CIRCULACIÓN EN LA DIRECTIVA 2004/38/CE

Ya ha quedado de manifiesto que la libre circulación de personas en la UE no ha sido nunca un derecho absoluto, sino que ha estado sometida a condiciones normativas previstas tanto en los Tratados como en el derecho

¹⁷ Sobre la naturaleza bifronte de la libre circulación de personas, en su doble dimensión de libertad económica y política *vid.* SOTO MOYA, M., «La libre circulación de personas como concepto ambivalente», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 60, nº 1, 2008, pp. 163-178.

derivado¹⁸. De hecho, la libre circulación presenta un anclaje triple en el derecho originario. A su conexión íntima con el establecimiento de un mercado común interior reconocida expresamente en el Acta Única Europea se sumó la condición de derecho inherente al estatuto de la ciudadanía europea proclamada en el Tratado de Maastricht, y desde el Tratado de Ámsterdam, también la de piedra angular del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). Esta base múltiple se ha mantenido en el artículo 3.2 del vigente TUE y en los artículos 20.2.a), 21.1 y 67 del TFUE. En concreto, el artículo 21.1 dispone expresamente que la libre circulación es un derecho que los ciudadanos de la Unión podrán ejercer «con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación».

Dichas limitaciones se han formulado de forma ininterrumpida y en términos casi idénticos desde los orígenes de las Comunidades Europeas hasta el presente¹⁹. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el marco jurídico normativo lo conforman los artículos 20, 21.1, 45.3 y 52.1 y 62 del TFUE, así como el capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, 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 miembros²⁰. Tanto el derecho primario como el secundario reiteran las restricciones clásicas por razones de orden público, seguridad y salud pública aplicables a la libre circulación de personas, a la de trabajadores, y a la libre prestación de servicios. En la misma línea, el artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), que como es notorio, goza del mismo valor jurídico que los Tratados, reco-

¹⁸ Así lo afirman taxativamente, entre otras, las sentencias de 11 de abril de 2000, Kaba, C 356/98, *Rec. p. I* 2623, apartado 30; de 6 de marzo de 2003, Kaba, C 466/00, *Rec. p. I* 2219, apartado 46, y de 10 de abril de 2008, Comisión/Países Bajos, C 398/06, *Rec. p. I* 0000, apartado 27.

¹⁹ En este sentido el tenor literal de los artículos 48, 56 y 66 del TCEE, así como 30.3, 39, 46 y 55 del TCE. HUBEAU, F., «L'exception d'ordre public et de la libre circulation des personnes en Droit communautaire», *Cahiers de Droit Européenne*, nº 1-2, 1981, pp. 243 y ss.

²⁰ *DO L* 229, de 29.6.2004, p. 35. Hay que recordar que con anterioridad la regulación de la libre circulación y residencia adolecía de un enfoque sectorial y fragmentario, como demuestra el hecho de que la Directiva 2004/38 viniera a derogar a una panoplia de normas, 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/CE, la primera de las cuales databa de 1968 y la última de 1993.

noce el derecho a la libre circulación y residencia a todos los ciudadanos de la Unión, que se ejercerá con las condiciones y límites vigentes en el Derecho de la Unión (artículo 52.2 de la CDFUE).

Estos límites normativos, pese a ser expresos y tasados, son también muy difusos, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados cuya interpretación, *per se* compleja, se complica por la necesidad de acudir a los ordenamientos de los Estados miembros para conocer cuáles son los valores que amparan, si bien será el Derecho de la Unión el que en última instancia determine la admisibilidad, en términos materiales y procesales, de las valoraciones estatales²¹. Corresponde por tanto a las autoridades nacionales competentes la aplicación de tales limitaciones, previa definición de los intereses y valores sociales esenciales que tienen que ser protegidos. Sin embargo, la adecuación de las mismas al Derecho de la Unión Europea y la idoneidad de su interpretación está siempre y en cada caso sometida al control del TJUE²². El análisis de la jurisprudencia reciente del TJUE nos permitirá conocer los nuevos desarrollos en la interpretación y aplicación de las limitaciones por razones de orden público, seguridad y salud, aunque previamente consideramos necesario profundizar en el concepto y contenido de dichas limitaciones, así como en las garantías normativas exigidas para su aplicación.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO Y CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO, LA SEGURIDAD Y LA SALUD PÚBLICA

Aunque no existe un «*ius migrandi*» entendido como un derecho humano absoluto a la libre circulación internacional o entre Estados, el Derecho Internacional contemporáneo ha procedido al reconocimiento del derecho a la libre circulación interna, dentro de las fronteras de un Estado, como un dere-

²¹ ELVIRA PERALES, A., «Libertad de circulación comunitaria y orden público en España», *Cuadernos de Derecho Público*, nº30, 2007, pp.35-52. El mismo artículo, con idéntico título y contenido, se publicó después en la *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, nº2, 2008, p. 525.

²² En este sentido, existe una jurisprudencia constante y reiterada, en la que destacan, sin ánimo de exhaustividad, las sentencias de 28 de octubre de 1975, Rutili, 36/75, *Rec.* p. 1219, apartados 26 y 27; de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, C- 30/77, *Rec.* p. 1999, apartados 33 y 34; de 14 de marzo de 2000, Église de scientologie, C 54/99, *Rec.* p. I 1335, apartado 17, y de 14 de octubre de 2004, Omega, C 36/02, *Rec.* p. I 9609, apartados 30 y 31.

cho limitado, sujeto a razones de orden público, seguridad pública y salud públicas²³. Como hemos anticipado, la excepción del orden público, la salud y la seguridad ha sido también objeto de recepción en los Tratados originarios y en sucesivas normas de derecho secundario. El problema estriba en que, a semejanza del Derecho Internacional, el Derecho de la Unión Europea no define ninguno de estos conceptos, muy próximos entre sí pero diferentes y no intercambiables, cuya determinación se operará en cada caso por vía de la jurisprudencia del TJUE²⁴. No obstante, en la Unión Europea al menos se precisa que no caben restricciones por razón de la moral pública, noción autónoma que no sería equiparable automáticamente al orden, la seguridad o la salud pública, y a la que se refiere el artículo 36 del TFUE²⁵.

En términos generales, el orden público, históricamente considerado como «an unruly horse to ride²⁶», se identifica con una convivencia social pacífica, que resultará perturbada cuando se constate el ataque a un bien jurídico protegido a consecuencia de la violación de un derecho o una libertad de los particulares, o cuando afecte negativamente el ejercicio de competencias pú-

²³ En concreto, por lo que se refiere a la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos, mientras que el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 alude exclusivamente a la libre circulación dentro de las fronteras interiores del Estado, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 reconoce no solo la libre circulación interna sino también la libre circulación entre Estados, matizando en su apartado 3 que tales derechos «no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto».

²⁴ RISTEA, O.E., «Free movement of EU citizens: limitations on grounds of public policy, public security and public health», *Challenges of the Knowledge Society Law*, vol. 1, 2011, pp. 725-736.

²⁵ De hecho, en la UE se ha recurrido a la moral pública en relación con la imposición de restricciones al comercio internacional, como ha sucedido recientemente con la aprobación del Reglamento (UE) N° 737/2010 de la Comisión, de 10 de agosto de 2010, por el que se prohíbe la importación y la introducción en territorio comunitario de todos los productos derivados las focas, por la extrema crueldad de su caza. En la decisión del Grupo Especial de la OMC que dilucidó las demandas interpuestas por Canadá y Noruega contra estas medidas, se afirma que aunque la prohibición viola algunos artículos de acuerdos internacionales sobre comercio, responden a «preocupaciones morales de los ciudadanos de la UE sobre el bienestar de las focas».

²⁶ Expresión utilizada por el juez Burrough en 1824 en el asunto Richardson v. Mellish, recogida por el juez MANCINI, F., en *Democracy and Constitutionalism in the European Union. Collected Essays*, Hart Publishing, London, 2000, p. 213.

blicas regladas²⁷. A nuestro entender, la definición de orden público en el ámbito del Derecho de la Unión Europea no está aún consolidada, por lo que puede calificarse de tentativa o emergente. De hecho, carece de especificidad propia, y continúa siendo una noción estatal bajo control del TJUE²⁸, pese al avance que en este sentido ha supuesto la consagración de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el que se garantiza a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación, en consonancia con la CDFUE²⁹.

Por su parte, la seguridad pública es un concepto ambivalente, puesto que comprende la seguridad y la defensa nacional y, por tanto, pretende salvaguardar la seguridad interna y externa, así como la integridad territorial y las instituciones estatales³⁰. Lógicamente ello implica la necesidad de garantizar la supervivencia del Estado como tal y la de su población, sin olvidar la defensa frente a amenazas derivadas de las relaciones exteriores o el ataque a intereses militares³¹. Las similitudes entre orden y seguridad pública explican su solapamiento, y el hecho de que las autoridades nacionales tiendan a invocar ambos conceptos de manera conjunta, ya que, además, los dos deben interpretarse restrictivamente. La seguridad es complementaria del orden público y no puede entrañar medidas que deban estar cubiertas por éste. En este sentido, recientemente el TJUE ha afirmado que las restricciones a la libre circulación en ámbitos como la seguridad marítima y aérea en modo alguno justifican la adopción de medidas discriminatorias por razón de nacionalidad

²⁷ SUDRE, F., «L'ordre public européen», en REDOR, M.J., (dir.), *L'ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droit fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001; PICAL, C., *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, 2001; KESSEDIAN, C., «Public Order in European Law», *Erasmus Law Review*, vol. 1, n° 1, 2007, pp. 25-37.

²⁸ ÁLVAREZ ARTEAGA, M., «Orden público: unidad axiológica, espacio europeo», *Anuario de Derecho Europeo*, n° 3, 2003, pp. 15-45.

²⁹ GUZMÁN ZAPATER, M., «¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario? (A propósito de las SSTJCE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el art. 27.1 del Convenio de Bruselas)», *Aranzadi civil: revista doctrinal*, n° 1, 2001, pp. 1945-1970.

³⁰ En este sentido apuntan, entre otras, las sentencias de 26 de octubre de 1999, Sirdar, C 273/97, *Rec. p. I* 7403, apartado 17; de 11 de enero de 2000, Kreil, C 285/98, *Rec. p. I* 69, apartado 17; de 13 de julio de 2000, Albore, C 423/98, *Rec. p. I* 5965, apartado 18, y de 11 de marzo de 2003, Dory, C 186/01, *Rec. p. I* 2479, apartado 32.

