

REFLEXIONES A PROPÓSITO DE ALGUNOS RIESGOS PARA EL ADECUADO CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: SOBRE LAS REPERCUSIONES DE LA EXPULSIÓN DE GITANOS DE FRANCIA (*)

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES

I. ASPECTOS GENERALES: LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN RESIDENTES EN UN ESTADO MIEMBRO ES ALGO MÁS QUE UNA CUESTIÓN MERAMENTE NACIONAL Y PUNTUAL.—II. LÍMITES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS EN EL SENO DEL MERCADO INTERIOR: UNA POSIBILIDAD TASADA POR LA NORMATIVA DE LA UNIÓN Y RESTRINGIDA POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: 1. *El principio general de libre circulación y residencia: un principio básico obligatorio para todos los Estados miembros.* 2. *Límites en caso de estancias por un período no superior a los tres meses: una posibilidad en manos de los Estados de alcance muy restringido.* 3. *Límites para estancias por un período superior a los tres meses: una posibilidad en manos de los Estados igualmente tasada.*—III. POTENCIALIDADES DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN Y DEL CEDH: LA EXISTENCIA DE DERECHOS ESPECIALMENTE REFERIDOS A LA EXPULSIÓN DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES: 1. *La prohibición de expulsiones masivas: una exigencia de mínimos.* 2. *La prohibición de discriminación por motivos raciales o étnicos: un límite infranqueable por la acción de los Estados miembros.*—IV. RIESGOS INSTITUCIONALES PARA EL CORRECTO CONTROL DE CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN: EL NECESARIO PAPEL PROTAGONISTA DE LA COMISIÓN Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: 1. *El control por la Comisión y el TJUE: una posibilidad deseable pero no probable.* 2. *El control por el TEDH: una hipótesis posible pero no cercana.*—V. CONSIDERACIONES FINALES: EXISTENCIA DE MOTIVOS PARA LA PREOCUPACIÓN.

(*) Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación más amplio financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología del que el autor es su investigador principal (DER 2009/13679).

I. ASPECTOS GENERALES: LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN RESIDENTES EN UN ESTADO MIEMBRO ES ALGO MÁS QUE UNA CUESTIÓN MERAMENTE NACIONAL Y PUNTUAL

Muy poco tiene de novedoso que en el seno del proceso de integración europea se manifiesten ciertas tensiones entre las políticas nacionales tendentes a preservar elementos propios del ordenamiento interno y la correlativa exigencia europea de respetar las obligaciones derivadas de la pertenencia a la Unión (1). Menos novedoso es aún que esa lógica tensión, siempre latente en las relaciones entre los ordenamientos nacionales y el de la Unión, se sitúe en el ámbito del mercado interior y tenga como protagonista la alegación por los Estados de razones de orden público o simplemente de interés general, cuyo objetivo último es justificar medidas internas que supongan una restricción a las exigencias propias de las libertades de circulación. No en vano, estas razones de orden público, seguridad pública o salud pública entendidas como excepciones a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales han ocupado durante décadas al Tribunal de Justicia, habiendo construido éste una tupida jurisprudencia ya muy consolidada y basada en una interpretación enormemente restrictiva de las mismas. De hecho, ya nadie pone en duda —o quizá fuera más adecuado decir «ponía»— que los Estados miembros no son en modo alguno libres para interpretar el alcance que se pueda conceder a este tipo de excepciones y han de ajustar sus actuaciones en la materia a los estrictos límites fijados por esta jurisprudencia comunitaria. Es más, con base en esta interpretación jurisprudencial se han dictado por la Unión normas muy precisas para armonizar todo lo relativo a la libre circulación y residencia.

En este mismo sentido, a quien se sumerja en las más tranquilas aguas del ámbito de aplicación personal de las normas de la Unión que conforman el mercado interior le costará un enorme esfuerzo encontrar alguna contribución doctrinal que ni por lo más remoto ponga en tela de juicio que *todos* los nacionales de un Estado miembro de la Unión son titulares de *todos* los derechos que conforman la exigencia de trato nacional; formulado de otro modo, no cabe dudar de la tajante prohibición de cualquier obstáculo que entrañe una discriminación directa o indirecta a la libre circulación de esas personas basadas en razones de

(1) En este sentido, por lo que respecta a España resulta muy recomendable el reciente Informe de la Comisión de Estudios del Consejo de Estado, de 15 de diciembre de 2010, sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario. Sin duda, ofrece mimbres más que suficientes para su concienzudo estudio y análisis.

la nacionalidad. Por tanto, salvo las excepciones temporales que en un momento dado pudieran existir como consecuencia de los períodos transitorios fijados en cada adhesión de un nuevo Estado a la Unión —el último de éstos aún vigente durante algún tiempo para Rumanía y Bulgaria tras su ingreso el 1 de enero de 2007—, queda fuera de toda controversia posible que, con independencia de cualquier motivo étnico, el vínculo de la nacionalidad con un Estado miembro es base necesaria, pero también suficiente, para ser titular directo del derecho a ese *trato nacional*. Ello sin considerar que, además, goce también del elenco de derechos añadidos que conforman el estatuto de ciudadanía, entre los cuales, a mayor abundamiento, se incluyen también los de circulación y residencia.

