

# EL DERECHO A LA LIBERTAD DE RESIDENCIA Y CIRCULACION DE LOS EXTRANJEROS EN TERRITORIO NACIONAL

(En torno a dos sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo)

*SUMARIO:* I. Planteamiento del tema.—II. Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 25 de junio y 3 de julio de 1980.—III. La materia de extranjería es materia reservada a la Ley.—IV. Posibilidad de extender a los extranjeros la titularidad de los derechos reconocidos en el artículo 19 de la Constitución.—V. La libertad de residencia y circulación en el Derecho comparado.

## I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El derecho a la libre circulación por el territorio de un Estado está, por regla general, reconocido para los nacionales en la mayoría de las constituciones de nuestro círculo de cultura. No ocurre lo mismo cuando ese derecho se refiere a los extranjeros. Pronto se observa que hay cierto recelo a la hora de reconocer la libertad de circulación a quienes no sean nacionales del Estado donde se encuentren.

El tema también se ha planteado en España como parte de la problemática que suponen los derechos de los extranjeros y se plantea hoy a la vista de los artículos 13 y 19 de nuestra Constitución. Los extranjeros, en efecto, no están en una situación puramente pasiva frente a la Administración (1). Son titulares de derechos y libertades y en cierta medida están equiparados a los nacionales. Pero esta equiparación no es absoluta. En principio no pueden «participar en los asuntos públicos», derecho éste reservado exclusivamente a los ciudadanos españoles, tal como establece el artículo 23 de la Constitución (2). En nuestra legislación actual, además, ser español es requisito *sine qua non* para ejercer determinadas funciones y ser titular de determinados derechos que, dentro del marco del Derecho administrativo, poseen los que ostentan la nacionalidad española (3). Pero volviendo al campo de los preceptos constitucionales, ¿es la recogida en el artículo 23 la única limitación que pesa sobre los extranjeros?, ¿hay algún otro derecho del que sean titulares únicamente los

(1) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, II, Editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 18.

(2) Con la salvedad que recoge el artículo 13,2, relativa al derecho de sufragio activo en elecciones municipales, según pueda establecerse por tratado o ley.

(3) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, obra citada, pp. 23 y 24.

españoles? La duda permanece abierta respecto a la libertad de residencia y circulación (art. 19 de la Constitución) y al derecho de petición (art. 29), que en una primera lectura podría parecer que sólo se les reconoce a «los españoles».

El problema cobra en estos momentos actualidad tras la remisión a las Cortes, acordada en el Consejo de Ministros celebrado el día 16 de enero de 1981 de un proyecto de Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros (4). Pero no vamos a centrar nuestra atención en los problemas que, en general, plantea el reconocimiento constitucional de los derechos de los extranjeros, sino en un aspecto concreto: su derecho a la libertad de circulación y residencia dentro del territorio nacional. Dos recientes sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo nos dan pie para el breve análisis que nos proponemos.

## II. SENTENCIAS DE LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 25 DE JUNIO Y 3 DE JULIO DE 1980

No son muchas, si es que hay alguna, las sentencias en las que se aplican preceptos constitucionales a extranjeros (5). Las dos que ahora comentamos se refieren a temas en cierto modo relacionados: la de 25 de junio versa sobre permiso de trabajo y autorización de residencia a un súbdito hindú y la de 3 de julio sobre expulsión de un alemán del territorio nacional.

Los *hechos* en los que se basa la primera de ellas son los siguientes: el 7 de febrero de 1978 el director general de Seguridad ordenó la expulsión del territorio nacional, con prohibición de entrada en España durante dos años, al súbdito hindú K. D. El 26 de mayo siguiente se notifica dicho acuerdo al interesado y se le advierte que el quebrantamiento de esta medida será causa de su puesta a disposición de los Tribunales. El 10 de agosto el afectado sale de España, pero vuelve a entrar el 9 de noviembre. El 19 de febrero de 1979 el súbdito hindú presentó ante el Gobierno Civil de Las Palmas de Gran Canaria instancia solicitando permiso de trabajo por cuenta ajena y autorización de residencia. Recabado informe de la Comisaría del Cuerpo General de Policía de Las Palmas, se hace constar la expulsión y prohibición de entrada durante dos años en territorio español, por lo que el Gobierno Civil, con fecha 15 de mayo de 1979, dicta resolución en la que se dispone el archivo sin más de las actuaciones por razones de orden público, ordenando que por el Cuerpo General

(4) La noticia viene recogida en la mayor parte de la prensa diaria del día 17 de enero.