³¹ Sobre este particular, las sentencias de 10 de julio de 1984, Campus Oil y otros, 72/83, *Rec. p. I* 2727, apartados 34 y 35; de 17 de octubre de 1995, Werner, C 70/94, *Rec. p. I* 3189, apartado 27; Albore, citada en nota anterior, apartado 22, y de 25 de octubre de 2001, Comisión/Grecia, C 398/98, *Rec. p. I* 7915, apartado 29.

o residencia en la regulación de cuestiones de orden puramente técnico como, por ejemplo, la obtención de títulos náuticos de recreo³².

A diferencia de los dos primeros, la salud pública presenta un contenido y unos perfiles más definidos y objetivables, al identificarse con el riesgo sanitario de enfermedades epidémicas lo que, como comprobaremos, no ha eliminado los problemas interpretativos.

A los efectos del presente artículo, el control de las tres limitaciones clásicas se ha suscitado en el marco de la aplicación de la citada Directiva 2004/38/CE, que distingue y gradúa dos restricciones a la libre circulación de personas y al derecho de entrada y de residencia de los ciudadanos europeos y sus familias.

Primera, las excepciones basadas en cualquiera de los tres conceptos, orden público, seguridad pública o salud públicas, serán apreciadas discrecionalmente por las autoridades nacionales pertinentes de conformidad con sus propias necesidades, que no son necesariamente comunes y que suelen variar con el tiempo, de una época a otra (arts. 27, 28 y 29)³³.

Segunda, la posibilidad de que el orden y la seguridad públicas traigan aparejadas una decisión de expulsión del ciudadano de la Unión o de sus familiares del territorio del Estado miembro de acogida, sea o no el de su nacionalidad, como pena o medida accesoria (art. 33)³⁴.

Con anterioridad a su codificación en la vigente Directiva 2004/38/CE había tenido lugar una reducción de la autonomía estatal en la apreciación de las citadas imitaciones merced a la jurisprudencia del TJUE, que se tradujo en la fijación de criterios y pautas de interpretación restrictivas, mediante los cuales se precisaba y dotaba de contenido a éstos conceptos jurídicos indeterminados. La evolución jurisprudencial confirma que la discrecionalidad estatal absoluta en la valoración de las limitaciones a la libre circulación, presente en las sentencias pioneras, pronto dio paso, a través de una rica casuística, a la elaboración de una suerte de lista abierta de las conductas y condiciones en las que podían operar dichas restricciones.

³² Sentencia de 6 de febrero de 2014, *Navileme y Nautizende*, C-509/12, aún no publicada en la Rec., apartado 17.

³³ LINDAH, L.H., «Discretion and Public Policy: Timing the Unity and Diversity of Legal Orders», en PRECHAL, S., VAN ROERMUND, B., *The Coherence of EU Law: The Search for Unity and Divergent Concepts*, Oxford University Press, London, 2008, pp. 291-314.

³⁴ GORTAZAR ROTAECHE, C., «Unión Europea: la medida de expulsión como excepción al derecho de libre circulación de ciudadanos de la UE», *Fundación Alternativas, Memorando OPEX*, nº 149, 2010.

Esas pautas fueron compiladas en sucesivas normas de derecho derivado, transformándose así en dos tipos de requisitos normativos que las limitaciones en virtud del orden público, la seguridad y la salud han de satisfacer: garantías sustantivas o materiales, y garantías procedimentales o formales.

2. LAS GARANTÍAS NORMATIVAS A LAS LIMITACIONES POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA

En la determinación de las limitaciones al derecho a la libre circulación y residencia procede tomar en consideración tanto las normas sustantivas o materiales como las procedimentales o formales que condicionan el ejercicio por los Estados miembros de sus competencias en esta materia. Dichos requisitos normativos han sido desarrollados en el mencionado capítulo sexto de la Directiva 2004/38/CE (arts. 27 a 33). Del tenor literal y el contenido del extenso precepto dedicado a los principios generales (art. 27) se deducen, no sin cierta dificultad, ambos tipos de garantías, cuyo alcance ha sido posteriormente aclarado por la Comisión con motivo de la implementación de la citada Directiva³⁵. En el apartado de las garantías sustantivas o materiales cabe incluir las siguientes:

En primer lugar, en ningún caso el orden público, la seguridad o la salud pública pueden ser invocados con fines económicos (art. 27.1).

En segundo lugar, las medidas restrictivas adoptadas deben ajustarse al principio de proporcionalidad (art. 27.2). La evaluación de la proporcionalidad se efectúa después de que se haya acordado la existencia de una amenaza. Su finalidad es comprobar que la limitación impuesta no exceda de lo necesario para lograr el fin perseguido, lo que comporta analizar el grado de peligro social que representa el destinatario de dicha medida, la naturaleza y frecuencia de las actividades delictivas, el tiempo transcurrido, y el comportamiento posterior de la persona en cuestión.

En tercer lugar, las restricciones a la libre circulación amparadas en estos tres conceptos deben estar fundadas exclusivamente en conductas personales e individuales, por lo que no serán admisibles medidas colectivas ni razones

³⁵ COM (2009), 313 Final. «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Orientaciones para una mejor transposición y aplicación de la Directiva 2004/38/CE 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» (Texto pertinente a efectos del EEE), Bruselas, 2.7.2009.

de prevención general, salvo en acontecimientos deportivos, cumbres internacionales etc. Las condenas penales previas no justifican por sí la adopción de tales medidas (art. 27.2). En este orden de cosas, aunque excede del objetivo del presente artículo, conviene recordar que idéntico límite opera en relación con la excepción del orden público en el marco del espacio Schengen, lo que explica que el Parlamento Europeo y la Comisión reaccionaran contra las expulsiones masivas de familiares de ciudadanos europeos de origen romaní ordenadas por las autoridades francesas en 2010, obligándoles a modificar la normativa interna al respecto³⁶.

En cuarto lugar, tales conductas han de constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave, que afecte a un interés fundamental de la sociedad del Estado miembro de acogida, cuya apreciación no pueden basarse solo en la valoración previa realizada por otro Estado miembro (art. 27.2.2)³⁷.

Finalmente, los requisitos genéricos se completan con una protección reforzada frente a lo que se considera es una medida extrema limitativa de la libre circulación, como es la expulsión del territorio (art. 28). Así, cuando por razones de orden o seguridad públicas se dicte una orden en este sentido contra ciudadanos de la Unión o su familia, habrá que tomar en consideración su grado de integración en el Estado miembro de acogida. El nivel de integración se mide tanto mediante indicios objetivos (duración de la residencia previa, la edad, el estado de salud, la situación familiar y económica), como subjetivos (arraigo e importancia de los vínculos con su país de origen). En caso de que los ciudadanos de la UE acrediten una residencia previa mínima de diez años en el Estado miembro de acogida o sean menores de edad, no podrán ser expulsados, salvo que la decisión se base en «motivos imperiosos de seguridad pública» (art. 28.3).

Por lo que a las garantías formales o procedimentales se refiere, a diferencia de las sustantivas, están expresamente previstas y desarrolladas (arts. 30 a 33). Todas ellas desarrollan el derecho a la tutela judicial efectiva, que implica la obligación de notificación de las decisiones limitativas (art. 30),

³⁶ Un análisis detallado de esta cuestión puede encontrarse en CARRERA, S., FAURE ATGER, A., «L'affaire des Roms: A Challenge to the EU's Area of Freedom, Security and Justice», CEPS, 2010. SIGONA, N., «EU Citizenship, Roma Mobility and Anti-Gypsyism: Time for Reframing the Debate?», ANDERSON, B./KEITH, M., (eds.), *Migration: The COMPAS Anthology*, Oxford: COMPAS.

³⁷ Así lo indica la sentencia Rutili ya citada, apartado 28, además, entre otras, de la sentencia de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos y Oliveri, C 482/01 y C 493/01, *Rec.* p. I 5257, apartado 66.

como condición previa a la interposición de los recursos administrativos o judiciales procedentes. Mediante dichos recursos se pretende verificar la legalidad y proporcionalidad de las medidas adoptadas, a través de un juicio justo en el que el recurrente disponga de todas las medidas necesarias para su defensa (art. 31). En esta línea, la ejecución de las órdenes de expulsión no puede ser inmediata, ya que se exige el cumplimiento de determinados plazos temporales, de manera que no podrán materializarse antes de un mes a partir de la notificación, salvo casos urgentes debidamente justificados (art. 30.3). En parecidos términos, también cabe la revisión de la vigencia y efectos de las prohibiciones de entrada en el territorio de un Estado miembro, pudiendo solicitarse su levantamiento si existiera un cambio fundamental en las circunstancias o, en cualquier caso, una vez transcurridos tres años desde su ejecución (art. 32).

De todo lo anterior nos interesa poner de manifiesto dos consideraciones. Por una parte, que estas garantías sustantivas y procesales no están ordenadas jerárquicamente, sino que son acumulativas. Y por la otra, que la interpretación de las limitaciones por razón del orden público, la salud o la seguridad pública y las garantías exigibles para su aplicación están en constante revisión³⁸, como acreditan los desarrollos novedosos que a continuación se exponen.

III. DESARROLLOS NOVEDOSOS EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS LIMITACIONES POR RAZÓN DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA

Tal y como hemos anticipado, la revisión de la jurisprudencia más reciente del TJUE relativa a la libre circulación como un derecho de ciudadanía revela algunos desarrollos novedosos, surgidos en el contexto de la crisis económica, pero cuyo alcance pudiera ir más allá de esta situación coyuntural. Tales desarrollos conciernen tanto a modificaciones en el ámbito personal y material del derecho a la libre circulación como, sobre todo, a la aparición de un vínculo inédito entre los límites clásicos por orden público y la salud pública y nuevas restricciones a la libre circulación por motivos económicos.

³⁸ CHIDO, C.J., «Peril of Movement: Migrating Roma Risk Expulsion as EU Member States Test the Limits of the Free Movement Directive», *Tulane Journal of International & Comparative Law*, vol. 20, nº 1, 2011, pp. 233 y ss.

1. MODIFICACIONES EN EL ÁMBITO PERSONAL Y MATERIAL DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN

Ya ha quedado de manifiesto que la libre circulación y residencia es uno de los pilares sobre los que se ha erigido la construcción europea desde su etapa fundacional, en el que se concebía desde una perspectiva puramente economicista, hasta su consagración como un derecho fundamental en el marco de la ciudadanía de la Unión. Aunque a priori los titulares del derecho a la libre circulación y residencia son los ciudadanos de la Unión y asimilados³⁹, con exclusión de los nacionales de terceros Estados, hemos adelantado que se ha operado una ampliación de la categoría de beneficiarios originarios.

