

LOS DIFERENTES REGÍMENES JURÍDICOS DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL: ESPECIAL REFERENCIA A EXTRANJEROS Y CIUDADANOS COMUNITARIOS*

Prof.^a Dra. Juana Goizueta Vértiz

Prof.^a de Derecho Constitucional. Universidad del País Vasco.

Resumen: El objeto del presente trabajo es el estudio del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español reconocido en el artículo 19 de la Constitución. Partiendo de la necesaria interpretación sistemática de la Constitución, se trata de realizar un análisis comparativo de la regulación actual del ejercicio del derecho en función de si su titular es extranjero o ciudadano comunitario. Para ello primero, se examina, con carácter instrumental, la titularidad del derecho y, posteriormente, se aborda el examen de su ejercicio prestando atención tanto a las condiciones a las que queda supeditado el ejercicio del derecho como a los límites que, eventualmente, pueden menoscabar su disfrute. En definitiva, se pretende poner de manifiesto la existencia de una multiplicidad de regímenes jurídicos que rigen el ejercicio del derecho. Una diversidad que trae causa en la diferente nacionalidad de su titular.

Abstract: The scope of this paper is the study of the right to free movement and residence within the Spanish territory as recognized by article 19 of the Spanish Constitution. Based on the necessary systematic interpretation of the Constitution, this work is about doing a comparative analysis of the current regulation regarding the exercise of that right when it is enjoyed by a foreigner or by a Community citizen. In order to do this, we examine the entitlement to exercise the right and then the exercise itself paying attention to its conditions and limitations. Limitations that might hinder the enjoyment of the aforementioned right. In one word, we try to show that there exists multiple regimes governing the exercise and enjoyment of this right to free movement and residence. And that variety is provoked by the different nationality of the right's holder.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación “La protección de los derechos fundamentales en el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea” (EHU 06/43) y del grupo consolidado de investigación en Derechos Fundamentales y Unión Europea del Sistema Universitario Vasco (IT-448-07).

I. Introducción

La respuesta que se articula desde los distintos centros de creación normativa con competencia en materia migratoria, frente a la creciente y constante llegada de personas extranjeras a nuestro país, y que se materializa en aquél conjunto normativo que integra el llamado régimen general de Extranjería parece apuntar que existe un cierto afán, por parte de la clase política, por el fomento de las medidas que apuestan por el control de los flujos migratorios. Sirve para corroborar la precedente afirmación la existencia de unas normas de extranjería que bien podrían calificarse de acentuadamente restrictivas y que vendrían a reforzar la dicotomía entre ciudadanos comunitarios y extranjeros.

Esta diferenciación, además, se hace palpable, de forma sobresaliente, en la regulación del derecho a la libre circulación y residencia de los extranjeros. Y ello porque, probablemente, la libertad objeto de estudio y, principalmente, una de las facetas que la integran, a saber, el derecho de acceso de los extranjeros a territorio español bien podría considerarse la “llave” que permite a estos gozar de muchos de los derechos que garantiza el Título I de la Constitución. En este sentido, merece la pena recordar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 72/2005, de 4 de abril, ha afirmado que “el sujeto de derechos al que se refiere la regulación del art. 13.1 CE no es el extranjero sin más, sino el extranjero *en España, el que ya ha entrado en nuestro país*”, condición ésta que, como sostiene el Alto Tribunal, “actúa como presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo el art. 13.1 CE”. Postura que es corroborada por el Alto Tribunal en la reciente Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, cuando sostiene que dicho precepto constitucional “se refiere a los derechos y libertades del título I, consagrando un estatuto constitucional de los extranjeros *en España*” (el subrayado es nuestro) a lo que añade que el legislador puede “exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español”.

El *derecho a la libertad de circulación y residencia*, considerado en “sentido amplio o genérico”, aparece, a su vez, constitucionalmente consagrado con una doble dimensión: por una parte, como *libertad de circulación y residencia en sentido estricto*. Y por otra parte, como *derecho a entrar y salir de España*. Dimensiones ambas recogidas en el artículo 19 CE cuando se establece que los españoles tienen derecho a

elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional así como a entrar y salir, también, libremente de España.

Si partimos de la literalidad de este precepto constitucional podría mantenerse una doble afirmación que, siendo obvia, conviene explicitar: se trata de un derecho que se reconoce, en principio, a los españoles y cuyo ejercicio se limita geográficamente a un concreto ámbito territorial, a saber, el territorio nacional.

A la luz de estas consideraciones, bien podríamos plantearnos toda una serie de interrogantes en modo alguno baladíes. Así, y entre otros: ¿quien no es nacional español no tiene derecho a circular y residir libremente por el territorio español o, por el contrario, podemos sostener que este es un derecho predicable, también, para los extranjeros?; ¿es la nacionalidad una condición que afecta a la titularidad del derecho o a su ejercicio?; ¿cabe abordar el estudio de este derecho sin tener en cuenta que España es Estado miembro de una entidad supranacional como es la Unión Europea?

Conviene advertir que, a nuestro entender, nos situamos ante un derecho en cuya regulación intervienen de forma imbricada dos Ordenamientos jurídicos distintos: el Ordenamiento jurídico nacional (penetrado por el Derecho internacional, en particular, y por razones obvias, por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) y el Ordenamiento comunitario. Una doble regulación que, además, estatuye tres regímenes jurídicos diferentes del disfrute del derecho. En concreto, y dejando a salvo las consideraciones que realizaremos posteriormente, como primera aproximación creo que se puede afirmar que mientras el Ordenamiento comunitario regula su ejercicio, de forma principal, para los ciudadanos comunitarios, el Ordenamiento nacional distingue dos regímenes dispares del disfrute del derecho según sean unos (españoles) u otros (extranjeros extracomunitarios) los titulares.

Es verdad que en la regulación del ejercicio del derecho conviven de forma imbricada diversos Ordenamientos jurídicos. Dicho esto, resulta procedente constatar que, además, tampoco la política migratoria de los Estados miembros con relación a los nacionales de terceros Estados resulta ajena al Derecho comunitario. En otras palabras, las Administraciones estatales, en la actualidad, no son libres a la hora de diseñar el estatuto jurídico de los extranjeros. En este sentido, merece la pena recordar que el Tratado de Ámsterdam constituye un punto de inflexión en el proceso de participación de las instituciones comunitarias en la configuración de los diferentes regímenes generales de extranjería de los Estados parte. Así, asistimos al proceso de

comunitarización de ciertos aspectos determinantes de la política migratoria española relativa a los nacionales extracomunitarios como son, por ejemplo, la determinación de los terceros Estados a cuyos nacionales les es exigible el visado para acceder al territorio español. En efecto, el sustrato normativo básico de la regulación legal del derecho objeto de estudio lo encontramos en la legislación de extranjería. Pero, no debemos perder de vista que también está integrado por normativa comunitaria y por el Ordenamiento jurídico internacional de los “derechos humanos”. Llegados a este punto y, a la luz de lo expuesto, bien podría afirmarse que el Estado español es el que fija, aunque no con carácter exclusivo, el régimen jurídico de entrada, permanencia, circulación y salida de los extranjeros de su territorio. Una afirmación que se sustenta sobre la base de que tanto el Ordenamiento jurídico internacional como el comunitario forman parte del acervo jurídico del Estado español en materia de extranjería.