(5) A partir del número 6 de la «Revista del Departamento de Derecho Político», de la UNED, se vienen publicando por Enrique LINDE PANIAGUA las «Sentencias y autos del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros» en los que se citan, estudian o aplican preceptos constitucionales.

de Policía se dé inmediato cumplimiento a la medida de expulsión caso de haber sido infringida la prohibición de entrada. El 4 de junio siguiente, mediante auto, la Dirección General de Seguridad participa al Gobierno Civil que se han dejado sin efecto las medidas de expulsión y prohibición de entrada durante dos años. El 11 de junio el hindú interpone recurso de reposición contra la resolución de 15 de mayo de 1979. El 17 de julio la Dirección General de Seguridad reconsidera su postura y dispone su inmediata expulsión (acuerdo no notificado al recurrente). El 12 de septiembre el hindú solicita al Gobierno Civil que deje sin efecto la orden de expulsión mientras se resuelve el recurso. Unos días después aporta certificado de buena conducta. El 2 de octubre de 1979 el Gobierno Civil desestima el recurso.

Ante esta desestimación, el súbdito hindú interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Territorial de Las Palmas, en cuyos *considerandos* se venía a fijar lo siguiente: 1.º De la pretensión del recurrente se desprende que reclama el amparo de los derechos de «libre entrada y salida de España», «elección libre de residencia» y «derecho al trabajo» (arts. 19 y 35 de la Constitución). Pero es claro que si no se puede entrar libremente en un territorio no puede pretenderse el derecho a elegir el lugar de residencia y de trabajo en él, por lo que «el problema litigioso queda así circunscrito al examen de la medida de expulsión del territorio nacional». 2.º La resolución que determina la legalidad o no de la estancia en España del hindú es de la Dirección General de Seguridad, que no se discute en estos autos, por lo que «cae por su base la pretensión de enjuiciamiento del acto del gobernador civil dirigida meramente a dotarla de efectividad». Además, en todo caso, lo establecido por el gobernador civil «no es una expulsión en sentido propio, frente a la que pudiera invocarse el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conforme al cual el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley», pues el súbdito hindú «no se halla legalmente en el territorio nacional». 3.º «Aunque el derecho a elegir la residencia en el territorio de cualquier Estado viene proclamado como ideal común de todos los pueblos por el artículo 13-1 (6) de la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), norma de interpretación mandada observar por el artículo 10-1 de nuestra Constitución, es lo cierto que tal ideal no ha conseguido hacerse realidad y que el artículo 19 del citado texto constitucional reserva este derecho a los nacionales, al disponer que "asimismo tienen derecho (los españoles) a entrar y salir libremente de España en

---

(6) Su texto es como sigue: «Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.»

los términos que la Ley establezca"» (7). Afirmación ésta contraria a la que se contiene en la sentencia de 3 de julio, como más tarde tendremos ocasión de ver. 4.º Al encontrarse el recurrente en situación legal de expulsado con prohibición de entrada durante dos años, carece de la precisa habilitación para invocar los derechos que postula en el recurso. Esta es, por lo demás, una solución meramente formal que impide una vez más entrar al fondo del asunto.

Contra la sentencia apeló el súbdito hindú alegando motivos de forma (1.º, la resolución combatida descansaba en motivos de orden público que no habían sido concretados ni recogidos en la sentencia apelada; 2.º, la resolución de la Dirección General de Seguridad reconsiderando su postura y decretando de nuevo la inmediata expulsión del hindú no le había sido notificada) y de fondo (la sentencia apelada citaba normas legales de las que hacía aplicación indebida la Sala sentenciadora). El recurso fue desestimado, aceptando plenamente el Tribunal Supremo la sentencia apelada.

Por su parte, la sentencia de 3 de julio se basa en los siguientes hechos: El 30 de agosto de 1979 el gobernador civil de Castellón de la Plana dicta resolución por la que se acordaba la expulsión de España del súbdito alemán F. G. Dicha resolución administrativa está motivada por su conducta irregular, según consta en expediente en el que figura lo siguiente: 1.º «El 24 de agosto de 1979 el comisario jefe provincial de Policía de Castellón dirige un informe-propuesta al gobernador civil de esa provincia en el que se relatan unas actuaciones relativas a la retirada del pasaporte a petición del Consulado alemán, al parecer por cuestiones fiscales en su nación de origen que no han llegado a determinarse.» 2.º Denuncia presentada contra el alemán por un supuesto delito de apropiación indebida relativa al retraso en la devolución de un automóvil alquilado. 3.º Intento de disolver una sociedad civil o mercantil que dicho súbdito extranjero había constituido con el propietario de una discoteca. 4.º El alemán resultó perjudicado en una presunta estafa cometida contra él mismo por tercero.

Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, al que se opone el abogado del Estado, pero no el ministerio fiscal, se estima fundándose en los siguientes *considerandos*: 1.º «De los hechos referidos en el expediente la autoridad gubernativa pretende deducir el concepto jurídico indeterminado "conducta irregular" como una de las causas legales que recoge el apartado primero del artículo 29 del Decreto de 14 de febrero de 1974 (8); pues bien,

(7) Sin duda en la sentencia se quería hacer referencia al apartado primero y no al segundo del artículo 19.

(8) El artículo 29 dice así en su número 1: «El director general de Seguridad, por propia iniciativa o a propuesta de otras autoridades o dependencias policiales, podrá acordar la expulsión del territorio nacional de los extranjeros cuando por su forma de vida, actividades que desarrollen, conducta que observen, antecedentes penales o policiales, relaciones que mantengan u otras causas análogas así resulte procedente.»

analizadas dichas bases fácticas a fin de poder determinar si alguna de ellas pueden ser tenidas como integradoras de dicho concepto, se observa que la primera —retirada del pasaporte— se refiere a un hecho, sin que conste la causa determinante de referida unilateral medida, así como que la segunda, hasta tanto en cuanto no exista sentencia judicial la mera denuncia no puede significar la forzosa responsabilidad penal y cualquiera consecuencia que en tal sentido pudiera presumirse se opone a la presunción de inocencia que proclama el artículo 24 de nuestra Constitución, sin que ello sea olvidar la normativa del apartado segundo del artículo 29 citado; por otra parte, las bases fácticas tercera y cuarta aludidas con su sola mención deben quedar excluidas de toda consideración a estos efectos, pues, respectivamente, resultan discutibles o son acciones punibles de terceros en las que el actual interesado puede aparecer como víctima o perjudicado.» 2.º La Constitución española respeta los derechos de la persona «sin discriminación de nacionalidades» y, en particular, hay que tener en cuenta el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual el extranjero sólo podrá ser expulsado del territorio español en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley. Y en el caso presente no se observa ninguna de las causas de los artículos 26 y 29 del Decreto 522/1974 conforme a las cuales podría acordarse la expulsión del extranjero (9). Por todo ello procede entender como disconforme a Derecho la resolución administrativa impugnada. Contra la sentencia de la Audiencia Nacional interpuso el abogado del Estado recurso de apelación, que fue desestimado en un único considerando por no haber razonado su escrito, infringiendo lo establecido en el artículo 9.2 de la Ley de 26 de diciembre de 1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

Hasta aquí la reseña de estas dos sentencias, las primeras, creemos, en las que se aplican preceptos constitucionales a situaciones protagonizadas por extranjeros. En principio parece que desde un punto de vista legalista las sentencias están bien resueltas, especialmente la de 3 de julio, aunque en ésta podrían haberse invocado más argumentos de los que en ella se recogen. Los artículos 9.º, 2; 10, 2; 13 y 19 de la Constitución, así como el 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 son otros tantos puntos de apoyo para llegar a la conclusión a la que llega el ponente magistrado Díaz Emil. En cuanto a la fiscalización de los conceptos jurídicos indeter-

---

(9) Artículo 26: «Tales permisos (de permanencia), autorizaciones (de residencia) y sus prórrogas podrán ser anulados por el director general de Seguridad, por propia iniciativa o a propuesta de las autoridades o dependencias policiales, cuando se considere procedente la adopción de esta medida por la forma de vida del interesado, actividades que desarrolle, conducta que observe, o por haber cometido alguna infracción en materia de extranjería.» Respecto a la vigencia de este artículo y del transcrito en la nota anterior, ver, entre otros, el artículo 24 de la Constitución.

minados, las conclusiones nos parecen intachables (10). ¿Por qué aceptamos también la forma en que se resuelve la de 25 de junio? Hay un dato fundamental: el súbdito extranjero aceptó que la orden de expulsión se hiciera firme. Esta es la resolución que debía haberse impugnado y no el posterior acuerdo del gobernador civil. Nos preocupa, sin embargo, la facilidad con que decisiones tan importantes como la expulsión de un súbdito extranjero pueden, sin más, dejarse sin efecto y reconsiderarse más tarde. De todos es conocida la nota característica de los conceptos jurídicos indeterminados: la unidad de solución justa. La Administración, en este caso la Dirección General de Seguridad, no puede apreciar, en base a los mismos hechos, que ahora hay motivos suficientes para acordar la expulsión, ahora no los hay y más tarde de nuevo los hay. Es por ello por lo que pensamos que la impugnación tuvo que haberse dirigido contra el primer acuerdo de expulsión, cambiando la posibilidad de solicitar «la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado» (artículo 7, 2, de la Ley de 26 de diciembre de 1978), en este caso la efectividad de la expulsión (11).