Por una parte, sucesivas normas de derecho secundario, avaladas por la jurisprudencia del TJUE, han extendido este derecho a los familiares de los ciudadanos de la Unión. Por otra parte, tras la adopción de la CDFUE, se ha reconocido de forma expresa la facultad de atribuir este mismo derecho a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro⁴⁰. La atribución del derecho a la libre circulación a ambas categorías de beneficiarios sobrevenidos implica que todos ellos están sometidos a las mismas medidas limitativas en virtud del orden público, la seguridad o la salud públicas que rigen para los titulares originarios. Por consiguiente, el ámbito de personas potencialmente sujetas a limitaciones del derecho a la libre circulación comprendería, en términos absolutos y sin excepción alguna, a todos los ciudadanos de la Unión, a sus familiares y a los extranjeros residentes regulares.

Sin embargo, esta aseveración ha de ser matizada a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de octubre de 2012⁴¹. Esta es una decisión significativa, entre otras razones⁴², porque plantea un problema novedoso, que

³⁹ Como es sabido, por tales se entienden con carácter general y sin necesidad de precisiones añadidas, los nacionales de países miembros del Espacio Económico Europeo y de la Confederación Suiza.

⁴⁰ Teleológicamente, mientras que la razón de ser de la primera ampliación del derecho a la libre circulación reside en el respeto a la vida familiar de los ciudadanos europeos, la segunda se fundamenta en la voluntad declarada de facilitar la integración de los extranjeros en situación regular (art. 79.4 TFUE). IGLESIAS SÁNCHEZ, S., *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea. El régimen de movilidad en las directivas de la UE en materia de inmigración*, ed. Reus, Madrid, 2010.

⁴¹ Sentencia de 16 de octubre de 2012, Hungría/ Eslovaquia, C-364/10, *Rec.* p.I-000.

⁴² Se trata de un pronunciamiento relevante por su excepcionalidad, ya que en contadas ocasiones los Estados miembros hacen uso de la facultad de interponer un recurso

hasta ese momento ni siquiera se había vislumbrado, acerca de si todos los ciudadanos de la Unión están sujetos a la aplicación del artículo 21 del TFUE y la Directiva 2004/38/CE o si, por el contrario, existe alguna excepción por causa del cargo oficial o la función pública ejercida.

El caso tiene su origen en el recurso presentado por Hungría contra Eslovaquia por la presunta violación del derecho a la libre circulación de uno de sus nacionales, quien a su condición de nacional húngaro, y en consecuencia ciudadano de la Unión, sumaba la de Jefe del Estado en activo. Se trataba por tanto de una persona internacionalmente protegida, con un estatuto jurídico internacional especial en materia de privilegios e inmunidades, condición que, en opinión de la parte demandante, en nada alteraba el contenido, alcance y condiciones de su derecho a la libre circulación. Sin embargo, a juicio del TJUE precisamente el cargo de Jefe de Estado en activo que el interesado desempeñaba es el elemento que lo diferencia de los demás ciudadanos de la Unión, siendo incluso irrelevante que pretendiera ejercer el mismo y desplazarse para visitar Eslovaquia como particular, o que tal visita tuviera un carácter oficial. Para el TJUE, la condición de Jefe de Estado supone un rasgo fundamental que lo distingue de sus compatriotas y del resto de nacionales de los demás Estados miembros, y que comporta que el ejercicio de su derecho a la libre circulación no esté sujeto a las mismas condiciones aplicables a los restantes ciudadanos de la Unión.

De hecho, el TJUE entiende que en este caso en concreto ni el artículo 21 del TFUE ni la Directiva 2004/38/CE exigen que se garantice la libre circulación del presidente de Hungría, precisamente por el cargo que ocupa. Llevando este argumento hasta sus últimas consecuencias, tampoco entonces tendrían porque aplicárseles de manera automática las restricciones por razón de orden público, salud y seguridad pública vigentes en las demás categorías de beneficiarios, puesto que en este supuesto el estatuto personal de ciudadanía europea, regido por el Derecho de la Unión, habría experimentado una limitación de naturaleza funcional, derivada la condición de Jefe de Estado, que se rige por el Derecho Internacional Público.

por incumplimiento (art. 259 del TFUE), y también porque aborda la cuestión recurrente de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho de la Unión desde una óptica original. Un análisis exhaustivo de la misma en SALAMANCA AGUADO, M. E., «La restricción a la libre circulación del Jefe de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de octubre de 2012, en el asunto Hungría c. República Eslovaca (C-364/10)», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 30, 2013.

Reconociendo la complejidad del asunto, y la habilidad del TJUE para afirmar su propia competencia y aplicar el Derecho de la Unión Europea, a la par que acepta la competencia exclusiva de los Estados miembros sobre las relaciones diplomáticas, en nuestra opinión el TJUE no rebate con la solidez deseada una de las alegaciones formuladas por Hungría que afectan a la raíz del caso, a saber: que la libre circulación es un derecho de todos los ciudadanos europeos, incluidos los Jefes de Estado, por lo que no pueden admitirse límites adicionales a los legalmente previstos. Además, tales límites deben siempre interpretarse restrictivamente, y aplicarse solo previo cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma enunciados en la citada Directiva. No obstante, como se ha señalado acertadamente, la razón última por la cual el TJUE admite limitar el derecho a la libre circulación en virtud del Derecho Internacional más allá de lo previsto en el derecho derivado no es tanto fruto de una interpretación de la Directiva 2004/38/CE como del carácter disuasorio que persigue la sentencia, cuya finalidad última es evitar que los Estados miembros recurran al recurso por incumplimiento para resolver problemas de índole política⁴³. Sin embargo, al margen de la especificidad del caso concreto, una ampliación de los límites a la libre circulación *extra* o *contra legem* supondría abrir la caja de pandora, favoreciendo la aparición de nuevas restricciones a la libertad de circulación que nada tienen que ver con el Derecho Internacional, sino que persiguen fines políticos y/o económicos. Sea como fuere, el alcance de este pronunciamiento está por determinar, puesto que junto a los Jefes de Estado hay otras categorías de ciudadanos de la Unión que, al ejercer determinadas funciones regidas por el Derecho Internacional, tales como los Jefes de Gobierno, Ministros de Asuntos Exteriores, o agentes del Estado en sentido amplio, también podrían ver limitado el ejercicio de su derecho a la libre circulación.

Respecto al ámbito de aplicación material, las limitaciones a la libre circulación pueden afectar a todas y cada una de las manifestaciones de este derecho, de manera que, como la jurisprudencia del TJUE se ha encargado de señalar⁴⁴, cabe

⁴³ Esta es la tesis de ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., «Ciudadano o Presidente? El caso Hungría c. República Eslovaca o el uso político del recurso por incumplimiento; análisis de la STJUE de 16 de octubre de 2012 (asunto C-364/10)», *La Ley Unión Europea*, nº 1, febrero 2013, pp. 5-11, quien considera que, puesto que el TJUE acaba reconociendo que la Directiva 38/2004/CE no es aplicable al caso, las disquisiciones sobre si su errónea invocación constituye o no un abuso de derecho resultan superfluas y en nada favorecen la claridad y coherencia de la sentencia.

⁴⁴ Sobre este particular resulta clave la ya citada sentencia de 28 de octubre de 1975, Rutili, 36/75.

la adopción de una amplia lista de medidas restrictivas, entre las que destacan la prohibición absoluta o parcial del derecho de libre salida y entrada en el territorio del Estado de origen; la prohibición o restricción de la libre entrada y residencia en el Estado de acogida; la expulsión del Estado de acogida y consiguiente repatriación al Estado de origen, o cualquier otra que, pese a no estar expresamente prevista, pueda desprenderse del derecho fundamental a la libre circulación. Conviene recordar que la totalidad de estas medidas deberán respetar las garantías sustantivas y procedimentales previstas en el Derecho de la Unión Europea analizadas en los epígrafes anteriores.

2. LA POSIBLE VINCULACIÓN ENTRE LAS LIMITACIONES TRADICIONALES Y LAS NUEVAS RESTRICCIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN POR MOTIVOS ECONÓMICOS

Tal y como ya hemos afirmado, en el derecho derivado existe una prohibición expresa de que las limitaciones por razones de orden público, seguridad pública o salud pública sean adoptadas con fines económicos (art. 27 de la Directiva 38/2004/CE), cualquiera que sea la coyuntura o situación financiera en la que se encuentren la Unión Europea y sus Estados miembros.

Sin embargo, la taxatividad de la norma no ha impedido que el TJUE haya admitido en la sentencia de 17 de noviembre de 2011⁴⁵, la validez de una medida restrictiva de la libre circulación consistente en la prohibición de salir del propio país impuesta a un ciudadano de la Unión por el impago de una deuda fiscal por valor de 22.000 euros, correspondiente al impuesto del valor añadido y los derechos de aduana de la sociedad de la cual era uno de los gerentes. El razonamiento del TJUE es que el incumplimiento de los deberes tributarios puede ser contrario al orden público, y que además dicha medida no persigue directamente un fin económico, puesto que obedece a consideraciones macroeconómicas y sociales a gran escala. Al objeto de reforzar la compatibilidad de su posición con el tenor literal de la Directiva 38/2004/CE, el TJUE matiza la necesidad de verificar en cada caso que la morosidad fiscal no sea la única causa de tal limitación, mediante una apreciación específica que demuestre que el comportamiento personal del afectado constituye una amenaza real para el orden público. Exige también que la medida adop-

⁴⁵ Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Aladzhov, C-434/10, *Rec.* p. I-1165, apartados 16 y 17.

tada resulte proporcional y apropiada para la consecución del objetivo perseguido, que se entiende no es otro que saldar la deuda contraída con el fisco.

En nuestra opinión, aunque el TJUE había reconocido con anterioridad la posibilidad de que los Estados miembros adoptaran medidas restrictivas de los derechos y libertades básicas, tales como el libre establecimiento o la libre prestación de servicios, en aras de la lucha contra el fraude fiscal y la protección de su erario público⁴⁶, la citada sentencia podría suponer un punto de inflexión, puesto que de la misma se infiere el establecimiento de un vínculo indirecto entre el orden público y la facultad legal de imponer restricciones a la libre circulación por fines económicos contemplada en la propia Directiva 38/2004/CE. Si bien es cierto que en el caso citado el TJUE considera compatible con el Derecho de la Unión una medida concreta limitativa de la libre circulación, como es la prohibición de salida del territorio nacional en aras de la protección del erario público, procede señalar que este mismo argumento, a saber, que el orden público ampara restricciones a la libre circulación para garantizar los ingresos presupuestarios de los Estados miembros, suele utilizarse también en la adopción de otras medidas limitativas, tales como la revocación de los permisos de residencia y la subsiguiente expulsión, dictadas contra ciudadanos de la Unión que, por no ser autosuficientes y depender para su subsistencia de los servicios sociales, suponen un coste añadido para los sistemas sociales y el erario público de los Estados miembros de acogida (art. 7, en relación con el 14)⁴⁷.