Tras estas previas consideraciones, en lo que sigue trataremos de analizar los diferentes regímenes jurídicos del disfrute del derecho contemplado en el artículo 19 de la Constitución, y para ello, voy a servirme de la perspectiva que nos ofrece el estudio comparado de las diferencias existentes en cuanto a su ejercicio en función de su titular.

Desde esta perspectiva global que nos ofrece la convivencia o encrucijada de los Ordenamientos que regulan el ejercicio del derecho, en las siguientes páginas nos centraremos primero en el examen de la titularidad del derecho para posteriormente ocuparnos de su ejercicio.

II. La delimitación del ámbito de aplicación subjetivo del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español

Con carácter previo a cualquier consideración sobre el ejercicio del derecho, creemos oportuno realizar algunos apuntes sobre su ámbito de aplicación personal. Como resulta conocido, el tema de la titularidad de la libertad de circulación y residencia presenta no pocas complejidades, principalmente, por la existencia de una multiplicidad de regímenes especiales de extranjería. Partiendo de esta premisa, no pretendemos ofrecer un tratamiento detallado de todas y cada una de las categorías de los titulares del derecho. Ahora bien, partimos del hecho de que la distinta nacionalidad de estos genera un efecto modulador en su ejercicio. Desde esta perspectiva se plantea, por tanto, el examen de la titularidad abordando su análisis solo con carácter accesorio o instrumental.

Conforme a la literalidad del artículo 19 de la Constitución, como hemos avanzado, son “los españoles” los que tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Si partimos del hecho de que esta expresión es utilizada por el constituyente para aludir a la condición de la nacionalidad como contrapuesta a la de extranjería bien podría realizarse la equiparación entre el término español y nacional.

Así las cosas, podría pensarse que solo estos son titulares del derecho. Esta aseveración, a nuestro juicio, resulta desacertada. Desatinada, en primer lugar, porque *a sensu contrario* el artículo 19 de la Constitución no excluye que los extranjeros sean titulares del derecho. Y desatinada, igualmente, ya que el precepto constitucional mencionado solo dice que los españoles son titulares del derecho, no que lo sean solamente ellos.

Ello nos plantea inmediatamente la pregunta de si se ha producido o no la efectiva atribución constitucional del derecho objeto de análisis a los extranjeros. Abordando, de esta manera, el problema capital que plantea este derecho en territorio español y que es el de su aplicación a los extranjeros.

En este punto es, por tanto, en el que se plantea el debate. El reconocimiento de la titularidad a estos, en particular, del derecho a la libre circulación y residencia es una cuestión no exenta de polémica y en torno a la cual se ha generado una amplia discusión tanto en el ámbito jurisprudencial como doctrinal. Una controversia que hunde sus raíces, principalmente, en las dificultades que genera la interpretación del artículo 13.1 de la Constitución que caracterizado, precisamente, por su vaguedad o ambigüedad (Vidal Fueyo 2001:186) ha alimentado la controversia introduciendo más confusión que luz (García Vázquez 2007: 40).

La jurisprudencia constitucional emanada sobre este particular bien podría calificarse de vacilante y evolutiva. Por una parte, debemos de tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha mantenido una actitud vacilante que resulta imputable, probablemente, a la ausencia de una adecuada teoría de los derechos de los extranjeros (García Roca 2005: 72).

Y por otra parte, su jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de separarse de la interpretación estrictamente literal de la Constitución que, sin embargo, defendió en la sentencia 99/1985 de 30 de septiembre. No queda, pues, más que ahondar en la jurisprudencia constitucional para darnos cuenta de que, actualmente, el Tribunal entiende que la literalidad de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos

no constituye un dato determinante para delimitar su titularidad. Ello significa que se opta por una interpretación sistemática de la Norma Fundamental que exige tener presente, junto al artículo 19, el 13.1 y el 10.2. El argumento que subyace en este cambio de interpretación bien podría situarse en el hecho de que, como afirma la Jurisprudencia Constitucional, —por ejemplo, en la Declaración 1/2004 de 13 de diciembre y en la Sentencia 72/2005 de 4 de abril—, los extranjeros gozan de la protección que les otorgan aquellos tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos a los que se refiere el citado art. 10.2 considerado cláusula de apertura al Derecho Internacional de los derechos humanos (Saiz Arnaiz 1999: 56).

Un cambio en la Jurisprudencia Constitucional que, a nuestro entender, resulta a todas luces relevante. Y es que la apuesta por la interpretación sistemática de la Constitución supone que el Tribunal, —siguiendo la senda abierta en la Sentencia 160/1991 de 18 de julio y que se consolida en otras posteriores como en la 116/1993, de 29 de marzo, la 242/1994, de 20 de julio y la 160/2001 de 16 de julio—, acaba reconociendo la titularidad del derecho a la libre circulación y residencia por parte de los extranjeros en territorio español. Al hilo de esta tendencia, puede traerse a colación la ya citada y célebre Sentencia 72/2005 en la que sostiene que el hecho de que el tenor literal del artículo 19 de la Constitución aluda de forma expresa únicamente a los españoles no implica que los extranjeros no puedan ser titulares de los derechos fundamentales garantizados en esa norma constitucional.

A la luz de lo expuesto, bien podría afirmarse que se ha producido la atribución de la titularidad del derecho a la libre circulación y residencia respecto a los extranjeros. En coherencia con la precedente afirmación, hay que añadir que la remisión que el inciso final del artículo 13.1 de la Constitución realiza a los tratados y la ley habrá de ser entendida en los siguientes términos: estos lo que pueden decidir es cómo, con qué alcance o en qué condiciones ha de ejercerse el derecho en el caso de los extranjeros pero no sobre la atribución de la titularidad del mismo. En esta línea, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, defiende que una interpretación sistemática del artículo 13.1 CE “impide sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador (SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3; 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2), dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del título I les pueden corresponder y cuáles no”. En fin, quiere decirse con ello que la extranjería constituye, tal y como afirman no pocos autores, una condición que afecta al ejercicio del derecho (Carrillo López 2001: 68; Asensi Sabater 2001: 32; Santolaya Machetti 2002: 47; García Roca 2005: 99).

Llegados aquí, procede preguntarse quién ha de considerarse extranjero en territorio español a los efectos del ejercicio del derecho cuyo estudio nos ocupa. La respuesta, si atendemos al artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, L.O. 4/2000), parece evidente: es extranjero quien carezca de la nacionalidad española. Sin embargo, merece la pena recordar, aunque sea una obviedad, que el fenómeno de la integración europea y, principalmente, la creación de la ciudadanía de la Unión en el Tratado de Maastricht exigen su redefinición. Y es que, ciertamente, como ha afirmado el Tribunal Constitucional en la Declaración de 1 de julio de 1992 la definición tradicional de extranjero por contraposición al nacional ya no nos es útil debido a la superación del tradicional binomio nacional/extranjero.

Se impone así una nueva definición del concepto de extranjero. A partir de Maastricht, y a pesar de la literalidad del artículo 1.1. de la L.O. 4/2000, creo que la mencionada locución debería servir para aludir no a quien carezca de la nacionalidad española sino al extranjero extracomunitario.