Pero el análisis de las sentencias reseñadas ha hecho que nos planteemos otros problemas que consideramos de más trascendencia, como son, por un lado, el que la materia de extranjería es materia reservada a la Ley, escapando, por tanto, a la regulación por simple decreto y por otro la posibilidad de extender a los extranjeros la titularidad de los derechos garantizados en el artículo 19 de la Constitución.

### III. LA MATERIA DE EXTRANJERÍA ES MATERIA RESERVADA A LA LEY

Si echamos un vistazo a las normas que regulan la situación jurídica de los extranjeros, y en concreto lo relativo a su libertad de residencia y circulación, veremos que se trata de disposiciones reglamentarias. Tal es el caso del Real Decreto número 1874/1978, de 2 de junio («BOE» de 10 de agosto, referencia *Aranzadi* 1.721), que regula la concesión y renovación de permisos de trabajo y permanencia y autorizaciones de residencia, y el Decreto número 522/1974, de 14 de febrero («BOE» del 27, referencia *Aranzadi* 437), sobre régimen de entrada, permanencia y salida de territorio español. Tal situación es anómala. A partir de la entrada en vigor de la Constitución la materia ha de ser regulada por Ley. Además, en algunos aspectos tales Decretos resultan radicalmente inconstitucionales.

(10) Básico en el tema, el libro de FERNANDO SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1976.

(11) En la legislación chilena la interposición de recurso contra medidas de expulsión suspende automáticamente su efectividad. Además es esencial recordar en este momento que, con la entrada en vigor de la Constitución, no cabe hablar de «acto consentido» ni de preclusividad de protección en materia de derechos fundamentales, ya que «los actos administrativos que infrinjan o desconozcan los derechos fundamentales son, evidentemente, nulos de pleno derecho» (12).

(12) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *cit.*, pp. 62-63.

El que la materia esté reservada a la Ley se desprende claramente de los preceptos constitucionales y de los acuerdos y tratados internacionales que sobre el tema han sido ratificados por España y que, conforme al artículo 96 de la Constitución, forman parte del ordenamiento interno y tienen un valor interpretativo directo de la propia Constitución (artículo 10,2). En efecto, según el artículo 13 de dicho texto constitucional, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el título I en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Por su parte, todos los Tratados ratificados por España que garantizan la libertad de residencia y circulación de la persona, exigen que las posibles restricciones que hayan de fijarse se determinen por norma con rango de Ley. En este sentido es capital el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España en 1977: «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...» Las restricciones han de ser únicamente las previstas por Ley, y no por norma inferior; además, no se podrán restringir por cualquier motivo, sino sólo por los expresamente recogidos en dicho precepto. En términos parecidos se pronuncia el artículo 2.º del Cuarto Protocolo del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950: «1. Toda persona que se encuentre en situación regular sobre el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a elegir 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, seguridad pública, mantenimiento del orden público, prevención del delito, protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. 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» (13). Parece, pues, definitivo que el contenido de los Decretos a que antes hicimos referencia está reservado a la Ley.

¿Debe ser Ley Orgánica? La respuesta no es pacífica. El artículo 13

(13) El Convenio ha sido ratificado por España el 28 de septiembre de 1979 («BOE» de 10 de octubre). El Cuarto Protocolo, sin embargo, no ha sido hasta la fecha ratificado por España.

de la Constitución habla simplemente de Ley. Se remite a la Ley, con lo que en definitiva está desconstitucionalizando la materia (14). Parece, pues, que la norma que regule la cuestión debe ser Ley ordinaria. Ahora bien, en contra puede mantenerse que el artículo 13 se refiere a los derechos y deberes fundamentales, cuyo desarrollo está reservado, según el artículo 81, a Leyes orgánicas. Pienso, sin embargo, que no es necesaria Ley orgánica (15). Aparte de la remisión a Ley ordinaria contenida en el artículo 13, éste no se encuentra incluido dentro de la sección primera del capítulo segundo del título primero. Ciertamente que dicha Ley podría desarrollar extremos relativos a derechos fundamentales y libertades públicas, pero se reconducirían, no a la sección primera, sino al artículo 13. Es decir, en definitiva, no se estaría legislando sobre materias propias de la sección primera—que exigirían Ley orgánica—, sino sobre materias propias del artículo 13. El criterio que ha seguido el Gobierno es, sin embargo, el de regular los derechos de los extranjeros mediante Ley orgánica, distinguiendo en el proyecto dos regímenes: el de los extranjeros que deseen prolongar su estancia más allá de los noventa días normales, y el de los que deseen fijar su residencia en España.