Sin perjuicio de que volvamos sobre esta cuestión, nuestra hipótesis es que al avalar que el Derecho de la Unión permita a las autoridades nacionales restringir la libre circulación de sus propios nacionales por el impago de deudas fiscales, podría interpretarse que el TJUE está evidenciando cierta permisividad en relación a la aplicación de límites a la libre circulación por motivos económicos relacionados con la salvaguarda del orden público. De ser así, en nada contribuiría a frenar la tendencia de un buen número de Es-

⁴⁶ En concreto en la Sentencia de 9 de noviembre de 2006, Comisión/Bélgica, C-433/04, *Rec. p.* I-10653, apartados 34 y 35, se afirma que una normativa nacional que restrinja la libre prestación de servicios puede estar justificada si responde a razones imperiosas de interés nacional como el fraude fiscal, pero matizando que «una presunción general de evasión o fraude fiscal no puede bastar para justificar una medida que vaya en detrimento de los objetivos del Tratado».

⁴⁷ WOLLENSCHLÄGER, F., «A new fundamental freedom beyond market integration: Union citizenship and its dynamics for shifting the economic paradigm of European integration», *European Law Journal*, vol. 17, nº 1, 2011, pp. 1-34.

tados miembros (Reino Unido, Bélgica, Alemania, España) que, al socaire de la crisis y amparados teóricamente en la letra, que no en el espíritu de la a Directiva 3004/38/CE, han adoptado una batería de medidas internas para expulsar a los ciudadanos de la Unión que supongan una «carga excesiva» para sus sistemas sociales. En esta situación en principio se encontrarían los desempleados que perciben de forma habitual ayudas sociales provenientes del presupuesto del Estado de acogida⁴⁸.

El paralelismo resulta inevitable. Si las deudas fiscales pueden ser causa suficiente para limitar la libre circulación en virtud del orden público, cuanto más la inviabilidad o la quiebra del estado del bienestar constituirían una amenaza real para el orden y la seguridad pública, que justificarían la adopción de medidas contra quienes, por muy ciudadanos de la Unión que sean, aparecen como causantes o coadyuvantes de dicha situación. Y todo ello, sin necesidad siquiera de recurrir a las cláusulas de salvaguarda económica previstas en la Directiva 2004/30/CE⁴⁹.

Dicho en otras palabras, en situaciones de crisis económica y social como la que padecemos, resulta muy tentador el recurso al orden y la seguridad pública como una vía alternativa o cumulativa para la adopción de medidas restrictivas de la libre circulación de aquellos ciudadanos de la Unión que no son económicamente autosuficientes y se hallan en una situación de precariedad⁵⁰. Cuestión distinta sería cómo explicar la proporcionalidad de tales medidas, puesto que existe una asimetría notoria entre el perjuicio irreparable que se causa al ciudadano expulsado en relación con el coste monetario que su presencia conlleva para las arcas públicas del Estado miembro de acogida⁵¹.

Por esta razón el TJUE insiste en la necesidad de verificar en cada caso que las medidas limitativas de la libre circulación observen las garantías nor-

⁴⁸ GUIBBONI, S., «A Certain Degree of Solidarity? Free movement of persons and access to social protection in the case law of the European Court of Justice», en ROSS, M./BORGMANN-PREBIL, Y., *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, London, 2010, pp. 170 y ss.

⁴⁹ SANGIOVANNI, A., «Solidarity in the EU», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, pp. 1- 129, en particular p. 13.

⁵⁰ SHUIBHNYE, N., MACI, M., «Proving Public Interest: The Growing Impact of Evidence in Free Movement Case Law», *Common Market Law Review*, vol. 504, 2013, pp. 965-1005.

⁵¹ LABAYLE, H., «Le chaînon manquant: quand la Cour de justice établit le lien entre citoyenneté de l'Union, sécurité publique et Espace de liberté», *Réseau Universitaire Européen dédié à l'étude de Droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ)*, 28 mai 2012.

mativas exigidas (que la amenaza al orden público sea real, actual y suficientemente grave por afectar a un interés fundamental de la sociedad, y que el objetivo pretendido no obedezca sólo a fines económicos), aunque recuerda que esta labor corresponde al juez nacional. A ellos les incumbe también comprobar si existen otras medidas alternativas que pudieran resultar eficaces para conseguir el objetivo pretendido, en este caso el cobro de la deuda, sin lesionar la libertad de circulación⁵².

Pese a este recordatorio, las garantías sustantivas y procedimentales no siempre suponen una barrera protectora eficaz en determinados supuestos en los que la expulsión de los ciudadanos de la Unión encubre una finalidad económica, debido a los procedimientos administrativos que se aplican a nivel interno. Así, cualquier decisión restrictiva de la libre circulación por razón de orden público, salud o seguridad públicas tiene que notificarse al interesado, indicando con precisión y por extenso, las razones por las que se adopta, incluyendo su proporcionalidad, a fin de facilitar la interposición de los recursos que en cada caso procedan (art. 30.2). En particular, las órdenes de expulsión no son automáticas por lo que, al recibir la correspondiente notificación, el interesado podrá oponerse. A diferencia de lo que sucede con los nacionales de terceros países, teóricamente el Estado miembro de acogida no puede obligar por la fuerza al ciudadano de la Unión a abandonar su territorio, ni privarle de libertad, pero se ha constatado que en países como Bélgica la práctica habitual consiste en que, desde el momento que se cursa la orden de expulsión, se les elimina de los registros oficiales⁵³. Esto supone de facto su exclusión social y muerte administrativa, si es que el ciudadano

⁵² Apartado 47 de la sentencia de 17 de noviembre de 2011, C-434/10, citada al completo en su versión oficial en la nota 44.

⁵³ En 2011 en Bélgica se constituyó un gobierno de coalición que procedió a unificar los Ministerios de Integración social y de Inmigración, lo que trajo aparejado la fusión de las bases de datos de los receptores de servicios sociales y de empleo. De esa manera, por primera vez era posible comprobar el número de veces que un ciudadano europeo hubiera recurrido a los servicios sociales y de desempleo, al objeto de asegurarse que dispone en todo momento de los ingresos mínimos necesarios para no ser considerado una carga para el sistema. En caso contrario, se procede a dictar la correspondiente orden de expulsión y el funcionario de turno del cuerpo especial a nivel federal creado a propósito para controlar la inmigración, registra la orden en la base de datos nacional para que el afectado sea eliminado de los censos oficiales, no pueda disponer de cuentas corrientes ni acceder a las mutuas de salud etc., expulsándolo del sistema. A este propósito, la información publicada en el Diario *El País*: «Así se expulsa a un ciudadano europeo de la UE», 12.1.2014.

europeo persiste en pretender ejercer su derecho fundamental y no se aviene a retornar a su país de origen o a trasladarse a otro Estado miembro.

En paralelo a esta tendencia restrictiva, de limitaciones a la libre circulación y residencia y subsiguiente expulsión de los ciudadanos de la Unión dependientes socioeconómicos o en precario, a quienes incluso ya hemos avanzado se les ha llegado a calificar de «inmigrantes de otros Estados miembros»⁵⁴, se está generalizando un fenómeno opuesto, de atracción de nacionales de terceros países con economías emergentes como China o Rusia, con un alto poder adquisitivo e inversor, a quienes un numeroso grupo de Estados miembros (Portugal, Grecia Chipre, Bulgaria, Hungría, España), están facilitando la concesión del permiso de residencia a cambio de cuantiosas inversiones en propiedades inmobiliarias o compra de deuda soberana⁵⁵ («cash-for-citizenship»). Otros socios, como Malta, han ido más allá, aprobando modificaciones legales al objeto de proceder directamente a la venta del pasaporte que les provee de su

⁵⁴ Expresión textual utilizada en la Carta Conjunta remitida por cuatro ministros representantes de Austria, Alemania, Países Bajos y Reino Unido a la Presidencia irlandesa de turno del Consejo Europeo en abril de 2013, disponible en http://docs.dpaq.de/3604-130415_letter_to_presidency_final_1_2.pdf. En esta misma línea, KOSTAKOPOULOU, D., «When EU Citizens become Foreigners», *European Law Journal*, vol, 20, nº 4, 2014, pp. 447-463.

⁵⁵ Portugal puso en marcha en octubre de 2012 un programa llamado «Golden Residence» que otorga permisos de residencia a los extranjeros que inviertan medio millón de euros. Grecia desde abril de 2013 facilita la residencia a quienes compren propiedades por valor de 250.000 euros, cifra que Chipre eleva a 3000.000. Bulgaria aprobó en febrero de 2013 una modificación legal que permite acceder a la nacionalidad a quienes, habiendo residido de forma permanente durante un año, inviertan 510.000 euros en propiedades inmobiliarias, constituyan una empresa que cree 10 puestos de trabajo o se establezca en alguna de las regiones subdesarrolladas del país. Hungría desarrolló desde finales de 2012 un programa para facilitar la nacionalidad a los inversores, fundamentalmente asiáticos, que inyecten en su economía una inversión mínima de 250.000 euros. Al respecto, GORTÁZAR ROTAECHE, C. J., «Identity, Member States Nationality and EU Citizenship: Restitution of Former European Nationals v. Naturalisation of New European Residents?». *The Reconceptualisation of European Union Citizenship*, Leiden, Brill Nijhoff, 2013; DZANKINK, J., «The pros and cons of Iuspecuniae: Investor citizenship in comparative perspective», *EUI Working Paper RSCAS*; 2012/14; EUDO Citizenship Observatory SHAHAR, A./BAUBOCK, R., (eds.), «Should citizenship be for sale?», *EUI Working Paper RSCAS* 2014/01, Robert Shuman Center for Advances Estudios. EUDO Citizenship Observatory, pp. 1-15; así como CARRERA NÚÑEZ, S.; MARRERO GONZÁLEZ, G., «La ciudadanía Europea en venta. El programa de venta de la nacionalidad maltesa: ¿una brecha en el principio de cooperación leal en el ámbito de ciudadanía de la Unión?», en este mismo número de la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*.

nacionalidad, y por ende de la ciudadanía de la Unión, previo pago de una cantidad que en este caso concreto se cifra en 650.000 euros. A los extranjeros interesados en dicha compra se les exige carecer de antecedentes penales, pero no se investiga la procedencia de su fortuna, con el riesgo potencial para el orden y la seguridad pública que ello puede conllevar⁵⁶.