Sin embargo, creo que se puede afirmar que las secuelas del fenómeno de la integración europea no se restringen al plano de lo meramente semántico o conceptual. Esta incidencia va más lejos y provoca un cambio de enorme calado. La reformulación del concepto tradicional de extranjero responde a un desdoblamiento del régimen jurídico regulador del ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español. Una nueva realidad que tiene perfecto encaje en la actual Ley de Extranjería que distingue expresamente entre dos situaciones: la de los extranjeros extracomunitarios —que se rigen por el régimen ordinario de extranjería— y la de los ciudadanos comunitarios —a quienes les es aplicable el régimen jurídico específico contemplado en el Derecho comunitario—.

En cualquier caso, creo que es conveniente apuntar que el Ordenamiento jurídico comunitario, además, implica la irrupción de una tercera categoría de titulares a los que se les reconoce la libertad de circulación y residencia en territorio español: la del ciudadano comunitario para el que establece unas condiciones y unos límites específicos al ejercicio del derecho diferentes a los aplicables tanto al español como al extranjero. En lo que sigue, trataremos de precisar esta nueva categoría de beneficiarios del derecho.

El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en su artículo 17.1, ha definido quién es ciudadano comunitario, identificando a éste con toda persona que

ostenta la nacionalidad de un Estado miembro. No obstante, será preciso, a este respecto, tener en cuenta dos precisiones de indudable trascendencia:

La primera, relativa a la necesaria dimensión transfronteriza o transnacional de la circulación, de forma que, como constata el propio TJCE, “(...) las disposiciones del Derecho comunitario relativas a la libre circulación no pueden ser invocadas por el nacional de un Estado miembro en contra del Estado del que él mismo es nacional” (STJCE, de 5 de junio de 1997, *UECKER y JACQUET*, Asuntos acumulados 64 y 65/96, Rec. 1997, pp. I-371 y ss., apdo. 11; STJCE, de 17 de junio de 1997, *SHINGARA y RADIOM*, Asuntos acumulados 65 y 111/95, Rec. 1997, pp. I-3343 y ss., apdo. 48; STJCE, de 2 de octubre de 2003, *GARCÍA AVELLO*, Asunto 148/02, Rec. 2003, pp. I-11613 y ss., apdo. 26).

La segunda, referente a la existencia de ciertas categorías de “extranjeros”, nacionales de terceros Estados, que por vía de Acuerdos con la Comunidad o por vía del reagrupamiento familiar asumen un estatuto específico respecto al ejercicio del derecho equiparable al de los ciudadanos comunitarios. De ahí que podamos afirmar que la identificación entre ciudadano comunitario y nacional de un Estado miembro no significa la absoluta exclusión de los nacionales de terceros Estados del ámbito de aplicación subjetivo del derecho. En otras palabras, la normativa comunitaria no abarca solamente a sus ciudadanos “de pleno derecho” sino que ampara a otras categorías en función del tipo de relaciones que la Comunidad ha ido fraguando. De forma que, aun careciendo de la ciudadanía comunitaria, existen determinados colectivos para los que el régimen del ejercicio del derecho que nos ocupa es similar.

En definitiva, si bien el artículo 19 de la Constitución prevé explícitamente que “los españoles” son titulares de la libertad de circulación y residencia en España, a la luz de lo expuesto, bien podría afirmarse que ello no significa negar este derecho a otros colectivos. En tal sentido, basta recordar que éste también resulta predicable de los ciudadanos comunitarios y de los extranjeros extracomunitarios. Y ello porque aun cuando este precepto constitucional delimita quién es el titular del derecho, no prohíbe que en el territorio español puedan ejercer un derecho similar otras categorías subjetivas además de los españoles.

III. Una aproximación al ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español

Tras el análisis realizado en el que hemos identificado las diversas categorías de titulares del derecho en territorio español, en las próximas páginas centraremos nuestra atención en tratar de precisar el ámbito de su ejercicio tanto para los extranjeros como para los ciudadanos comunitarios. Para ello, abordaremos la tarea de la concreción de las condiciones (1) y los límites oponible a su ejercicio (2).

En cuanto al plano metodológico, es preciso señalar que utilizaremos como hilo conductor la segmentación del derecho en cuatro facultades diferentes que el Tribunal Constitucional realiza en la célebre sentencia 72/2005 de 4 de abril. En este sentido, entiende el Alto Tribunal que el artículo 19 de la Constitución reconoce cuatro derechos distintos: el derecho a elegir libremente la residencia; el derecho a circular por el territorio nacional; el derecho a entrar en España; y el derecho a salir libremente del territorio nacional.

1. Las condiciones de ejercicio del derecho

El ejercicio del derecho a la libertad de circulación y residencia en territorio español puede, en ciertos casos, restringirse y queda, además, subordinado al cumplimiento de una serie de condiciones por parte de sus titulares.

Hay que recordar que, quien suscribe estas páginas, pretende analizar las condiciones a las queda supeditado el ejercicio del derecho desde la perspectiva que nos ofrece el estudio comparado de las diferencias y/o semejanzas existentes en función de si su titular es extranjero o ciudadano comunitario.

El análisis de las condiciones de ejercicio del derecho puede, atendiendo a las diversas facetas o facultades que lo integran, ser fraccionado en tres apartados:

(A) En primer lugar, y por lo que se refiere al *derecho a salir* de España, conviene advertir que la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 13.2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 12.2) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 2.2 del Cuarto Protocolo) reconocen a toda persona el derecho a salir no solo de su propio país sino, también, de cualquier otro. De ello se desprende que la libertad de abandonar un Estado pertenece tanto al nacional como a quien carezca de la nacionalidad del Estado que pretende abandonarse. Y, además, que esta libertad se prevé al margen del carácter regular o irregular de la presencia del individuo.

La legislación española en materia de extranjería y el Ordenamiento jurídico comunitario se ajustan escrupulosamente a los imperativos internacionales reseñados de forma que:

(A.1) El ciudadano comunitario, —tal y como preceptúa el artículo 5 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante, R.D. 240/2007)—, podrá salir de España para trasladarse a otro Estado miembro presentando el pasaporte o documento de identidad en vigor a los funcionarios del control fronterizo si la salida se efectúa por un puesto habilitado. Y aunque se prevé la posibilidad de prohibir la salida del territorio español, el R.D. 240/2007, únicamente, especifica que ésta podrá acordarse por razones de seguridad nacional o de salud pública o en los casos previstos en el Código Penal.

(A.2) Asimismo, los extranjeros, sobre la base del artículo 28 de la L.O. 4/2000 y 17 del R.D. 2393/2004, podrán salir del territorio español libremente, presentando a los funcionarios responsables del control de fronteras, en el caso de que la tenga en regla, la misma documentación que les sirvió para acceder al territorio nacional, esto es, el pasaporte, título de viaje o documento válido que hubieran utilizado para la entrada.

En este caso, de la normativa de extranjería es posible deducir además:

Por un lado, que al extranjero, así lo recoge el artículo 18.2 del R.D. 2393/2004, no podrá denegársele la salida aun en el hipotético caso de que la documentación sea defectuosa, o no exista, siempre que no medie prohibición ni impedimento alguno a juicio de los servicios policiales encargados de efectuar el control. Y, por otro lado, que no cabe impedir su salida de España por causa de la documentación al no establecer como motivo *per se* a tales efectos la ausencia o defecto en la misma.