Pero lo cierto es que, hoy por hoy, los derechos de entrada y salida, residencia y libre circulación de los extranjeros se encuentran regulados por simples Decretos, incumpliendo el mandato contenido en los preceptos constitucionales y textos internacionales. A tal situación debe ponerse fin, máxime cuando en ellos, y en concreto en el Decreto 522/1974, se reconocen al director general de Seguridad y a los gobernadores civiles ciertas competencias que hoy deben entenderse sin contenido. Así, según el artículo 30: «El director general de Seguridad y los gobernadores civiles o delegados del Gobierno, en su caso, podrán ordenar la detención e ingreso en prisión a su disposición, cuando procediere según las circunstancias, de los extranjeros que hayan de ser expulsados, medida que subsistirá durante el tiempo indispensable para evacuar los trámites inherentes a tal situación, comprobar que los mismos han extinguido las posibles responsabilidades de todo orden que pudieran pesar sobre ellos y llevar a cabo la expulsión.» Tales medidas podrán ser tomadas cuando, por la forma de vida de los extranjeros, actividades que desarrollen, conducta que observen, antecedentes penales o policiales, relaciones que mantengan u otras causas análogas, resulte procedente su expulsión, acordada por el director general de Seguridad (artículo 29,1) (16). Tal posibilidad de ordenar la detención e ingreso

(14) Gregorio PECES-BARBA: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución*, en la «Revista de Derecho de la Universidad Complutense» número 2, monográfico sobre *Los Derechos humanos y la Constitución de 1978*, p. 41.

(15) Vid. abundante bibliografía sobre la Ley Orgánica en *Principio constitucional de igualdad y su aplicación al Derecho civil foral*, de E. LINDE, publicado en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia» número 1.226, de 5 de enero de 1981, p. 5.

(16) Por Decreto 1617/1978, de 2 de junio, se autoriza al director general de Se-

en prisión es directamente contraria al derecho que «toda persona» tiene a la libertad y a la seguridad. «Nadie» puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en el artículo 17 de la Constitución y en los casos y en la forma previstos en «la Ley». También se contraviene lo establecido en el artículo 24 del texto constitucional, en el sentido de que nunca puede producirse indefensión y de que «todos» tienen derecho al juez ordinario; así como el artículo 25, en el que se recoge el principio de la legalidad sancionadora.

Estamos, pues, ante una más de las normas que, pasando desapercibidas, son manifiestamente inconstitucionales, con todo lo que de transtorno e inseguridad conlleva su presencia en el Ordenamiento (17).

#### IV. POSIBILIDAD DE EXTENDER A LOS EXTRANJEROS LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN

En principio, los extranjeros pueden ser titulares de todos los derechos y libertades que garantiza el título primero de nuestra Constitución. Hay, sin embargo, ciertas restricciones. Una está expresamente recogida en el número 2 del artículo 13. Se refiere a los derechos políticos con la salvedad, en ciertos casos, del derecho de sufragio activo en elecciones municipales. Otras se desprenden del articulado de la Constitución; caigamos en la cuenta de que no todo el título I se refiere a libertades públicas: el capítulo tercero trata de los principios rectores de la política social y económica, y la sección segunda del capítulo segundo, cuyo título genérico es «Derechos y libertades», se refiere a los «derechos y deberes de los ciudadanos». Parece, pues, que las libertades a que se refiere el artículo 13 son las recogidas en la sección primera del capítulo segundo. Creemos, sin embargo, que a éstas deben añadirse los derechos reconocidos en los artículos 32 y 33 de la Constitución.

Pero aún puede restringirse más el espectro de los derechos y libertades que se garantizan a los extranjeros. Tanto el artículo 19 como el 29,1 se predicán exclusivamente de «los españoles». Dejando a un lado el derecho de petición, ¿puede afirmarse que los extranjeros no tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional o a entrar y salir libremente de España? El tema es controvertido. Por un lado, el número 1 del artículo 13 tiene un contenido general, remitiéndose en bloque a lo que establez-

---

guridad para delegar en los gobernadores civiles las facultades que le confiere el Decreto 522/1974 para la concesión de permisos especiales de residencia a extranjeros, así como su anulación cuando proceda.