Por lo que a la práctica española se refiere, transcurridos ocho meses desde la entrada en vigor de la Ley 14/2013, se han concedido 81 visados de residencia, la mitad de ellos a inversores rusos y chinos, de los que solo 3 corresponden a proyectos empresariales generadores de empleo, lo que no concuerda con el objetivo inicialmente previsto, que era facilitar la inversión productiva y el talento⁵⁷. La aplicación de la norma no parece que vaya a provocar un aumento significativo inmediato del número de beneficiarios del derecho a la libre circulación, pero incorpora un elemento selectivo y discriminatorio, un atajo para acceder primero a la residencia, a la nacionalidad a continuación y, como colofón, a la ciudadanía de la Unión. La conjunción simultánea de ambas tenden-

⁵⁶ Malta aprobó el 12 de noviembre de 2013 un proyecto de ley que modifica la Ley de Ciudadanía de Malta a través del «Programa Inversionista Individual» (PII) (L.N.450 of 2013), que permite a los extranjeros mayores de 18 años sin antecedentes penales comprar el pasaporte, previo pago de una 650.000 euros en forma de donación a la que se añade la obligación de comprar inmuebles en la isla o al menos hacer alguna inversión. Con ello el gobierno maltés calculó recaudar unos 30 millones de euros en 2014. CARRERA, S., «How much does EU citizenship cost? The Maltese citizenship-for-sale affair: breakthrough for sincere cooperation in citizenship of the union?», *CEPS Liberty and Security in Europe*, nº 64, 2014, pp. 1-51.

⁵⁷ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los emprendedores y su internacionalización, BOE nº 233, de 28 de septiembre de 2013, pp. 78787 a 78882. Sección 2ª (Movilidad internacional), art. 61 y ss. De conformidad con el Preámbulo, el objetivo de esta sección «es la de regular «determinados supuestos en los que, por razones de interés económico, se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones de residencia, al objeto de atraer inversión y talento a España. La medida se dirige a los inversores, emprendedores, trabajadores que efectúen movimientos intra-empresariales, profesionales altamente cualificados e investigadores, así como a los cónyuges e hijos mayores, a través de un procedimiento ágil y rápido ante una única autoridad, y por un plazo variable en función de los distintos casos contemplados. Estas autorizaciones de residencia tendrán validez en todo el territorio nacional». En nuestro país los extranjeros deben comprar propiedades inmobiliarias por valor de al menos medio millón de euros o invertir un millón de euros en empresas españolas, depositar esa suma en bancos españoles o comprar dos millones de euros en deuda soberana española. La propia norma dispone unos mínimos controles previos para verificar la procedencia del dinero, efectuados por los consulados en el país de origen y que consisten en comprobar, en el plazo de una semana, si el solicitante representa un riesgo en materia de seguridad.

cias, de contracción y expansión, dificultando la permanencia de los ciudadanos europeos en precario en los Estados miembros de acogida, a la par que se estimula la adquisición de la residencia por inversores de terceros países, apuntaría hacia lo que en términos muy complacientes puede considerarse una flexibilización extrema de las condiciones de acceso y disfrute del derecho a la libre circulación que la ciudadanía trae aparejado. A nuestro juicio sin embargo, aunque el régimen de libre circulación del que disfrutaban los nacionales de terceros Estados no es equiparable al de los ciudadanos de la UE, las prácticas estatales de venta de la nacionalidad referidas suponen una desnaturalización de la ciudadanía, y la mercantilización de una institución jurídica cuya vocación confesa es convertirse en el estatuto fundamental de todos los nacionales de los Estados miembros⁵⁸.

A este propósito, si bien la aseveración de que los requisitos para la adquisición de la nacionalidad es competencia exclusiva de cada Estado miembro se mantiene indubitada⁵⁹, el Parlamento Europeo debatió el 14 de enero de 2014 la iniciativa maltesa y adoptó, el 16 de enero, una «Resolución sobre la ciudadanía de la UE en venta»⁶⁰ en la que afirma sin ambages que estas prácticas socavan el mismo concepto de ciudadanía europea, y que los derechos que el estatuto de ciudadanía de la Unión se basan en los valores y logros comunes de la Unión y en la dignidad humana y no deben por tanto

⁵⁸Afirmación textual en forma de mantra repetido hasta la saciedad en la jurisprudencia del TJUE, entre otras, las sentencias: de 20 de septiembre de 2001, Grzelczyk, C-184/99, *Rec. p. I-6193*, apartado 31; de 17 de septiembre de 2002, Baumbast y R, C-413/99, *Rec. p. I-7091*, apartado 82; de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, *Rec. p. I-11613*, apartado 21; y de 3 de marzo de 2010, Rottmann, C-135/08, *Rec. p. I- 01449*, apartado 43. A propósito de la improcedencia de poner a la venta la ciudadanía, al igual que otros bienes jurídicos, las reflexiones de SANDER, M. J., *Lo que el dinero no puede comprar*, ed. Debate, 2013.

⁵⁹ En este sentido la famosa sentencia pionera de 7 de julio de 1992, Micheletti, C-369/90, *Rec. I-04239*, confirmada luego en una vasta jurisprudencia, entre la que destaca las sentencias: de 3 de marzo de 2010, Rottmann, C-135/08, *Rec. p. I- 01449*, apartado 39; de 2 de octubre de 2003, García Avello, C-148/02, *Rec. p. I-11613*, apartado 21; de 19 de octubre de 2004, Zhu y Chen, C-200/02, *Rec. p. I-9925*, apartado 20; y de 8 de marzo de 2011, en el no menos famoso asunto Ruiz Zambrano, C-34/09, *Rec. p. I-01177*, apartado 40.

⁶⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2014, sobre la ciudadanía de la UE en venta; 2013/2995 (RSP). Es cuanto menos curioso que el PE manifieste su preocupación por el destino de los programas de inversión, rechazando su utilización para fines delictivos «incluidas las cuestiones de blanqueo de dinero», pero sin aludir, como hubiera sido lo lógico, también a su procedencia.

comprarse o venderse a ningún precio. Días después, el 29 de enero, se publicó un comunicado de prensa conjunto en el que la Comisión Europea y las autoridades de Malta anunciaban la decisión del gobierno de este país de modificar su legislación, al objeto de garantizar la efectividad de la residencia como condición previa para la naturalización⁶¹.

En este mismo orden de cosas, la rapidez y contundencia mostrada por las Instituciones Europeas contrasta con la posición que vienen manteniendo respecto a las medidas estatales contrarias a la previsión legal expresa de que la insuficiencia económica y la dependencia de las ayudas sociales no debe implicar de forma automática la expulsión del ciudadano de la Unión o de sus familiares del Estado miembro de acogida (art.14.3 de la Directiva 2004/38/CE). Aunque excede de nuestro objeto de estudio, hay que reseñar que en estos casos la reacción institucional está siendo muy tibia, lo que contrasta poderosamente con la posición crítica otrora adoptada por el TJUE respecto a la necesidad de preservar la solidaridad entre los Estados miembros en el sostenimiento de los ciudadanos de la Unión más necesitados o en riesgo de exclusión⁶². De hecho, la Comisión Europea se ha limitado a contemporizar, recordando la importancia del derecho fundamental a la libre circulación, para a renglón seguido publicar, el 13 de enero de 2014, una «Guía práctica sobre la prueba de residencia habitual a efectos de seguridad social» que pretende evitar los abusos que el ejercicio de la libre circulación puede comportar para los sistemas sociales de los Estados de acogida⁶³. Con ello se implementa una de las cinco medidas prevista para «ayudar a las autoridades

⁶¹ «Joint Press Statement by the European Commission and the Maltese Authorities on Malta's Individual Investor Programme (IIP)», http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-70_en.htm. En la misma línea, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., «El precio de la ciudadanía española y europea», Real Instituto Elcano, *ARI* 22/2013.

⁶² Sobre este particular, y a título de ejemplo en la doctrina española: SUÁREZ CORUJO, B., DE LA QUADRA-SALCEDO JANIN, T., «Libre circulación de personas y ciudadanía social: ¿cabe imponer barreras al turismo social?», *Estudios de Progreso*. Fundación Alternativas, 2009; ORTEGA GIMÉNEZ, A., «España: el nuevo régimen de entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos comunitarios y «asimilados», *Barataria, Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, nº 13, 2012, pp. 87-107, 2012. CAICEDO CAMACHO, N., «La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de las prestaciones sociales: ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los estados?», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 19, 2014, pp. 96-143.

⁶³ *Guía práctica sobre la legislación aplicable en la Unión Europea (UE), el Espacio Económico Europeo (EEE) y Suiza*; diciembre de 2013. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=868>.

nacionales y locales a aplicar efectivamente las normas sobre libre circulación de la UE y a utilizar sobre el terreno los fondos disponibles»⁶⁴.

3. LIMITACIONES POR SALUD PÚBLICA Y FINES ECONÓMICOS

Ya ha quedado de manifiesto que, a diferencia del orden y la seguridad pública, el concepto de salud pública presenta un contenido y unos perfiles más definidos. De hecho, se identifica con el riesgo sanitario de enfermedades epidémicas, entendiéndose por tales las previstas en los instrumentos jurídicos de la Organización Mundial de la Salud, además de aquellas otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas. Respecto a todas ellas, el principio de no discriminación obliga a que cualquier disposición para su prevención o protección deba aplicarse también a los propios nacionales⁶⁵.

En la actualidad, de la lista de enfermedades que según la OMS pueden justificar por su potencial epidémico la adopción de medidas restrictivas de la libre circulación de los ciudadanos de la Unión y sus familiares, la más significativa, por tratarse de una pandemia mundial, es el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). La mera condición de ser portador del VIH, con independencia de que se haya desarrollado o no la enfermedad, supone un recorte sustancial del derecho a la libre circulación a nivel mundial⁶⁶. De

⁶⁴ COM (2013) 837 final. «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones. Libre circulación de los ciudadanos de la UE y de sus familias: cinco medidas clave», 25.11.2013. Las cinco medidas se referían a: 1) Ayuda a los Estados miembros a luchar contra los matrimonios de conveniencia; 2) Ayuda a las autoridades para aplicar las normas de la UE relativas a la coordinación de la seguridad social; 3) Ayuda a las autoridades para responder a los retos de la inclusión social; 4) Respuesta a las necesidades de las autoridades locales en materia de fomento del intercambio de buenas prácticas; 5) Ayuda a las autoridades locales para la aplicación sobre el terreno de las normas de la UE relativas a la libre circulación.

