

IV. LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN ESPAÑA, EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EN EL DERECHO COMPARADO

El derecho a la libre circulación es un derecho básico de todo ciudadano, como emanación esencial de la libertad de la que todo hombre debe gozar dentro de su propio país. La libertad de circulación es un derecho propio del Estado moderno. Atrás quedaban las restricciones a la movilidad propias del Antiguo Régimen, en que la circulación de personas y mercancías sufrían constantes restricciones basadas en fronteras interiores, pontazgos, *bocages*, peajes de acceso a ciudades y burgos, etc.

Desde un punto de vista material, la libertad de circulación es una facultad del derecho a la libertad, la “proyección espacial” de la persona humana, en palabras de FAUSTINO FERNÁNDEZ-MIRANDA¹. Desde un punto de vista formal, es un derecho con sustantividad propia, cuya positivación se hizo ya en las primeras Cartas de derechos medievales, como una libertad económica ligada al comercio y un límite al poder omnímodo del monarca². Sin embargo, en democracia ese derecho se reconoce a cualquier persona, sea o no empresario y se dedique o no a la actividad mercantil, establecido como un límite o freno a quien puede limitarla: el Estado o cualquier otro poder público de carácter territorial.

En los Estados unitarios ese derecho va unido a la interdicción de las medidas obstaculizadoras al comercio que pudieran establecer las regiones del mismo, lo que explica que en este tipo de Estados no se hubiera positivado hasta hace poco tiempo y referida, las más veces, al derecho a entrar y salir del país (como fue el caso del artículo 26 de la Constitución española de 1869).

De hecho, no hay nada más contrario a la libertad que las actuaciones ilegales de una autoridad cuando procede a una detención arbitraria. Y así, el art. 5 de la Declaración

¹ Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F., “Libertad de circulación y de residencia (art.19), *Comentarios a la Constitución española, Tomo II*, dirigida por Óscar Alzaga Villaamil, Edersa, Madrid, 1996, pág. 487.

² Así, en la Carta Magna inglesa de 1215 que, en su art. 41 establecía que «Todos los comerciantes podrán entrar y salir de Inglaterra, salvos y sin temor, y podrán residir y viajar dentro de ella por tierra y por agua, con propósito de comerciar, libres de toda contribución ilegal, conforme a las antiguas y legales costumbres»

francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1791 positiviza un axioma perfectamente aplicable a este derecho: “Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena”. Es por eso por lo que, no mediando en un país prohibiciones al movimiento de sus nacionales, se consagra indirectamente la libertad de circulación de los mismos.

Así lo entendió también la ONU, en cuya Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) incluye ese derecho (en su art. 13) cuando considera que “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”, positivándolo como un derecho fundamental y, por tanto, consustancial a la persona. Evidentemente esa libertad no va más allá de las fronteras del propio país, pues son los Estados los sujetos comunes del Derecho internacional y sus fronteras están protegidas por una soberanía propia que les permite detener a los que intenten acceder sin derechos a su interior.

A salvo, claro está, de ese derecho cuando es reconocido en el seno de determinados bloques políticos y jurídicos conformados por varios países, como la UE, que lo extienden a sus fronteras exteriores³.

Se trata de un principio general de la Unión Europea, proclamado incluso antes de que estuviese recogido de forma expresa en los Tratados⁴. Y el TFUE recoge también esta libertad como uno de sus elementos esenciales⁵. Así, en su 26.2 explica que el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las

³ Así, el Tratado de la Unión Europea (1992) se basa en el ofrecimiento a sus ciudadanos de un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, de forma que las medidas de control de fronteras se limitan a sus fronteras exteriores (art. 3.2). De hecho, la unión aduanera y el Tratado de Schengen forman parte esencial del primer pilar de la UE, la dimensión comunitaria. El TUE introdujo como objetivo de la Unión “mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia”.

⁴ Así, en la STJCE de 16 de marzo de 1983, asunto 266/81, *Società Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT) c. Ministero delle Finanze*: ““Hay que reconocer, como consecuencia de la unión aduanera y en interés recíproco de los Estados miembros, la existencia de un principio general de libertad de tránsito de las mercancías en el interior de la Comunidad” ... “fundamento mismo del mercado común”.

⁵ La libertad de circulación figura en el ADN de la UE y ha sido el motor de la “fuerza expansiva del mercado interior”, abriendo nuevas puertas a su protección por nuevas vías, también en el derecho interno. Cfr. LINDE PANIAGUA, E., “La libertad de circulación de los ciudadanos europeos: los nuevos retos más allá de la supresión de los controles fronterizos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, pág. 161.

disposiciones de los Tratados⁶. Y en su art. 45 ese derecho se concreta para los trabajadores, que podrán circular libremente dentro de la Unión, sin que puedan imponerse por los Estados limitaciones a esa movilidad por razón de la nacionalidad con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo (el antiguo art. 39 Tratado CE).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) también lo ha recogido, en su art. 12⁷.

En España, como en el resto en las democracias occidentales, se concibe como un derecho fundamental, reconocido en el art. 19 CE, que reza así:

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

Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.”