(17) Sobre la exigencia y aplicación del Decreto 522/1974, véase la consulta 1/1979, de 12 de enero, de la Fiscalía General del Estado («Boletín Informativo del Ministerio de Justicia» de 25 de enero de 1979, núm. 1.158).

can los Tratados y la Ley; el número 2 del mismo artículo contiene una excepción: «Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23.» ¿Quiere esto decir que, *a sensu contrario*, los extranjeros gozan de todos los demás derechos? Por otro lado, en el artículo 19 se contiene una aparente reserva en favor de los españoles. ¿Cómo pueden armonizarse ambos preceptos? Frente a quienes sostienen que el artículo 19 limita su ámbito subjetivo a los españoles, y que «esta mención, contemplada en el panorama general de la sección segunda del capítulo segundo (cuyos preceptos son subjetivamente omnicomprensivos, por lo normal), posee un alcance netamente restrictivo, al igual que las fórmulas de los artículos 23,1 y 29,1» (18), están quienes piensan que «el propio artículo 13 de la Constitución obliga a concluir que en materia de las libertades públicas de todo el título I, con la sola excepción de los derechos *activae civitatis* del artículo 23, la regla es la equiparación de los extranjeros residentes con los nacionales, y mucho más en cuanto a las demás posiciones activas del Derecho administrativo que no alcancen el rango de libertades públicas, posiciones incluidas en la categoría de los derechos civiles (como opuestos a los políticos) que reconoce a los extranjeros el artículo 27 del Código Civil» (19). Es decir, la «única limitación» establecida constitucionalmente es la del artículo 13,2 (20).

Sin ir más lejos, las propias sentencias comentadas, pese a ser del mismo ponente, contienen principios opuestos. Mientras que la de 25 de junio afirma que «el artículo 19 del citado texto constitucional reserva este derecho a los nacionales», la de 3 de julio admite que «la vigente Constitución española (es) respetuosa con los derechos de la persona sin discriminación de nacionalidades».

La discusión también se planteó en la elaboración del artículo 19 del texto constitucional. Según el anteproyecto aparecido en el «Boletín Oficial de las Cortes» de 5 de enero de 1978 sólo los extranjeros residentes en España podían gozar de las libertades reconocidas en el entonces título II (art. 12,2). El artículo 19, contra el que no se formuló ningún voto particular, establecía: «1. Se reconoce la libertad de residencia y circulación en el territorio español. 2. Todos los españoles 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 e ideológicos.» En el trámite de enmiendas al anteproyecto son capitales las presentadas por el diputado Sancho Rof y por el grupo parlamentario de UCD (21), pues van a ser el

(18) Fernando GARRIDO FALLA y otros: *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1981, p. 249, redactado por Juan ALFONSO SANTAMARÍA.

(19) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, cit., pp. 18-19.

(20) G. PECES-BARBA, cit., p. 41. En el mismo sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. LINDE, Luis Ignacio ORTEGA y Miguel SÁNCHEZ MORÓN: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Editorial Civitas, Madrid, 1979, p. 103.

(21) Enmiendas números 717 y 779, respectivamente.

origen de la configuración actual del precepto. La enmienda del señor Sancho Rof era del tenor siguiente: «La redacción en dos párrafos del precepto permite la libre circulación y residencia tanto a nacionales como a extranjeros. Desde el punto de vista de los principios no parece inadecuado, pero teniendo en cuenta el movimiento del mercado de trabajo y otras consideraciones más o menos afines puede ser necesario, en determinados supuestos, limitar la libertad de circulación y residencia a los extranjeros. Por ello podría redactarse el artículo en un único párrafo que obviara la dificultad, y que quedaría en la forma siguiente: *Todos los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por todo el territorio nacional y podrán entrar y salir libremente del país en los términos que la Ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.*» El informe de la Ponencia designada para estudiar las enmiendas acogió la redacción propuesta por Sancho Rof y la UCD. Pero va a ser en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas donde se va a fijar y limitar definitivamente el contenido del derecho. En estos debates, el grupo parlamentario socialista defendió, por boca del diputado Peces-Barba, el texto que figuraba en el anteproyecto: «La diferencia importante del texto del artículo de la Ponencia en la redacción nueva se contradice, dijo, con el anteproyecto del 5 de enero de 1978, en tanto en cuanto el nuevo texto sitúa al mismo nivel la libertad de residencia y circulación nacional con la entrada y salida del país, desconstitucionalizando el problema y remitiéndolo a una Ley ordinaria, y se distingue también, puesto que lo limita solamente a los españoles. De nuevo con este artículo estamos en contradicción con la Convención Europea de Derechos Humanos que... protege a los nacionales, a los extranjeros residentes y no residentes en todos los derechos, y los protege también, y muy expresamente, en el Protocolo 4.º en su artículo 2.º» Sancho Rof recordó que el propio Protocolo adicional preveía una serie de restricciones, lo que fue aceptado por el diputado socialista, quien «reconociendo que el tema de la libre circulación y de la residencia de los extranjeros debe quedar a lo que establezca la Ley ordinaria», propondría el texto que hoy figura en la Constitución (22).