⁶⁵ Las enfermedades que contempla el Reglamento Sanitario Internacional Revisado de la OMS, adoptado en 2005 y en vigor desde 2007, son las siguientes: gripe, poliomielitis, síndrome respiratorio agudo severo, varicela, cólera y otras enfermedades diarreicas epidémicas, meningitis, peste, fiebres hemorrágicas, fiebre amarilla, carbunco, resistencia antimicrobiana, dengue, VIH/SIDA, paludismo, sarampión, tuberculosis y zoonosis.

⁶⁶ Véase el Informe publicado en mayo de 2010 por UNAIDS, (Joint United Nations Programme on HIV/AIDS), *Mapping of Restrictions on the entry, stay and residence of people living with HIV*; http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/dataimport/pub/report/2009/jc1727_mapping_en.pdf.

hecho, más de 52 Estados, 7 de ellos miembros del Consejo de Europa, imponen restricciones legales a la entrada de personas portadoras de VIH.

Por lo que a la UE se refiere, la legislación es más ambigua, aunque Lituania impone la obligación genérica de declarar cualquier enfermedad que pueda suponer una amenaza para la salud pública, incluyendo el SIDA, mientras que Chipre y Eslovaquia exigen expresamente que los solicitantes de permisos de residencia de larga duración prueben estar libres de esta enfermedad. Desde una óptica estrictamente científica, la eficacia de tales medidas es cuestionable porque por una parte, a diferencia de otras enfermedades altamente contagiosas como la gripe aviar, el VIH no se transmite por el aire ni por el simple contacto personal, y, por la otra, porque paradójica e incomprensiblemente tales limitaciones no se aplican en el retorno de los propios nacionales ni a los viajes turísticos de corta duración. Por estas razones, el Parlamento Europeo solicitó sin éxito en 2008 a los Estados miembros que eliminaran todas las restricciones a la libre circulación de las personas con VIH⁶⁷.

Además, de conformidad con la Directiva 2004/38/CE, cualquier orden de expulsión por razones de salud pública está sometida a una cautela temporal, puesto que no podrán adoptarse si las enfermedades citadas cursan en los tres meses siguientes a la entrada del interesado en el Estado miembro de acogida (art. 29.2). En la misma línea, la práctica estatal de efectuar controles médicos a los potenciales beneficiarios del derecho de residencia queda sometida a la condición de que los chequeos se efectúen dentro de los tres meses siguientes a la entrada en el país, sean gratuitos, y no tengan carácter sistemático (art. 29.3). Por consiguiente, cualquier medida restrictiva que afecte a los beneficiarios del derecho a la libre circulación seropositivos debe cumplir las garantías sustantivas y procesales especificadas. En este sentido, el TJUE ha afirmado sin ambages que los motivos de salud no pueden invocarse de forma torticera para «dejar al sector de la salud pública, como sector económico y desde el punto de vista del acceso al empleo, fuera del ámbito de aplicación de los principios de la libre circulación»⁶⁸. También ha rechazado de forma constante las discriminaciones en el acceso a las prestaciones sanitarias entre nacionales y ciudadanos de la UE basadas solo en la salvaguarda de la financiación del sistema de Seguridad Social del Estado de acogida o en la salud pública⁶⁹.

⁶⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de noviembre de 2008, sobre el VIH/sida: «Diagnóstico y tratamiento precoces», *DO C* 16 E, de 22.1.2010, p. 62-64, párrafo 7.

⁶⁸ Sentencia de 7 de mayo de 1986, Gül, C-131/85, *Rec.* p. I- 1589, apartado 17.

⁶⁹ Sentencia de 28 de abril de 1998, Kohll, C-158/96, *Rec.* p. I-1931, apartado 41.

El problema estriba en que en este caso, a la estigmatización crónica que padecen los portadores del VIH hay que añadir, en un contexto de crisis económica y de recortes sanitarios, el argumento coyuntural de la racionalidad y del control del gasto público. Este argumento favorece sin duda que se tienda a prohibir la entrada y/o a expulsar a cualquier extranjero que, a causa de su estado de salud, suponga potencialmente una carga excesiva para el Estado de acogida⁷⁰, soslayando que, incluso el hipotético caso de que tales consideraciones económicas fueran conforme a derecho, deberían aplicarse al sinfín de enfermedades que demandan un tratamiento de larga duración y elevado coste.

Por el contrario, el TEDH, reforzando la idea expresada por el PE de que lo que hay que combatir es el VIH y no a los portadores de VIH⁷¹, ha afirmado en su sentencia de 10 de marzo de 2011 que la mera presencia en el Estado de acogida de un portador del VIH no supone en sí mismo una amenaza a la salud pública⁷². Así pues, las restricciones a la libre circulación adoptadas en virtud de esta excepción no avalan la adopción de medidas colectivas ni de prevención general y deberán, al igual que sucede respecto al orden y la seguridad pública, estar fundadas solo en conductas personales e individuales.

El ejemplo del VIH pone de manifiesto que, en consonancia con las restricciones en el acceso a las prestaciones sanitarias adoptadas en el marco de lucha contra el turismo sanitario y la inmigración irregular⁷³, también las limitaciones a la libre circulación por razones de salud pública pueden perseguir, especialmente en tiempos de crisis, una finalidad económica más o menos encubierta⁷⁴.

⁷⁰ SHUIBHNE, N., «Derogating from the movement of persons: When can EU citizens be deported?», *Cambridge Yearbooks of European Legal Studies*, vol. 8, 2006, pp. 188-227.

⁷¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de diciembre de 2011, sobre la respuesta de la UE para hacer frente al VIH/sida en la UE y en los países vecinos, *DO C* 165 E/43, de 11.06.2013, pp. 43-48, apartado 2.

⁷² Kiyutin c. Russia, de 10 marzo 2011, demanda n° 2700/10, *Recueil des arrêts et décisions* 2011-I, §36. En este pronunciamiento, el TEDH afronta un caso test en el que el demandante, nacional uzbeko casado con una ciudadana rusa con quien tenía dos hijos, ve rechazada su pretensión de obtener la residencia permanente en la Federación Rusa tras dar positivo en un test obligatorio de VIH.

⁷³ TRYFODINO, A., «Towards a citizenship right to pursue an economic activity in a cross-border context?», *Paper presented at the EUSA 2011 Twelfth Biennial International Conference*, Boston, Massachusetts, USA, 3-5 March 2011, p. 1-35, en especial p.9.

⁷⁴ NEWDICK, C., «Citizenship, free movement and health care: Cementing individual rights by corroding social solidarity», *Common Market Law Review*, vol. 43, n° 6, 2006, pp. 1645- 1668.

IV. ALGUNAS APORTACIONES RECIENTES EN EL CONTROL JUDICIAL DE LAS GARANTÍAS EXIGIBLES A LAS LIMITACIONES POR RAZÓN DE ORDEN PÚBLICO, SALUD Y SEGURIDAD PÚBLICA

Junto a los desarrollos novedosos hasta aquí expuestos, el análisis de la jurisprudencia reciente del TJUE nos permite además comprobar que el control judicial de las garantías exigibles a las limitaciones por razones de orden público, salud y seguridad pública se encuentra también en constante evolución, sobre todo en lo que concierne a tres aspectos o dimensiones que han adquirido gran relevancia práctica, a saber: 1) la vigencia y gravedad de las amenazas al orden público la seguridad y la salud públicas; 2) el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados por las medidas restrictivas; 3) la determinación de qué se entiende por motivos imperiosos de orden público, seguridad y salud pública.

1. VIGENCIA Y GRAVEDAD DE LAS AMENAZAS AL ORDEN PÚBLICO, LA SEGURIDAD Y LA SALUD PÚBLICAS

Respecto a la exigencia de que la amenaza al orden y la seguridad pública sea actual y supere un umbral mínimo de gravedad, en consonancia con lo subrayado por la Comisión⁷⁵, las autoridades nacionales deben tener presente tres parámetros de evaluación, que serían la naturaleza de las infracciones cometidas por el destinatario de las medidas restrictivas, su frecuencia, y los daños causados. Así, la amenaza no puede ser presunta o supuesta, ni basarse en hechos pasados, sino que debe constatarse en el momento en que se adopta la medida restrictiva. Los antecedentes penales no son por sí mismos suficientes para justificar la expulsión de un ciudadano de la Unión o de sus familiares. El número y el tipo de condenas penales previas son relevantes en la medida en que, junto a otros elementos, acreditan una conducta personal contraria al orden o la seguridad pública. La reincidencia, al igual que la gravedad y frecuencia de los delitos cometidos, puede ser tenida en cuenta, pero no entraña la adopción automática de medidas restrictivas a la libre circulación ni mucho menos la expulsión, ya que a las garantías sustantivas se unen las garantías procesales apuntadas, como la obligación de notificar, motivada y exhaustivamente, dichas medidas, el establecimiento de plazos

⁷⁵ COM (2009), 313 Final, p. 13, apartado 3.2.

para la ejecución de las mismas, o el derecho a interponer los recursos administrativos o judiciales pertinentes (arts. 30-33).

En esta misma línea, la gravedad de la amenaza contra el orden o la seguridad pública no exige que se haya perpetrado un delito, siendo suficiente la comisión de una falta o infracción administrativa o fiscal, puesto que lo determinante es el perjuicio causado a un interés fundamental de la sociedad. La reincidencia es un elemento importante a la hora de evaluar si la amenaza es actual, sobre todo en supuestos de drogodependencia, Estado en el que aumenta la probabilidad de delinquir continuamente, al igual que en otros delitos menores cuya reiteración suele fundarse en la carencia de medios lícitos de vida⁷⁶.