Este derecho fundamental a circular por el territorio nacional es llamado por la doctrina y la jurisprudencia patrias, y por el Derecho comunitario, “libertad de circulación”. También se le puede llamar libertad deambulatoria⁸ o ambulatoria (aunque estos términos suelen usarse más en Derecho Penal y Constitucional, en relación con el *habeas corpus* y con las personas privadas de libertad o que han sufrido detenciones ilegítimas, secuestros o retención por parte de las autoridades de fronteras) o libertad de

⁶ La libre circulación de mercancías constituye uno de los principios fundamentales del Tratado (STJCE de 9 de diciembre de 1997, Comisión c. Francia, asunto C-265/95, apartado 24).

⁷ “1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.”

⁸ Entendida como el derecho de los ciudadanos españoles a entrar y salir libremente del territorio nacional, así como el derecho a desplazarse de un sitio a otro dentro de dicho territorio. Cfr. GARCÍA VÁZQUEZ, S., “Artículo 19 CE: Implicaciones constitucionales y comunitarias del derecho a la libertad de circulación y a la libre elección de residencia”, en VILLANUEVA TURNES, A. (Coord.), *Derecho fundamentales. Aspectos básicos*, Andavira, A Coruña, 2017, epígrafe 3. Antiguamente, en nuestro Derecho histórico se configuraba expresivamente como el “derecho a irse libremente y a volver”. PÉREZ VILLALOBOS, M. C., “La protección jurisdiccional de la libertad de circulación y residencia (artículo 19 de la C.E.)”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales y libertades públicas (II) / XIII Jornadas de Estudio*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Vol. II, 1993, pág. 1123.

movimientos, careciendo en este caso del componente “laboral” que tiene en la UE el derecho a la libre circulación de personas o bienes⁹.

Ha sido definida por LÓPEZ CAMPILLO como “*la facultad de la persona física para desplazarse en el espacio, partiendo de la base de que tal desplazamiento ha de efectuarse por las vías públicas o privadas de uso público, pero respetando la propiedad privada reconocida en el artículo 33 de la CE*”¹⁰. Y por CANO CAMPOS como la “*facultad del ciudadano de desplazarse libremente en el espacio, de moverse de un lado para otro con cualquier medio de locomoción, de conformidad con las obligaciones, limitaciones y prohibiciones que, sobre la base de la Ley, puedan imponer las Administraciones Públicas competentes en la materia*”... “*en el tiempo y forma que cada uno estime conveniente, dentro de las apuntadas limitaciones*”¹¹. Obsérvese cómo se hace hincapié en que la libertad de circulación reclama también libertad en el empleo del medio que el ciudadano prefiera para hacerlo. Y el autor pone el dedo en la llaga cuando dice: “es precisamente aquí cuando surgen los problemas y discrepancias, pues para una parte considerable de la doctrina la libertad de circulación no incluye la disponibilidad de los medios con los cuales la misma puede ser ejercida y, por tanto, la regulación de los mismos en nada afecta o incide sobre dicha libertad”.

Evidentemente, conforme exige el art. 53.1 CE, no cualquier regulación o limitación que se haga al mismo debe hacerse por ley orgánica (art. 81.1 CE) sino solo su desarrollo. Y su regulación (por ley ordinaria, como ocurre en España), debe respetar su contenido fundamental.

Resulta reseñable que se trata de uno de los pocos derechos que no aparece condicionado en el texto constitucional - lo que en sí mismo no quiere decir que no lo sea, con las garantías formales y materiales requeridas - lo que dice mucho de la importancia que los padres constitucionales otorgaron a este derecho, uno de los primeramente sacrificados en todos los regímenes totalitarios. Como recuerda LÓPEZ

⁹ Así lo reconoció la STSJV de 3 de junio de 2011 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), JT\2011\1251, Fdto. Jco. 4º, ponente Rosa María Litago Lledó.

¹⁰ Cfr. LÓPEZ CAMPILLO, C., “Las restricciones al tránsito de vehículos por contaminación atmosférica y su adecuación a la legalidad”, en Noticias Jurídicas, 1 de mayo de 2007. (<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4273-las-restricciones-al-transito-de-vehiculos-por-contaminacion-atmosferica-y-su-adequacion-a-la-legalidad-/>)

¹¹ Cfr. CANO CAMPOS, T., *El régimen jurídico-administrativo ... opus cit.*, pág. 243.

CAMPILLOS, en la elaboración de la Constitución y en la fase de su estudio por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados se propusieron enmiendas varias, pero ninguna de ellas pasó al texto definitivo. Así, por ejemplo, la enmienda número 779 establecía una remisión de las limitaciones «en los términos que la ley establezca».

En España es la Administración General del Estado la competente para garantizar e impedir las limitaciones a la libertad de circulación y establecimiento de sus nacionales dentro de su territorio¹². Pero es competencia exclusiva de las CC.AA. el transporte intracomunitario por carretera (art. 148.1, 5ª CE)¹³, lo que incide de manera decisiva en la regulación de la movilidad. Sobre esa competencia tiene el Estado la capacidad de influir, toda vez que su competencia sobre medio ambiente es básica (148.1, 23ª CE)¹⁴.