¿Es aceptable esta redacción definitiva? La solución que se dé no puede ser la misma para todos los supuestos recogidos en el artículo 19. El que se impongan restricciones a los extranjeros en cuanto a la libertad de residencia tiene un fundamento notorio. La restricción también está justificada en lo que afecta a la libertad de entrada. Pero «es más dudoso que pueda negarse (o restringirse ampliamente) la libertad de salida de los extranjeros del territorio nacional, libertad que no debe sujetarse a otras limitaciones que

(22) «Diario de Sesiones» número 70, pp. 2.530 y ss.

las impuestas a los propios nacionales» (23). La restricción, en cambio, carece de fundamento en lo que se refiere a la libertad de circulación. El artículo 13,1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 es concluyente: «Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.» No queremos decir con esto que la garantía sea ilimitada; no estamos ante un derecho de los que podríamos denominar «absoluto», como es el derecho a la vida o a la dignidad. Las especiales características de la libertad de residencia y circulación y su incidencia en el ámbito de los derechos subjetivos de terceros y en el desarrollo de la vida de un Estado exigen fijar ciertos límites y limitaciones (24). Ya la propia Constitución admite la posibilidad de suspender los derechos reconocidos en el artículo 19 «cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio» (art. 55,1). Aceptamos, pues, que se trata de un derecho intrínsecamente sometido a limitación; pero no puede entenderse que la libertad de circulación deba restringirse de forma especial para los extranjeros. Los límites inherentes a este derecho y las limitaciones que de hecho han de sufrir en supuestos especiales los nacionales son las mismas que deben pesar sobre los extranjeros. Sobra decir que tales limitaciones han de ser fijadas exclusivamente por Ley.

#### V. LA LIBERTAD DE RESIDENCIA Y CIRCULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La mayoría de las Constituciones de Europa occidental contienen un precepto de alcance general reconociendo la equiparación de extranjeros y nacionales en cuanto al disfrute de los derechos fundamentales, con excepción de los derechos políticos. Sin embargo, al concretar el ámbito subjetivo de cada uno de esos derechos, suele restringirse a los nacionales la titularidad de alguno de ellos, entre los que se encuentra la libertad de residencia y circulación.

Así ocurre en la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 (25). Por una parte, su artículo 3.º dice así: «1.º Todos los hombres son iguales ante la Ley. 2.º Hombres y mujeres tendrán los mismos derechos. 3.º Nadie podrá ser perjudicado ni privilegiado en consideración a su sexo, ascendencia, raza, patria y origen, creencias o concepciones religiosas o filosóficas.» Por otra, el artículo 11 limita a «todos los alemanes» la titularidad «de libertad de movimiento y de residencia en la totalidad del territorio federal». Este derecho «sólo podrá ser restringido por una ley o en virtud de una ley, y únicamente en el caso de que no existan suficientes medios

(23) F. GARRIDO FALLA y otros, cit., p. 249.

(24) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, cit., pp. 99 y ss.; F. GARRIDO FALLA y otros, cit., pp. 250-251.

(25) Todos los textos transcritos, excepto el citado en la siguiente nota, han sido sacados de Mariano DARANAS: *Las Constituciones europeas*, 2 vols., Editora Nacional, Madrid, 1979.

de subsistencia y puedan originarse cargas especiales para la colectividad o en el supuesto de que así sea necesario para prevenir un peligro que amenace la subsistencia o el orden fundamental demoliberal de la Federación o de algún Estado, para combatir peligros de epidemia, catástrofe natural o accidente especialmente grave, para proteger a los menores contra el desamparo o para evitar acciones delictivas».