Existe una jurisprudencia consolidada según la cual las condenas penales previas por la comisión de delitos de terrorismo y de tráfico ilícito de estupefacientes pueden justificar la adopción de un amplio abanico de medidas restrictivas de la libre circulación por razones de orden y seguridad públicas. Tales medidas comprenden desde la expulsión del Estado miembro de acogida, a la restricción parcial de la libre circulación en su territorio dentro de un determinado perímetro⁷⁷. Dicha tendencia jurisprudencial se ha renovado con pronunciamientos originales, basados en el principio de confianza mutua, que demuestran que la lista de medidas restrictivas sigue estando abierta, y que en ella también tienen cabida la prohibición de salida del propio país como consecuencia de una decisión previa adoptada por otro Estado, bien sea a causa de una condena penal previa por tráfico de estupefacientes dictada por

⁷⁶ Sentencia de 29 de abril de 2004, Ofanopoulos y Oliveri, C-482/01 y C-493/01, *Rec. p. I-5257*, apartado 67: «Si bien un Estado miembro puede considerar que el consumo de estupefacientes constituye para la sociedad un peligro que puede justificar medidas especiales frente a los extranjeros que infrinjan la legislación sobre estupefacientes, la excepción de orden público debe, sin embargo, interpretarse de forma restrictiva, de manera que la existencia de una condena penal sólo puede justificar una expulsión en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para el orden público (véase, en particular, la sentencia de 19 de enero de 1999, Calfa, C 348/96 *Rec. p. I 11*, apartados 22 a 24)».

⁷⁷ Sentencia de 26 de noviembre de 2001, Oteiza Alaizabal, C-100/01. *Rec. p. I-10981*, apartado 40. A propósito, las observaciones críticas de SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «Comentario de Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 26 de noviembre de 2002 *Ministre de l'Intérieur y Aitor Oteiza Olazábal*», *Revista Electrónica n.º 1, Foro Constitucional Iberoamericano*; En la misma línea, MARTÍN, D., «Comments on Oteiza Olazabal (Case C-100/01 of 26 November 2002) and Kaba 2 (Case C-466/00 of 6 March 2003)», *European Journal of Migration and Law*, vol. 5, n.º 3, 2003, pp. 411-417.

el Estado de acogida⁷⁸, o como consecuencia de su repatriación por encontrarse en situación ilegal en el territorio Estado miembro⁷⁹.

2. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS AFECTADOS POR LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS

Incluso en situaciones de crisis grave como la que la UE padece, el TJUE no ha dejado de insistir en que las autoridades nacionales están obligadas a respetar el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de la Unión o sus familiares afectados por las medidas restrictivas de la libre circulación, derecho que les faculta a impugnar la procedencia de tales medidas mediante la interposición de verdaderos recursos judiciales⁸⁰. Para merecer tal denominación, los recursos han de incluir un examen de la legalidad de la decisión, de los hechos y circunstancias que justifican las medidas⁸¹ y, sobre todo, tienen que venir precedidos por la comunicación al interesado, con precisión y por extenso, de las razones que justifican su adopción, en consonancia con el artículo 47 de la CDFUE. El conocimiento del afectado puede garantizarse a través de una lectura directa de la resolución administrativa o judicial o, lo que es más frecuente, a través de la notificación, como ponen de manifiesto las sentencias de 17 de marzo de 2011 y de 17 de noviembre de 2011⁸².

Pese a todo, en determinadas ocasiones las autoridades nacionales se han opuesto a informar al interesado de forma detallada de las razones y las pruebas confidenciales que motivan la imposición de medidas restrictivas de la libre circulación, alegando que con ello se perjudicaría la seguridad nacional. A este res-

⁷⁸ Sentencia de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07, *Rec.* p. I-5157, apartado 23.

⁷⁹ Sentencia de 17 de noviembre de 2011, Gaydarov, C-430/10, *Rec.* p. I-11637, apartado 42. A propósito de las dificultades que encontró el recurrente para solicitar la revocación de la prohibición de abandonar el territorio búlgaro y otros aspectos relevantes del caso, LINDE PANIAGUA, E., «La libertad de circulación de los ciudadanos europeos: los nuevos retos más allá de la supresión de los controles fronterizos», *UNED. Teoría y realidad constitucional*, nº 32, 2013, pp. 176-177.

⁸⁰ En este sentido, las sentencias: de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, *Rec.* p. 1651, apartados 18 y 19; de 15 de octubre de 1987, Heylens y otros, 222/86, *Rec.* p. 4097, apartado 14; y de 25 de julio de 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, C 50/00, *Rec.* p. I 6677, apartado 39.

⁸¹ Sentencia de 4 de octubre de 2012, Byankov, C 249/11, *Rec.* p. I 0000, apartado 53.

⁸² Sentencias: de 17 de marzo de 2011, Peñarroja Fa, C 372 y 373/09, *Rec.* I-01785, apartado 63; y de 17 de noviembre de 2011, Gaydarov, C 430/10, *Rec.* p. I 11637, apartado 41.

pecto el TJUE no ha dudado en advertir que es necesario un control judicial estricto para asegurar que las exigencias derivadas de la seguridad nacional no frustren la tutela judicial efectiva. Con tal fin, es necesario garantizar durante los procesos el principio de contradicción y el derecho a ser oído, hasta el extremo de que ni siquiera en supuestos relacionados con la comisión de delitos graves de terrorismo existe una presunción en favor de la existencia y fundamento de las razones de seguridad nacional invocadas por las autoridades internas⁸³.

En otros casos, el incumplimiento de las garantías normativas procesales trae causa en la decisión de las autoridades nacionales de ordenar la ejecución inmediata de la orden de expulsión del ciudadano de la Unión o sus familiares, o bien de su reclusión previa para asegurar la posterior expulsión. De hecho, ambos supuestos se han registrado en España tanto en casos de delincuencia común persistente⁸⁴, como en delitos de terrorismo⁸⁵.

⁸³ Sentencia de 4 de junio de 2013, ZZ, C 300/11, aun no publicada en la Rec. En la misma el TJUE afirma que el Reino Unido incumplió el deber de comunicar al interesado las razones que motivaron la adopción de medidas restrictivas de su derecho a la libre circulación, consistentes en la revocación del derecho de residencia y la prohibición de entrada del afectado, nacional francés residente legal en el Reino Unido. Considerando que la divulgación de tales razones perjudicaría la seguridad nacional, no se le informó al completo de los motivos justificativos de dichas medidas, relacionadas con pruebas confidenciales que le implicaban en actividades terroristas del Grupo Islámico Armado. A juicio del TJUE, esta falta de información le impidió defenderse, haciendo inefectivo su derecho a interponer los recursos oportunos.

⁸⁴ La subdelegación del Gobierno en Valladolid acordó en junio de 2010 imponer una sanción de expulsión y prohibición de entrada en España a una ciudadana europea de nacionalidad búlgara, señalando que su resolución se basaba en que el comportamiento personal de la expedientada constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave, que afectaba a la convivencia social y al orden público. Las autoridades españolas alegaron su falta de arraigo familiar y socio laboral, derivado de la ausencia de medios lícitos de vida, así como la reincidencia, habitualidad y continuidad de sus actividades delictivas, subrayando que en el plazo de año y medio, desde diciembre de 2008 hasta la fecha de la resolución, la afectada fue detenida en ocho ocasiones por hurto y otra más por robo con violencia. El 22 de febrero de 2011, el juez de instrucción nº 4 de Elche dictó un auto de reclusión en el centro de internamiento temporal para extranjeros, pese a que no había sido juzgada por ninguno de los hechos que provocaron su detención, con el fin de evitar la frustración de la sanción y debido a la ausencia de arraigo en territorio nacional, ya que la constante movilidad mostrada por la interesada obstaculizaba su localización a efectos de la expulsión. Para una visión más general, FERREIRA, N., «The EU free movement of persons from a Spanish perspective: exploring its evolution and derogations», *European Public Law*, vol 19, nº 2, 2013, pp. 397-424.

⁸⁵ Así ha sucedido en el caso del marroquí Rafá Zouhier, condenado por los atentados del 11-M. Pese a haber contraído matrimonio con una ciudadana española mientras

3. LA DETERMINACIÓN DE QUÉ SE ENTIENDE POR MOTIVOS IMPERIOSOS DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA

Tal y como ha quedado de relieve, la condición de residentes permanentes de los ciudadanos de la UE y sus familiares les otorga un plus de protección que conlleva mayores garantías en caso de expulsión. Esta protección reforzada se traduce en la exigencia de que las razones de orden o seguridad pública revistan una mayor gravedad, hasta el extremo de que si el destinatario de dicha medida restrictiva acredita una estancia previa en el Estado de acogida de diez años (art. 28), solo procederá su expulsión por motivos «imperiosos» de seguridad pública⁸⁶. Por consiguiente, el reforzamiento de las exigencias legales parece indicar que en este caso el orden público a secas no es en sí mismo un motivo suficiente, y que necesita venir acompañado de razones de seguridad pública⁸⁷. Además, la duración de la estancia previa implica que, teniendo en cuenta que el ciudadano europeo ha pasado legalmente buena parte de su vida en el Estado miembro de acogida, las autoridades de dicho Estado no solo deben tener razones extraordinariamente sólidas que justifiquen la expulsión, sino que también han de verificar su grado de integración, a efectos de cumplir con el requisito de la proporcionalidad.

A nuestro juicio, el examen de la jurisprudencia reciente demuestra que el TJUE está acotando en su jurisprudencia más reciente el contenido y alcance de «los motivos imperiosos de seguridad pública» a través de dos propuestas. Por una parte, aboga por una socialización de la seguridad pública, según la cual dichos motivos existirán no solo cuando se ataque a las instituciones, sino también cuando se constaten conductas contrarias a los valores fundamentales de la sociedad del Estado de acogida. Así sucede en aquellos casos en los que el ciudadano europeo forma parte de redes de tráfico de es-

se encontraba cumpliendo condena, la Sección Segunda de la Audiencia Nacional acordó su detención inmediata en la misma puerta de la prisión, una vez cumplida íntegramente su condena, a fin de asegurar el cumplimiento de la orden de expulsión.

⁸⁶ VILLAR FUENTES, I.M., «Motivos graves de orden público, una excepción a la protección reforzada contra la expulsión de ciudadanos comunitarios con 10 años de residencia en el estado de acogida», *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia*, nº 4, diciembre 2013; BENLOLO-CARABOT, M., «Liberté de circulation des citoyens européens: Raisons impérieuses de sécurité publique, protection contre l'éloignement et espace de liberté, sécurité et justice», *Lettre «Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, junio 2012.