Lo mismo ocurre, por cierto, en la Constitución portuguesa, en cuyo art. 44.1 ese derecho aparece incondicionado:

“Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho de trasladarse y afincarse libremente en cualquier parte del territorio nacional.”

Parece evidente, pues, que en España y Portugal las posibles limitaciones a la libre circulación estaban pensadas para los casos de estado de alarma y excepción (art. 19 Constitución portuguesa y art. 116 CE; y 13 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio¹⁵). También, en el caso español, esas

¹² “Dichas reglas, en definitiva, implican la atribución al Estado de la competencia relativa a conductas que puedan atentar contra la unidad de mercado nacional o contra principios reconocidos en la Constitución tales como el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, la libertad de circulación y establecimiento de las personas.” (Exposición de Motivos de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

¹³ Así, el Estatuto de Autonomía de Andalucía recoge en su art. 92.2, f) la competencia municipal propia en materia de “ordenación de la movilidad y accesibilidad de personas y vehículos en las vías urbanas”, que ya antes había atribuido la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía local de Andalucía, en los apartados 8º, 10º, 13º c) y e) de su art. 9. Y el art. 84.2, h) del Estatuto de Autonomía catalán hace lo mismo en referencia a “la circulación y los servicios de movilidad y la gestión del transporte de viajeros municipal”.

¹⁴ Recordemos que la STC 174/2013, de 10 de octubre, declaró la constitucionalidad de los planes de movilidad sostenibles previstos en el art. 101 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

¹⁵ El art. 11, a) de la LO 4/1981, de 1 de junio, prevé que el Decreto que declare el estado de alarma podrá limitar la circulación o permanencia de personas y vehículos en horas y lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de determinados requisitos. Y su art. 20 prevé, para el estado de excepción, que cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del art. 19 CE, la autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y vehículos y exigir a los que se desplacen que

limitaciones estaban ligadas al servicio militar obligatorio y, aún hoy, a las situaciones de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública (art. 30.4 CE).

Los textos constitucionales alemán e italiano, hijos de la posguerra, sí preveían y prevén algunas limitaciones o restricciones, todas ellas pensadas para situaciones excepcionales. Así, la Constitución alemana, en su art. 11.2 permite algunas restricciones:

“Este derecho no podrá ser restringido más que por ley o en virtud de una ley y solo en los casos en los que no existiesen medios suficientes de subsistencia y, por ello, surgiesen cargas especiales para la comunidad, o cuando fuese necesario para defenderse frente a un peligro que amenace la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un Land, o para combatir el peligro de epidemias, catástrofes naturales o siniestros especialmente graves, para proteger a la juventud del desamparo o para prevenir actos delictivos.

Y la Constitución italiana, en su art. 16, reconoce el derecho de todo ciudadano a circular libremente en cualquier parte del territorio nacional salvo las limitaciones que la ley establezca de modo general por razones de sanidad o de seguridad, prohibiendo, como nuestro art. 19 CE, que ninguna restricción pueda estar motivada por razones políticas. MAURA FRASCHINA ha considerado que dentro de ese bien jurídico que es la salud podría pensarse forzosamente que se incluye la salud ambiental (*ambiente salubre*)¹⁶, pero en el bien entendido que ambos valores jurídicos como distintos y separados.

El Protocolo Adicional 4º al Convenio Europeo de Derechos Humanos, del Consejo de Europa, titulado “Protocolo número 4 al Convenio, para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, hecho en Estrasburgo en 1963, recoge en su art. 2 el derecho a la libertad de circulación y de residencia, que solo podrá ser objeto de restricciones cuando estén previstas por ley, y cuando, a la vez, constituyan medidas

acrediten su identidad y el itinerario a seguir. También podrán dictar zonas de protección o seguridad y exigir a personas determinadas que comuniquen con una antelación de dos días todo desplazamiento fuera. Cfr. GÓMEZ DE LA ESCALERA, C. F., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., CASAS BAAMONDE, M. E. (DIR.), PÉREZ MANZANO, M., BORRAJO INIESTA, I. (coord.), *Comentarios a la Constitución Española "XXX Aniversario"*, Wolters Kluwer, Madrid, 2008, 1ª ed., pág. 464.

¹⁶ Cfr. FRASCHINA, M., Il “diritto alla mobilità” ... *opus cit.*, pág. 5. Confirma la autora que es pacífica en la jurisprudencia italiana la constitucionalidad de las ordenanzas locales que imponen restricciones al tráfico en el centro histórico municipal, durante determinadas horas al día, para reducir la contaminación (pág. 6).

necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros¹⁷, que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado como el “derecho a la libertad de movimientos dentro de un territorio”¹⁸.

¹⁷ “Artículo 2. Libertad de circulación. 1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia. 2. Toda persona es libre de abandonar un país cualquiera, incluso el suyo. 3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. 4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática”

¹⁸ STEDH Caso Baumann c. Francia, de 22 de mayo de 2001.