Lo expuesto demuestra que la prohibición de salida de los extranjeros solo cabe en los casos legalmente previstos y entre ellos, en el artículo 28.2 de la L.O. 4/2000, no hay ninguno asimilable a la cuestión documental. Es interesante señalar a este respecto que la L.O. 4/2000 en su artículo 53.g) tipifica de infracción grave las salidas del territorio español sin exhibir la documentación requerida sancionándola con multa de 301 hasta 6000 euros tal y como preceptúa el artículo 55.1.b).

Llegados a este punto, y a la luz de lo expuesto, bien podría afirmarse que la facultad de apreciación de las autoridades encargadas de efectuar el control de fronteras queda limitada a comprobar si sobre el extranjero recae alguna otra circunstancia, ajena

a la ausencia o defecto en la documentación, que impida su salida (Aprell Lasagabaster 1994: 186).

La conclusión parece evidente: tanto el ciudadano comunitario como el extranjero tienen derecho a abandonar libremente el territorio español, únicamente, exhibiendo la documentación requerida para efectuar la entrada. Si bien, también, podrán salir con documentación defectuosa o incluso sin ella siempre que no medie oposición de los servicios policiales encargados de efectuar el control. Ello demuestra que la ausencia o defecto en la documentación que resulta exigible para abandonar España no constituye un motivo que justifique la prohibición de abandonar el territorio español ni para unos ni para otros titulares.

(B) En segundo lugar, y en relación con el *derecho a la libre circulación y residencia*, el Ordenamiento jurídico internacional subordina su ejercicio al hecho de que la persona, sea cual sea su nacionalidad, se halle legalmente en el territorio de un Estado. Así se deduce de la literalidad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 12.1) y del Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 2.1). Observaremos que el cumplimiento de esta condición de ejercicio o, en su caso, su eventual incumplimiento resulta mucho más “gravoso” para unos que para otros titulares.

(B.1) Se trata de un requisito que, en el caso de los extranjeros, viene precisado en la legislación de extranjería, puesto que es la legislación interna de cada Estado la que determina cuándo y en qué condiciones la presencia de estos en su territorio se considera legal o regular. En concreto, el Título II de la L.O. 4/2000, bajo la rúbrica *Régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros*, regula los requisitos que estos han de cumplir para entrar a España y las diferentes situaciones en las que pueden encontrarse en territorio español. No debe obviarse el dato de que la normativa española en materia de extranjería, tradicionalmente, ha cimentado el estatuto jurídico del extranjero en base a su situación administrativa (Solanes Corella 2006: 2).

Una lectura de este Título II creo que permite aseverar que para el extranjero resulta exigible no solo la entrada regular sino también que éste se encuentre en una situación de regularidad administrativa. Es decir, en situación de estancia o residencia sea esta temporal o definitiva. De forma que, si el extranjero se halla incurso en cualquiera de las situaciones de irregularidad administrativa que contempla la Ley podrá ser expulsado del mismo.

(B.2) Por su parte, conviene señalar que el R. D. 240/2007 solo exige, a los efectos que ahora nos ocupan, que los ciudadanos comunitarios soliciten, tal y como preceptúa el artículo 7, la inscripción en el Registro Central de Extranjeros —en el caso de residencia superior a tres meses e inferior a cinco años— o que, de conformidad con el artículo 10, obtengan un certificado del derecho a residir con carácter permanente.

La novedad de esta norma radica en que configura el derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios como un derecho subjetivo ejercitable frente a cualquiera de los Estados miembros. Efectivamente, no existe margen de discrecionalidad alguno para las autoridades competentes en cuanto a la tramitación y resolución de las solicitudes de residencia que estos cursen tal y como se deduce de las previsiones contenidas en el artículo 7 y 10.

Como puede apreciarse, tanto la legislación de extranjería como el Ordenamiento jurídico comunitario contemplan la libertad de circulación y residencia como un derecho condicionado. Ahora bien, existe una notable divergencia: mientras que el incumplimiento de las condiciones que resultan exigibles en el caso de los extranjeros conlleva la posible expulsión de estos del territorio nacional, ésta queda totalmente vedada para los ciudadanos comunitarios a quienes solo podrá imponérseles, en este supuesto y tal y como se deduce de la lectura del artículo 15 del R.D. 240/2007, sanciones de naturaleza pecuniaria.

(C) Y en tercer y último lugar, conviene detenerse en el análisis de las condiciones a las que queda supeditado el *derecho de entrada* para unos —extranjeros— y otros —ciudadanos comunitarios— al territorio nacional.

(C.1) El extranjero, siempre que no concurra circunstancia negativa alguna —nos referimos a no estar sujeto a prohibición expresa de entrada, no suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que éste tenga un convenio en tal sentido y no estar inscrito como no admisible en el Sistema de Información Schengen— debe acceder al territorio español, tal y como se preceptúa en el artículo 25 de la L.O. 4/2000 y artículo 1 del R.D. 2393/2004, por los puestos habilitados a tal efecto y durante las horas de apertura previstas. Sin embargo, no son estos los únicos requisitos a los que queda sujeta la entrada en el caso de los extranjeros. Si acudimos a lo establecido al respecto en la legislación de extranjería, resulta que, además, habrán de cumplir una serie de condiciones de carácter sanitario, de índole económica y de naturaleza documental.

De un lado, deberán presentar en los puestos fronterizos un certificado sanitario expedido en el país de procedencia, por los servicios médicos designados por la misión diplomática u oficina consular española. Además, cuando así lo determine el Ministerio del Interior habrán de someterse, a su llegada a territorio español, a un reconocimiento médico en frontera realizado por los servicios sanitarios españoles competentes. Tal exigencia responde a la necesidad de acreditar que no se padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena catalogadas tanto en el Reglamento sanitario internacional como en los diversos compromisos sobre la materia que hayan sido suscritos por el Estado español y que son el cólera, la peste y la fiebre amarilla (Heredia Fernández 2001: 42).

De otro lado, habrán de acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretendan permanecer en España o estar en condiciones de obtenerlos legalmente.

Y, finalmente, son varios los requisitos documentales que resultan exigibles.

- Hallarse provisto de pasaporte, individual o colectivo, o documento de viaje que acredite su identidad y que se considere válido a tal fin. Tienen tal consideración los salvoconductos de Naciones Unidas, el Certificado de legitimación expedido por el Secretario General del Consejo de Europa, o los documentos de viaje expedidos por la Organización Internacional del Trabajo (Heredia Fernández 2001: 38).
- Presentar los documentos que se determinen reglamentariamente a fin de justificar el objeto y condiciones de la estancia. Este requisito pretende verificar tanto el motivo de entrada invocado como las condiciones de la estancia siendo exigible para denegar el acceso al territorio español que medie, tal y como se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de abril de 2005, una sospecha fundada sobre la inverosimilitud de tales extremos.
- Y, como regla general, estar provisto del correspondiente visado regulado, de forma principal, reglamentariamente. Esta última exigencia merece, siquiera, un breve apunte. Si acudimos a la regulación que del visado se contempla en la normativa de extranjería, resulta que la concurrencia de los requisitos exigidos para entrar al territorio español es *conditio sine qua non* para su obtención, sin embargo, en última instancia, su concesión depende de una decisión discrecional de las autoridades competentes (Blázquez Rodríguez 2001: 114-115). Y es que

como ha afirmado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, su obtención no es un derecho reglado del extranjero sino un acto de carácter potestativo o discrecional. Esto explica que el visado se haya convertido en el elemento estrella en orden a la reglamentación y el control del acceso de extranjeros al territorio español. Pudiendo afirmarse que, la política general de visados es hoy el instrumento más eficaz para regular los flujos migratorios, en tanto que la complejidad del procedimiento y los requisitos exigidos para su obtención constituyen, en muchas ocasiones, ya un obstáculo de difícil superación (Heredia Fernández 2001: 46).