⁸⁷ BESTERS, M., MACENAITE, M., «Securing the EU Public order: Between an Economic and Political Europe», *German Law Journal*, vol. 14, nº 10, 2013, pp. 2075-2090, en especial p. 2081.

tupefacientes, dado que la toxicomanía no solo es especialmente dañina para quien la padece, sino que también entraña un perjuicio económico y social capaz de poner en peligro la tranquilidad y la seguridad física de la totalidad o de gran parte de la población⁸⁸. Idéntica apreciación se predica de forma novedosa también respecto de los delitos de naturaleza sexual, como los abusos sexuales o la explotación de menores que atacan un bien jurídico especialmente sensible⁸⁹. En realidad, lo mismo cabe decir de los ámbitos delictivos de especial gravedad y dimensión transfronteriza en los que está prevista la actuación del legislador de la Unión, tales como el terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico de armas, etc. (art. 83.1 TFUE)⁹⁰. En todos ellos la conducta personal del ciudadano europeo resulta de particular interés para determinar la proporcionalidad de la expulsión, sobre todo si se demuestra la existencia de una especial energía criminal persistente en el tiempo, la voluntad de causar sufrimientos añadidos a las víctimas, y la falta de arrepentimiento o culpa⁹¹.

Por otra parte, al insistir en que antes ordenar la expulsión hay que verificar el grado de integración en el estado de acogida, el TJUE parece indicar que a estos efectos lo relevante no es la situación económica en que se encuentre el ciudadano europeo sino su situación social y familiar. Con ello se alude a la necesidad de no vulnerar su vida privada y familiar, en cuya protección inciden de manera especial tanto el artículo 7 de la CDFUE como el 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. La frecuencia y duración de los periodos temporales en los que el ciudadano europeo se haya ausentado del Estado de acogida servirán para ponderar si se ha producido o no un desplazamiento del centro de su vida y de sus intereses. Se entiende así que el hecho de trasla-

⁸⁸ Así lo afirman, entre otras, la sentencia del TJUE de 26 de octubre de 1982, Wolf, C-221/81, *Rec.* p. 3681, apartado 9, y la sentencia del TEDH de 17 de enero de 2006, Aoulmi c. Francia, demanda nº50278/1999, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-I, §86.

⁸⁹ FRANKO AAS, K., «Crimmigrant' bodies and bona fide travelers: Surveillance, citizenship and global governance», *Theoretical Criminology*, vol. 15, 2011, pp. 331-346.

⁹⁰ Sentencia de 22 de mayo de 2012, I., C-348/09, *Rec.* p. I-00000, apartado 28. *Vid.* los comentarios de AZOLAI, L., COUTTS, S., «Restricting Union citizenship residence rights on grounds of public security. Where Union citizenship and AFSJ meet. Case C-348/09», *Common Market Law Review*, vol. 50, nº 2, pp. 553-570.

⁹¹ AZOLAI, L./COUTTS, E., *op. cit.*, p. 561; KOCHENOV, D./PIRKER, B., «Deporting the Citizens within the European Union: A Counter-Intuitive Trend in Case C-348/09, PI V Oberbürgermeisterin der Stadt Remscheid», *Columbia Journal of European Law.*, vol. 19, 2012, pp. 369-389.

darse voluntariamente para pasar largas temporadas en su Estado de origen indicara que en caso de ser expulsado no tendrá dificultades de integración ni de adaptación a la vida local, lo que avalaría la razonabilidad y proporcionalidad de esta medida⁹².

V. REFLEXIONES FINALES

Comenzamos este artículo manifestando la necesidad de reexaminar los límites tradicionales a la libre circulación de personas en el contexto actual de crisis que experimenta la UE con un doble propósito. En primer lugar, para discernir en qué medida los nuevos desarrollos que se desprenden de la jurisprudencia reciente del TJUE afectan a la esencia de este derecho. Y en segunda instancia, para determinar si esas tendencias restrictivas estarían erosionando la ciudadanía de la Unión.

Respecto a la primera cuestión, el TJUE ha continuado precisando el contenido del orden público, la seguridad y la salud públicas, así como desarrollando las garantías normativas exigidas para su aplicación. No obstante, a nuestro juicio, junto a esta evolución positiva se aprecian también ciertas tendencias preocupantes. Por una parte, se ha operado una limitación de los beneficiarios de la libre circulación, ya que los Jefes de Estado han visto restringido su derecho a la libre circulación por efecto del Derecho Internacional. El alcance de este pronunciamiento del TJUE es reducido, pero no por ello deja de ser significativo, ya que implica la posibilidad de imponer nuevos límites al derecho a la libre circulación no previstos en el Derecho de la Unión.

A ello hay que sumar que el TJUE también ha admitido la posibilidad de recurrir al orden público para justificar restricciones de la libre circulación cuyo objetivo es el cobro de deudas fiscales de cuantía menor, al considerar que dichas medidas no persiguen un fin económico. A nuestro entender, se trata de un razonamiento de doble filo, porque del mismo cabe deducir que el orden y la seguridad pública amparan todas aquellas restricciones a la libre circulación cuyo objetivo sea, en términos generales, la protección del erario público. Se establecería así un vínculo entre las limitaciones tradicionales y las nuevas

⁹² Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, C 145/09, *Rec.* p I-11979, apartado 16. Al respecto UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, «La tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional español», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n° 32, 2013, pp. 391-428.

medidas restrictivas del derecho a libre circulación de aquellos ciudadanos europeos móviles, cuya presencia suponga una carga excesiva para las arcas públicas del Estado de acogida y, por tanto, una amenaza a la seguridad pública por poner en peligro la viabilidad de los sistemas sociales y del propio estado del bienestar. La clave de esta conexión estriba en que, de hecho, el orden, la salud y la seguridad pública están indisolublemente unidos a la prestación de servicios públicos que entrañan un coste económico considerable, y, por consiguiente, están íntimamente asociados al gasto público. La crisis ha puesto en tela de juicio los principios fundacionales de solidaridad entre los Estados miembros e igualdad de trato de los ciudadanos de la Unión, por lo que no resulta infundado pensar que, a día de hoy, tanto las limitaciones clásicas como las nuevas medidas restrictivas de la libre circulación persiguen una finalidad económica más o menos encubierta.

Por todo lo anterior, reivindicamos la necesidad de realizar una interpretación del contenido y límites del derecho a la libre circulación conforme a la letra y al espíritu de la ley. Se trataría, ni más ni menos, de exigir una aplicación rigurosa del derecho originario y secundario, y, en particular, de los límites contemplados en el artículo 27 de la Directiva 38/2004/CE. En este sentido, el TJUE debe garantizar sin ambages que, con crisis o sin ella, las excepciones a la libre circulación se interpretarán siempre de forma restrictiva, cumpliendo en todo caso con las garantías sustantivas y formales previstas y, sobre todo, que no persiguen una finalidad económica. Precisamente algunas de dichas garantías tienen una marcada dimensión social, apuntando que a la hora de ponderar la validez de una medida de expulsión de un ciudadano europeo el elemento determinante debe ser no su posición económica, sino su grado de integración en el Estado de acogida.

En relación al segundo interrogante, el posible impacto que estos desarrollos restrictivos tendrían sobre la ciudadanía de la Unión, cabe concluir que la crisis económica ha traído consigo un cambio de percepción en la valoración del derecho a la libre circulación que, de panacea, habría empezado a devenir en lastre para el desarrollo de la UE y sus Estados miembros. En esta tesitura se enmarcaría dos tendencias examinadas. Por una parte, la de considerar a los ciudadanos móviles de la Unión en precario como «inmigrantes europeos». Y por la otra simultáneamente, la de facilitar la concesión de la residencia como paso previo a la obtención de la nacionalidad, que a su vez les otorgaría el estatuto de ciudadanos de la Unión, a aquellos nacionales de terceros Estados con un elevado poder adquisitivo. Estas medidas, apoyadas por un número significativo de Estados miembros, son cuando menos para-

dójicas al presumir que los ciudadanos de la Unión dependientes económicamente pueden suponer un peligro potencial para el orden y la seguridad pública de los Estados miembros de acogida, mientras que los extranjeros ricos carentes de antecedentes penales no, con independencia del origen de su fortuna o del grado de integración. Ello equivaldría a aceptar que en el orden público de la UE, un concepto emergente y cambiante, las consideraciones económicas son determinantes en tiempos de crisis. Si esta tendencia se confirmase, a largo plazo podría suponer una devaluación del estatuto de ciudadanía europea, además de ensombrecer el futuro de una UE en la que, por primera vez, se estaría cuestionando el consenso constituyente sobre la intangibilidad y los límites del derecho a la libre circulación y residencia. No obstante, teniendo en cuenta la forma ambivalente en que las crisis han afectado históricamente al proceso de integración europea, esa es ya otra cuestión.

LÍMITES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA UE POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD O SALUD PÚBLICA EN TIEMPOS DE CRISIS:
UNA REVALUACIÓN A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE

RESUMEN: El objetivo de este artículo es realizar una nueva evaluación de los límites tradicionales a la libre circulación de personas por razones de orden público, salud o seguridad pública en el contexto actual de crisis que experimenta la UE, así como examinar su vinculación con la aparición de nuevas restricciones por motivos económicos para discernir en qué medida todos estos desarrollos de carácter restrictivo estarían erosionando la ciudadanía de la Unión.

PALABRAS CLAVES: Libre circulación de personas; Orden público, salud o seguridad pública; Restricciones por motivos económicos; Ciudadanía de la Unión.

LIMITS TO THE FREE MOVEMENT OF PERSONS IN THE EU FOR REASONS OF PUBLIC POLICY, SECURITY OR PUBLIC HEALTH IN TIMES OF CRISIS:
A REEVALUATION IN THE LIGHT OF THE CASE LAW
OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

ABSTRACT: The aim of this paper is to reexamine the traditional limits to the free movement of persons on grounds of public order, public health or safety in the context of the current crisis in the EU, as well as its relationship with the emergence of new restrictions on economic grounds in order to discern to what extent all these recent developments would erode the European citizenship.

KEY WORDS: Free movement of persons; Public order, public health or safety; Restrictions on economic grounds; European citizenship.

LIMITES A LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES DANS L'UNION
EUROPEENNE POUR DES RAISONS DE POLITIQUE PUBLIQUE,
DE SECURITE ET DE SANTE PUBLIQUE EN TEMPS DE CRISE:
UNE REEVALUATION EN VERTU DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR
DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE

RÉSUMÉ: Le but de cet article est de réexaminer les limites traditionnelles de la libre circulation des personnes pour des raisons d'ordre public, la santé ou la sécurité publique dans le contexte de la crise actuelle dans l'Union européenne, ainsi que sa relation avec l'émergence de nouvelles restrictions pour des raisons économiques a fin de discerner dans quelle mesure toutes ces récents développements pourraient éroder la citoyenneté européenne.

MOTS CLÉS: Libre circulation des personnes; Ordre public, santé ou sécurité publique; Restrictions économiques; Citoyenneté européenne.

ISSN 1138-4026
9 771138 402608



00049

18,00 €