En Italia la situación jurídica del extranjero se desconstitucionaliza, al igual que en España, y la posibilidad de circular y residir libremente sólo se reconoce a los ciudadanos italianos. Según el artículo 10 de la Constitución de 21 de diciembre de 1947, «el ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del Derecho internacional generalmente reconocidas. La situación jurídica de los extranjeros se regulará por la ley de conformidad a las normas y los Tratados internacionales». El artículo 16, por su parte, dice: «Todo ciudadano podrá circular y residir libremente en cualquier parte del territorio nacional, salvo las limitaciones que la Ley establezca de modo general por razones de sanidad o de seguridad. Ninguna restricción podrá estar motivada por razones políticas...» Parece, pues, que, dado que el artículo 16 se refiere a los ciudadanos, habrá que estar, conforme al artículo 10, a lo que una Ley establezca de conformidad a las normas y tratados internacionales para determinar el derecho de los extranjeros a la libre circulación.

La Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976 también parece limitar la libertad de circulación a sólo los ciudadanos, pues, si bien el artículo 15,1 establece que «los extranjeros y los apátridas que se encuentren o residan en Portugal gozarán de los derechos y estarán sujetos a los deberes del ciudadano portugués», el número 2 del mismo artículo recoge ciertas excepciones: «Los derechos políticos, el ejercicio de las funciones públicas que no tengan carácter predominantemente técnico y los derechos y deberes reservados por la Constitución y por la Ley exclusivamente a los ciudadanos.» Si tenemos en cuenta que el artículo 44,1 garantiza «a todos los ciudadanos el derecho de trasladarse y afincarse libremente en cualquier parte del territorio nacional», llegaremos a la conclusión de que sólo los portugueses gozan en plenitud de ese derecho. Cabe apuntar que las restricciones sólo pueden ser determinadas por Ley.

En Austria se distingue entre libertad de circulación, que se reconoce para toda persona, y libertad para fijar la residencia, de la que sólo disfrutaban los ciudadanos austríacos y que podrá ser condicionada por Ley. Así se desprende de los artículos 4.º y 6.º de la Ley Fundamental del Estado de 21 de diciembre de 1867, sobre los derechos generales de los ciudadanos, Ley constitucional declarada vigente. El artículo 4.º, apartado 1.º, dice: «No estará sujeta a limitación alguna la libertad de movimientos de las personas y de los bienes dentro del territorio estatal.» El artículo 6.º establece: «Todo ciuda-

dano del Estado podrá fijar su residencia o permanecer en cualquier lugar del territorio estatal... dentro de las condiciones establecidas por la Ley.»

En cuanto a Francia, en su Constitución no hay precepto expreso que se refiera al tema. Su reconocimiento se deduce, sin embargo, del artículo 55: «Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.» Cabe, pues, concluir que conforme a los acuerdos ratificados por Francia (entre otros, la Declaración de 1948 y los Pactos de 1966) todo hombre tendrá derecho a la libre circulación por su territorio, sin distinción de nacionalidad. Los límites habrá que buscarlos en el artículo 4.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, incorporada como preámbulo a la Constitución de 1971: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley» (26).

En los llamados países del Este no suele reconocerse la equiparación entre nacionales y extranjeros en cuanto al disfrute de los derechos fundamentales. Es más, tampoco es usual que se garantice, ni tan siquiera para los ciudadanos, la libertad de residencia y circulación. Así ocurre, por ejemplo, en Albania, cuya Constitución de 29 de diciembre de 1976 restringe el reconocimiento de derechos sólo a los ciudadanos, con excepción del derecho a la inviolabilidad de la persona (art. 55), del domicilio (art. 56) y de la correspondencia (artículo 57). La libertad de residencia y circulación no se garantiza ni a los nacionales ni a los extranjeros. Tampoco la Constitución de la URSS, de 7 de octubre de 1977, regula entre los derechos, libertades y deberes fundamentales del capítulo VII el derecho a la libre circulación.

José Luis PIÑAR MAÑAS

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense

(26) Texto tomado de *Textos básicos sobre derechos humanos*. Edición preparada por G. PECES-BARRA con la colaboración de Liborio HIERRO SÁNCHEZ PESCADOR, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1973. Es oportuno destacar que, hasta no hace mucho tiempo, el Consejo de Estado francés ha considerado las medidas de expulsión de extranjeros como actos de gobierno contra los que no cabía recurso alguno, o como aplicación de una potestad absolutamente discrecional de la Administración. Hoy, sin embargo, la expulsión, acto administrativo, es susceptible de recurso por exceso de poder ante los tribunales administrativos (27).

(27) Jacques ROBERT: *Libertés Publiques*. Editions Montchrestien. París, 1977, página 319. Véanse también: Yves MADIOT: *Droits de l'homme et libertés publiques*. Ed. Masson. París, 1976, pp. 245 y 246. y George BURDEAU: *Las libertés publiques*. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. París, 1972, pp. 125 y 126.