Los elementos aportados, bien podrían avalar la siguiente afirmación: el acceso de los extranjeros al territorio español resulta absolutamente condicionado. Puesto que, como ya hemos avanzado, deberán estar provistos de pasaporte o título de viaje y visado, si bien, en algunos supuestos podrán entrar solo con el pasaporte —siempre que se excepcione la tenencia de visado—; contar con medios económicos suficientes; aportar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia previstas; y no estar sujetos a prohibiciones expresas de entrada. A lo que habría que añadir, la necesidad de que la entrada se efectúe por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas.

(C.2) Por su parte, de la lectura conjunta de los artículos 4.1 y 4.4 del R.D. 240/2007, se deduce que los ciudadanos comunitarios podrán acceder al territorio español simplemente acreditando su nacionalidad mediante la exhibición del pasaporte o documento de identidad válido y en vigor. Se puede entender, por tanto, que para las autoridades españolas competentes no resulta potestativo decidir qué ciudadanos comunitarios pueden acceder al territorio nacional. Creo que ésta sería la interpretación más lógica en vista de que el derecho de acceso al territorio de cualquier Estado miembro y, por lo tanto, también al territorio español —facultad que se desprende del artículo 18.1 TCE— constituye para el ciudadano comunitario un derecho subjetivo invocable ante los órganos administrativos y jurisdiccionales, estando estos obligados a proteger dicha pretensión jurídica. Afirmación que se sustenta, a nuestro entender, en la propia jurisprudencia comunitaria que, en reiteradas ocasiones, ha manifestado que el citado precepto constituye una disposición clara y precisa del Tratado (SSTJCE, de 17 de septiembre de 2002, *BAUMBAST*, Asunto 413/99, Rec. 2002, pp. I-07091 y ss.,

apdo. 84 y, de 19 de octubre de 2004, *CHEN*, Asunto 200/02, Rec. 2004, pp. I-9925 y ss., apdo. 26), lo que nos permitiría sostener el efecto directo de la misma.

Si se analizan los datos aportados bien podría afirmarse que existen notables divergencias en la regulación del derecho de entrada al territorio español según se trate de extranjeros o ciudadanos comunitarios.

Si como aquí damos por bueno que la legislación de extranjería regula la concesión o denegación del visado como un acto reglado pero potestativo, cabría sostener que su expedición —sin el cual el extranjero no podrá acceder al territorio nacional— constituye una potestad de cada Estado, en base a la cual éste puede decidir soberanamente qué extranjeros admite en su territorio. En otras palabras, su obtención no es un derecho que pueda ser ejercitado por quien pretenda acceder al territorio español. Regulación que, por otra parte, respeta de forma escrupulosa el mandato de interpretación internacionalmente adecuada de los derechos al que obliga el artículo 10.2 de la Norma Fundamental. Puede traerse a colación, a este respecto, tanto el artículo 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el artículo 3.2 del Protocolo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reconocen el derecho de entrada en el territorio de un Estado solo a quien es nacional del mismo. De forma que, como sostiene el Tribunal Constitucional en la Sentencia 72/2005, de 4 de abril, no existe para los extranjeros un derecho fundamental a entrar en España.

La diferencia más notable para unos y otros titulares radica, por ende, en que mientras no existe un derecho fundamental de los extranjeros a acceder al territorio español, pudiendo por lo tanto denegárseles el acceso cuando no cumplan los requisitos exigidos por la legislación de extranjería, los ciudadanos comunitarios podrán entrar, simplemente, acreditando su nacionalidad.

No podemos dar por concluido este apartado sin realizar, siquiera brevemente, una valoración del análisis realizado: parece evidente que, salvo en el caso del derecho a salir de España, las condiciones a las que queda supeditado el ejercicio del derecho difieren en función de si se trata de extranjero o ciudadano comunitario. En consecuencia, sí existen divergencias para unos y otros titulares tanto en el supuesto de la libertad de circulación y residencia como en el de acceso al territorio español.

2. Los límites al ejercicio del derecho

Expuestas las precedentes afirmaciones acerca de las condiciones a las que queda supeditado el derecho, procede examinar los límites que pueden menoscabar su

ejercicio. Es un hecho indiscutible, y es precisamente del que partimos, que el derecho a la libertad de circulación y residencia no se reconoce con carácter omnímodo ni para los extranjeros (SSTEDH *DENIZCI Y OTROS c. CHIPRE*, de 23 de mayo de 2001, *LUORDO c. ITALIA*, de 17 de julio de 2003 y *TIMISHEV c. RUSIA*, de 13 de diciembre de 2005) ni para los ciudadanos comunitarios (SSTJCE, de 14 de mayo de 1974, *NOLD*, Asunto 4/73, Rec. 1974, pp. 491 y ss.; de 13 de julio de 1989, *WACHAUF*, Asunto 5/88, Rec. 1989, pp. 2583 y ss.; de 17 de octubre de 1995, *FISHERMEN'S ORGANISATIONS Y OTROS*, Asunto 44/94, Rec. 1995, pp. I-3115 y ss.; de 30 de julio de 1996, *BOSPHORUS*, Asunto 84/95, Rec. 1996, pp. I-3953 y ss.; de 28 de abril de 1998, *METRONOME MUSIK GMBH*, Asunto 200/96, Rec. 1998, pp. I-1953 y ss.; y, de 11 de abril de 2000, *ARBEN KABA*, Asunto 356/98, Rec. 2000, pp. I-2623 y ss.). Así pues, ninguna de las cuatro libertades que lo integran —la libertad de circulación, la libre elección de residencia, la libertad de entrar en territorio español y la libertad de salida del mismo— se reconoce con carácter absoluto. Atendiendo a esta fragmentación del derecho abordaremos este análisis.

(A) En primer lugar, por lo que respecta a la primera de las facetas mencionadas —la *libre circulación* por el territorio nacional—, es necesario destacar que, en la mayoría de los supuestos, las restricciones constituyen lo que denominamos límites indirectos.

Se trata de restricciones al derecho que derivan de la privación de la libertad personal prevista en el artículo 17.1 CE (Goizueta Vértiz 2007: 152). Dos son los argumentos que podrían esgrimirse para sustentar la precedente afirmación. Por un lado, que el ejercicio de este derecho protegido en el artículo 19 CE, que no es otro que el de elegir el lugar por donde uno puede libremente moverse dentro del territorio nacional, presupone la necesaria libertad deambulatoria reconocida en el artículo 17 CE. De alguna forma, avala esta aseveración el Tribunal Constitucional al subrayar que la libertad además de un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) es “(...) un derecho fundamental (art. 17 CE), que está vinculado directamente con la dignidad de la persona, y cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales” (SSTC 208/2000, de 24 de julio; 82/2003, de 5 de mayo; y 121/2003, de 16 de junio).

Y por otro lado, que queda fuera de toda duda que la privación genérica del derecho de libertad, reconocido en el artículo 17 CE, conlleva la pérdida de la libertad de circulación (González Trevijano 1991: 92). Parece lógico, por tanto, defender que

cualquier privación de aquel derecho supone, aunque indirectamente, un menoscabo de ésta.

Llegados aquí procede preguntarse acerca de cuáles constituyen esos referidos límites indirectos. La respuesta es la siguiente: nos referimos tanto a las penas de prisión y localización permanente como a las medidas cautelares de prisión provisional y detención preventiva límites, todos ellos, que resultan aplicables tanto al extranjero como al ciudadano comunitario. Y medidas, todas ellas, que pueden restringir la libertad de circulación del artículo 19.1 CE aunque, y a la luz de lo expuesto, bien podría afirmarse que, de forma más propia y precisa, constituyen límites al derecho a la libertad personal constitucionalmente reconocida en el artículo 17.

(B) En segundo lugar, y en relación a la *libre elección de residencia*, conviene destacar la existencia de una doble modalidad de medidas limitativas que resultan aplicables en este ámbito, en concreto: la obligación de comparecencia periódica ante el Juez y la prohibición de residir en un determinado lugar.

(B.1) Cuando aludimos a la obligación de comparecencia periódica ante el Juez entendemos incluidos los dos siguientes supuestos:

Por una parte, la obligación de comparecencia que se impone a toda persona, que sea testigo o víctima, a los efectos de declarar todos los hechos de los que tuviere conocimiento.

Y, por otra parte, el deber de comparecencia que puede decretarse frente a quien pesa una medida cautelar de libertad provisional por la presunta comisión de un delito, es decir, frente a un inculpado.

En este segundo caso, el límite encuentra su fundamento constitucional en la necesidad de lograr un correcto funcionamiento de la Justicia. En particular, responde a la necesidad de garantizar la presencia del inculpado el día de la celebración del juicio oral con el objeto de preservar el normal desarrollo de la instrucción y el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria que, eventualmente, puede ser dictada en su contra impidiendo, así, que ese sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse de la acción de la Justicia.

Es interesante recordar que este deber de comparecencia periódica ante el Juez, aunque significa una restricción de la libre elección de residencia, no constituye una vulneración de la misma cuando se impone mediando una resolución judicial atendiendo a los supuestos legales y en forma razonada en términos de Derecho por ser

una medida cautelar que goza de suficiente cobertura legal en el artículo 530 de la L.E. Crim (Pérez Villalobos 1993:1146).

Llegados a este punto, puede afirmarse que estamos ante un límite al derecho a la libre elección de residencia que resulta aplicable igualmente tanto a extranjeros como a ciudadanos comunitarios, puesto que se adopta en el marco de causas penales en las que el sujeto es parte al margen de la nacionalidad de éste.

Así lo corrobora el tenor literal del artículo 410 de la L.E.Crim. al establecer que todos los que residan en España, sean nacionales o extranjeros —debiendo entenderse por tales, a nuestro parecer, tanto los comunitarios como los extracomunitarios—, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas por la ley.

(B.2) Centrémonos, ahora, en la prohibición de residir en un determinado lugar del territorio nacional. En esta línea, es posible distinguir entre la prohibición de residencia que afecta a todo el territorio nacional y aquellas privaciones que despliegan sus efectos respecto a un concreto espacio geográfico del mismo.

Por un lado, resultan encuadrables en el primer grupo las denegaciones de prórroga de estancia o de autorización de residencia que pueden adoptarse frente a un extranjero así como la denegación de inscripción en el Registro Central de Extranjeros que prevé acordar el artículo 15.1 del R. D. 240/2007 frente al ciudadano comunitario por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Y, por otro lado, existen varios supuestos en los que es factible limitar el derecho de residencia prohibiendo que el sujeto pueda fijarla en un determinado lugar del territorio nacional. Esto ocurre, entre otros, en los casos en los que se adopta una pena o una medida de seguridad que implica la prohibición de residir en un determinado lugar del territorio español. Si partimos del hecho de que esta prohibición —prevista en el Código Penal como pena o como medida de seguridad— puede decretarse frente a cualquier persona a la que se le pueda imputar la autoría de un ilícito penal independientemente de su nacionalidad, cabe sostener que las privaciones del derecho de residencia que limitan sus efectos sobre un concreto espacio geográfico son aplicables, igualmente, tanto a los extranjeros como a los ciudadanos comunitarios. Esta nueva limitación se presenta como una medida restrictiva al servicio de las funciones de prevención que, prevista en el artículo 25.2 CE, responden al objetivo de evitar la comisión de delitos como forma de protección social (Morales Prats 2002:579).

(C) Por otra parte, y en cuanto al *derecho de entrada* al territorio nacional conviene comenzar recordando que, a diferencia de lo que ocurre con el nacional (véase por todas la STJCE, de 19 de enero de 1999, *DONATELLA CALFA*, Asunto 348/96, Rec. 1999, pp. I-11 y ss., apdo. 20), tanto el extranjero como el ciudadano comunitario pueden ser privados de este derecho. Así pues, es posible impedir la entrada en España a estos últimos.

Ahora bien, creo que se puede advertir la existencia de ciertas disimilitudes en relación a la prohibición de entrada al territorio español en función de si ésta opera frente a extranjeros o frente a ciudadanos comunitarios. Diferencias en modo alguno baladíes. En concreto, pueden traerse a colación, por ejemplo, las dos siguientes:

En primer lugar, observaremos que en el caso de los extranjeros es más amplia la gama de supuestos de hecho habilitantes. Dicho de otra forma, el legislador de extranjería regula de una forma más amplia los supuestos en los que cabe impedir que el extranjero traspase las fronteras nacionales prohibiéndole el acceso al territorio español.

En efecto, mientras que al ciudadano comunitario solo se le podrá impedir la entrada en España cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, tal y como prevé el artículo 15.1.a) del R.D. 240/2007, los extranjeros tendrán prohibida la entrada en los siguientes supuestos regulados en los artículos 58 de la L.O. 4/2000 y 10 del R.D. 2393/2004:

- Cuando hayan sido expulsados de España durante el tiempo que dure la prohibición de entrada. Téngase en cuenta que toda expulsión conlleva esta sanción por un período mínimo de tres años y máximo de diez.
- Cuando así se establezca por otra causa legalmente prevista. Así pues, además de la prohibición de entrada que acompaña la orden de expulsión ha de considerarse cualquier otra, actual o futura, que pudiera derivarse de otra causa legalmente prevista (Aguelo Navarro y Álvarez Rodríguez 2001: 196). Por ejemplo, la que podrá acordarse por un plazo máximo de tres años en caso de devolución, figura que se aplica tanto cuando el extranjero conculca la prohibición de entrada derivada de una resolución de expulsión como cuando éste es sorprendido al intentar entrar ilegalmente en España (Fernández Arévalo 2006: 46).
- Cuando tengan prohibida la entrada “en virtud de Convenios internacionales en los que España sea parte”. En este escenario ha de encuadrarse la que prevé adoptar el Convenio de Aplicación del Acuerdo

de Schengen: si está incluido en la “lista de no admisibles” del Sistema de Información de Schengen; o si supone “un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las partes contratantes”. Si bien es cierto que, en este segundo supuesto, la prohibición de entrada podrá ser excepcionada por motivos humanitarios o de interés nacional.

- Cuando “se tenga conocimiento, por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, de que se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España y sin perjuicio de su detención, en los casos en los que esta proceda”.
- Y cuando “hayan sido objeto de prohibición expresa de entrada, en virtud de resolución del Ministro del Interior, por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales, u otras razones judiciales o administrativas que justifiquen la adopción de esta medida, sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda”.

Y, en segundo lugar, puede ser interesante no perder de vista que, además, únicamente para el caso de los ciudadanos comunitarios se prevé, concretamente en el artículo 15 del R.D. 240/2007, la atemperación de este límite. De forma que es posible referirnos a una cierta “dulcificación” de la prohibición de entrada que despliega, a nuestro parecer, importantes consecuencias. Así pues:

- La denegación de entrada al territorio nacional de un ciudadano comunitario no podrá ser adoptada con fines económicos y deberá estar fundada exclusivamente en el comportamiento personal de quien sea objeto de la misma que, en todo caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad.

Esto significa que, a diferencia de lo que ocurre con el extranjero, la existencia de condenas penales no constituye, por sí sola, razón para justificar una prohibición de entrada de un ciudadano comunitario o

beneficiario del Derecho comunitario. En tal orden de cosas, ha de encuadrarse la STJCE, de 31 de enero de 2006, *COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS c. REINO DE ESPAÑA* (Asunto 503/03, Rec. 2006, pp. I-1097 y ss.), por la que España resulta condenada por incumplimiento del Derecho comunitario, al negar la entrada a su territorio al Sr. Faid y al Sr. Bouchair, —ambos nacionales argelinos y casados con nacionales españolas— argumentando únicamente estar estos incluidos en la lista de no admisibles del Sistema de Información Schengen: habiendo obviado, por tanto, la comprobación de si la presencia de tales personas constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad.

- Se prevé la posibilidad de que el propio interesado solicite el levantamiento de la prohibición de entrada en España, previa alegación de los motivos que demuestren un cambio material de las circunstancias que justificaron dicha prohibición.
- Y, asimismo, en la misma línea, la prohibición de entrada al territorio nacional podrá ser revocada de oficio cuando dejen de subsistir las razones que justificaron su adopción.

(D) Y finalmente, en lo relativo a la *salida* del territorio nacional nótese que existe una doble modalidad de medidas restrictivas que pueden menoscabar su ejercicio. Más explícitamente esta faceta del derecho puede restringirse decretándose tanto la prohibición de salida como la salida obligatoria del territorio nacional.

Si nos ajustamos al contenido de las previsiones que regulan la salida obligatoria, y a diferencia de lo que ocurre con la prohibición de salida, cabe afirmar que resultan apreciables ciertas diferencias según ésta se aplique a unos u otros titulares. En concreto, las disimilitudes se polarizan en torno a la institución de la devolución y la expulsión.

En primer lugar, y por lo que atañe a la devolución, tratándose de extranjeros el no cumplimiento de los requisitos exigidos para hacer efectiva la entrada al territorio español conlleva como inmediata consecuencia la devolución de estos. En fundamento de esta afirmación se podría aducir el propio tenor literal de los artículos 58.6 *in fine* de la L.O. 4/2000 y 157.b) y 157.5 del R.D. 2393/2004. La mencionada normativa prevé frente a los que pretendan entrar ilegalmente en España, incluidos los que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones, la posibilidad de ordenar su

devolución que, además de la obligatoriedad de salida, lleva aparejada la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

Por contra, tal incumplimiento no conlleva en el caso del ciudadano comunitario de forma automática su devolución. En efecto, como constata el artículo 4.4 del R.D. 240/2007, cuando éste no disponga de los documentos de viaje necesarios para hacer efectiva la entrada en territorio español, las Autoridades responsables del control fronterizo le darán, antes de proceder a su retorno, las máximas facilidades para que pueda obtener o recibir en un plazo razonable la documentación necesaria o para que se pueda confirmar por otros medios que es beneficiario del Derecho comunitario en materia de libre circulación y residencia.

Y, en segundo lugar, un repaso general de la figura de la expulsión —institución “estrella” del Derecho de extranjería (Del Pino Rodríguez González 2003: 22)— nos permite subrayar, asimismo, la existencia de ciertos puntos de desencuentro según ésta se adopte frente al extranjero o al ciudadano comunitario. Para ilustrar la precedente afirmación, bien podrían señalarse las dos siguientes diferencias.

Por una parte, la existencia de una condena penal solo puede dar lugar a la expulsión tratándose de extranjeros. Nos referimos a la expulsión judicial que, prevista en el artículo 89 del Código Penal, puede ser decretada como sustitutivo penal o como medida penitenciaria, casos ambos en los que la regla general es, como ha mantenido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de julio de 2004, la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión. Así, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en una argucia que pudiera ser utilizada por el extranjero para evitar ser expulsado (López Ulla 2005: 535). Sin embargo, conviene recordar que esta previsión no implica que pueda descuidarse el deber de atender al principio de proporcionalidad normativamente consagrado en el artículo 55.3 de la L.O. 4/2000 y concretado en el artículo 119.3 del R.D. 2393/2004 que dispone que a la hora de adoptar una decisión de expulsión habrá de tenerse en cuenta “las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor”. La conclusión parece obvia: en el caso del extranjero si media condena penal la Administración dispone de la facultad discrecional de imponer la sanción de expulsión siendo necesario, en todo caso, que ésta motive su decisión (SSTEDH *MOUSTAQUIM c. BÉLGICA*, de 18 de febrero de 1991; *BELDJOUDI c. FRANCIA*, de 26 de marzo de 1992; *MEHEMIN c. FRANCIA*, de 26 de septiembre de 1997; *CILIZ c. PAÍSES BAJOS*, de 11 de julio de 2000; *EZZOUHDI c. FRANCIA*, de 13 de febrero de 2001; y *RADOVANIC c. AUSTRIA*, de 2 de abril de 2004) a lo que habría que añadir que la aplicación de la cláusula de orden público como

causa justificativa de la expulsión de extranjeros ha de estar sujeta a los principios y reglas del Derecho comunitario (Cobrerros Mendazona 2001: 271-281).

Por el contrario, en el caso del ciudadano comunitario, tal y como ha afirmado insistentemente el TJCE (SSTJCE: de 27 de octubre de 1977, *BOUCHEREAU*, Asunto 30/77, Rec. 1977, pp. 1999 y ss., apdo. 10; de 22 de mayo de 1980, *MARIO SANTILLO*, Asunto 131/79, Rec. 1980, pp. 1585 y ss., apdo. 17; de 19 de enero de 1999, *DONATELLA CALFA*, Asunto 348/96, Rec. 1999, pp. I-11 y ss., apdo. 24; de 29 de abril de 2004, *G. ORFANOPOULOS Y OTROS*, Asuntos acumulados 482 y 493/01, Rec. 2004, pp. I-5257 y ss., apdo. 66.), la mera existencia de condenas penales, en ningún caso, constituye por sí sola razón suficiente para justificar una medida de expulsión. En este sentido, el Parlamento Europeo ha sido tajante al manifestar —en su Resolución sobre el informe de la Comisión sobre la aplicación de las Directivas 90/364/CEE, 90/365/CEE y 90/96/CEE y sobre la comunicación de la Comisión relativa a las medidas especiales en materia de desplazamiento y de residencia de los ciudadanos de la Unión, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública— que la vinculación sistemática o automática entre una condena penal y la expulsión constituye una violación del Derecho comunitario.

En suma, tanto el extranjero como el ciudadano comunitario pueden ser expulsados del territorio nacional. Ahora bien, la diferencia radica en que en este segundo caso no cabe la automaticidad de la expulsión siendo necesario, por tanto, para hacer operativa una medida tan “agresiva” como la expulsión que el comportamiento del ciudadano comunitario constituya una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (Marinas Suárez 1999: 464).

Y, por otra parte, el supuesto de estancia irregular en España, por ejemplo, por carecer de autorización de residencia o por tenerla caducada más de tres meses sin haber solicitado su renovación solo puede justificar la expulsión si se trata de extranjeros. En concreto, los artículos 57.1 y 53.a) de la L.O. 4/2000 contemplan para estos casos la posibilidad de acordar la expulsión con carácter facultativo al afirmarse que podrá imponerse ésta en lugar de la multa.

Aunque bien es cierto que este carácter facultativo de la expulsión no otorga a la Administración una libertad absoluta para optar indiscriminadamente por tal medida. En efecto, existe un cierto margen de discrecionalidad a la hora de sustituir la sanción pecuniaria por la expulsión, pero la obligación de observar el principio de proporcionalidad, al que alude el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 22

de diciembre de 2005, unido al hecho de que la autoridad competente ha de motivar su decisión, creo que coadyuvan a reducir al máximo el ámbito de la misma.

Sin embargo, en base al artículo 15 apartados 7 y 8 del R.D. 240/2007, si es el ciudadano comunitario o el beneficiario del Derecho comunitario el que carece de la tarjeta de residencia o del certificado del Registro Central de Extranjeros la única sanción imponible será la pecuniaria.

El análisis realizado sobre los límites oponibles al ejercicio del derecho nos permite realizar, siquiera de forma esquemática, una triple reflexión:

En primer lugar, igual que ocurre con las condiciones que rigen su ejercicio, también en este ámbito resultan apreciables ciertas diferencias según la distinta nacionalidad del sujeto. En efecto, las medidas restrictivas que menoscaban el disfrute del derecho son distintas para el extranjero o el ciudadano comunitario.

En segundo lugar, es posible realizar otra consideración de carácter un poco más concreto: la libertad de circulación y la libre elección de residencia son, de las cuatro, las facetas del derecho en el que menos divergencias se aprecian en el terreno de las medidas restrictivas en función de la distinta nacionalidad del titular que lo ejerce. Así, prácticamente, todos los límites que restringen una y otra faceta pueden adoptarse frente a cualquiera de sus titulares: ya sean extranjeros o ciudadanos comunitarios.

Sin embargo, en los supuestos de las restricciones que limitan la entrada o la salida del territorio nacional sí resultan notables las disparidades, ya que en estos casos la nacionalidad del titular del derecho constituye un criterio diferenciador que justifica un tratamiento divergente en cuanto a la aplicación de los límites.

Y, en tercer lugar, bien podría defenderse la existencia de regímenes diversos que regulan el ejercicio del derecho en función de quien sea su titular. Llegados aquí, procede preguntarse acerca de cuál sea el soporte que justifica dicha heterogeneidad. La respuesta, parece evidente: la propia Constitución permite esa multiplicidad de regímenes al imponer la obligación de respetar el “contenido esencial” del derecho solo cuando el legislador desarrolla el derecho del artículo 19 para los españoles, de forma que determinadas facultades que lo integran se considerarán englobadas dentro de ese “contenido esencial” y serán, por tanto, intangibles. Esto ocurre, por ejemplo, con la libertad de entrada al territorio español de donde puede deducirse que no cabe prohibir que los españoles accedan al territorio nacional.

Sin embargo, cuando el legislador regula el derecho tanto para el extranjero como para el ciudadano comunitario sí podrá limitar tales facultades ya que en ese caso el

derecho, en nuestra opinión, no goza del blindaje que le proporciona el artículo 53 de la Constitución. Esto no quiere decir que el legislador es absolutamente libre a la hora de limitar el derecho para los extranjeros y ciudadanos comunitarios, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre. Lo que queremos evidenciar es que en el caso de la libre circulación y residencia resulta admisible la diferencia de trato respecto de los españoles. Por tanto, cuando el legislador regule el contenido del derecho para los extranjeros y ciudadanos comunitarios deberá, también, respetar un contenido mínimo, pero, lo expuesto demuestra que ese contenido mínimo (“convencional” o “sustancial”) resulta más restringido que el contenido esencial constitucional. Avala la precedente afirmación el hecho de que el español, a diferencia de lo que ocurre con el extranjero y el ciudadano comunitario, no puede nunca ser expulsado del territorio nacional como tampoco es posible negarle el acceso al mencionado territorio.

Bibliografía citada

- AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.; “Artículo 26. Prohibición de entrada en España”, en J. M. CAMPO CABAL (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por la Ley Orgánica 8/2000)*, Madrid, Cívitas, 2001, pp. 195-205.
- APRELL LASAGABASTER, M^a C.; *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- ASENSI SABATER, J.; “Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de Extranjería”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1º semestre 2001, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 9-64.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.; *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001.
- CARRILLO LÓPEZ, M.; “Encuesta en torno a la constitucionalidad de la Ley de Extranjería”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 7, 1º semestre 2001, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 9-64.
- COBREROS MENDAZONA, E.; “Un ejemplo (más) de la fuerza expansiva del Derecho Comunitario: la reciente interpretación del orden público en la expulsión de extranjeros”, *Revista de Administración Pública*, núm. 156, septiembre-diciembre, 2001, pp. 271-281.
- DEL PINO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.; “Expulsión *versus* devolución en la vigente Ley sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social”, *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 21, octubre de 2003, pp. 21-51.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.; “Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión acordadas por otros Estados de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 13, noviembre 2006, pp. 31-55.
- GARCÍA ROCA, J.; “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”, en M. REVENGA SÁNCHEZ (Coord.), *Problemas constitucionales de la*

- inmigración: una visión desde Italia y España. II Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 71-109.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S.; *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J.; *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, Valencia, IDP- Tirant lo Blanch, 2007.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J.; *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Cívitas, 1991.
- HEREDIA FERNÁNDEZ, S.; “La entrada en España”, en M. MOYA ESCUDERO (Coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Granada, Comares, 2001, pp. 35-51.
- LÓPEZ ULLA, J. M.; “En torno a la detención e internamiento de los extranjeros sometidos a un expediente de expulsión”, en M. REVENGA SÁNCHEZ (Coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España. II Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 523-563.
- MARINAS SUÁREZ, D.; “Algunas consideraciones en torno a la excepción de orden público en materia de libre circulación. Asunto Donatella Calfa (C-348-96)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 54, mayo-agosto, 1999, pp. 453-473.
- MORALES PRATS, F.; en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) y F. MORALES PRATS (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Pamplona, Aranzadi, 2002.
- PÉREZ VILLALOBOS, C.; “La protección jurisdiccional de la libertad de circulación y residencia (artículo 19 C.E.)”, *XIII Jornadas de Estudio. Los derechos fundamentales y libertades públicas (II)*, Madrid, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, 1993, pp. 1135-1153.
- SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

- SANTOLAYA MACHETTI, P.; “Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”, en P. SANTOLAYA MACHETTI (Coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2002, pp. 45-53.
- SOLANES CORELLA, A., “Integración sin derechos: de la irregularidad a la participación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 2006, pp. 1-32.
- VIDAL FUEYO, C.; “La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 62, mayo-agosto, 2001, pp. 179-218.