De igual modo, hace apenas unos meses muy pocos autores hubieran puesto en solfa que existen dos derechos muy concretos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyos titulares ni son ni pueden ser nacionales de un Estado miembros de la Unión. En efecto, tanto el derecho de asilo como la prohibición de las expulsiones masivas son dos disposiciones muy precisas recogidas en la Carta y cuya titularidad corresponde a los nacionales de terceros países no miembros de la Unión.

Todo lo dicho viene al hilo porque las expulsiones de gitanos de nacionalidad rumana y búlgara acaecidas en Francia durante el verano del pasado año, unidas a la muy tibia reacción posterior de las instituciones de la Unión encargadas de velar por el cumplimiento del Derecho de la Unión e incluso a ciertas posiciones incipientemente «revisionistas» del régimen europeo de libre circulación, han planteado muy serias dudas jurídicas a propósito del alcance real de cuestiones absolutamente nucleares para el proceso de integración europea. En el fondo, más allá de los hechos concretos que conformaron el específico supuesto de hecho ya aludido, está en juego la interpretación que se haga en el futuro de los límites a la libre circulación y residencia derivadas del mercado interior y del estatuto de ciudadanía, así como el alcance material de determinados derechos fundamentales de carácter irrenunciable recogidos tanto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en otros instrumentos internacionales obligatorios tanto para la Unión como para los Estados miembros. En realidad, es una cuestión que afecta a la postre a la espina dorsal de todo el proceso de integración, a saber, el mercado interior y la protección de los derechos fundamentales; y precisamente en un momento en que la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) se encuentra en el centro del actual debate jurídico europeo.

Por ello una vez transcurrido un tiempo prudencial para dejar enfriar el fragor mediático que se inoculó en el debate público del primer momento, merece

la pena dedicar las siguientes páginas a realizar un análisis sobre la compatibilidad o no de expulsiones de nacionales de Estados miembros como las acaecidas en Francia —pero en realidad latentes en más Estados miembros (2)— con las normas de la Unión reguladoras del mercado interior (II) y con las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales (III), así como aprovechar la ocasión también para vislumbrar sobre la base de este interesante debate los riesgos que este tipo de hechos puede tener en el futuro sobre el delicado papel de las instituciones de la Unión encargadas de velar por el cumplimiento del Derecho de la Unión, en especial de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión (TJUE) pero también del TEDH (IV). Para finalizar presentaremos igualmente unas sucintas consideraciones finales en las que dejaremos constancia de que lo que está en juego bajo este tipo de cuestiones es bastante más que una mera violación puntual del Derecho de la Unión (V).

II. LÍMITES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS EN EL SENO DEL MERCADO INTERIOR: UNA POSIBILIDAD TASADA POR LA NORMATIVA DE LA UNIÓN Y RESTRINGIDA POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

1. *El principio general de libre circulación y residencia: un principio básico obligatorio para todos los Estados miembros*

En el estado actual de desarrollo del Derecho de la Unión constituye una obviedad sostener que todo nacional de un Estado miembro goza de un derecho de libre circulación y residencia en el territorio de cualquier otro Estado miembro. La existencia de tal derecho para toda persona que acredite la nacio-

(2) Por sólo poner algún ejemplo que sirva de botón de muestra en relación a la situación de los gitanos en otros Estados miembros, en un asunto contra la República Checa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) estimó que el colocar a los hijos de los gitanos (*Roms*) en escuelas especiales destinadas a los niños con deficiencias intelectuales constituye una discriminación basada en el origen étnico y, por tanto, prohibida por el CEDH; TEDH sentencia de 13 de noviembre de 2007, *D.H. et al. c. República checa*.

En un sentido no muy diferente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en una reciente Resolución sobre el discurso político a propósito de la seguridad nacional especialmente dirigido contra los gitanos —y que en realidad tuvo como detonante más directo las afirmaciones vertidas en Italia por algunos de sus ministros— ha realizado una seria llamada de atención en pro a la preocupante propagación que está sufriendo en algunos Estados europeos el discurso contrario a los gitanos, amén de contener también previsiones expresas en relación con la expulsión que centrará el núcleo de este trabajo; Resolución 1760 (2010) de 7 de octubre de 2010, *Recent rise in national security discourse in Europe: the case of Roma*.

nalidad de un Estado miembro es palmaria tanto desde la perspectiva *política* del estatuto de ciudadanía [art. 3.2 TUE y arts. 20.2.a) y 21 TFUE] como, sobre todo, desde la perspectiva *económica* derivada de las libertades de circulación de trabajadores (art. 45 TFUE) y de prestación de servicios (art. 56 TFUE) o establecimiento (art. 49 TFUE) que configuran el mercado interior. Éste se caracteriza precisamente por constituir un *espacio* único «sin fronteras interiores» (art. 26.2 TFUE) (3).

De igual forma, debería resultar también una obviedad afirmar que las posibles limitaciones a ese derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio del cualquier otro Estado miembro se concretan únicamente en las que fijen los propios tratados constitutivos (art. 26.1 TFUE) y en las que con base en las atribuciones expresas de competencia previstas en los mismos (arts. 18, 21.2, 46, 50 y 59 TFUE) establezcan las instituciones europeas para regular la cuestión. De esta forma, por lo que se refiere al Derecho originario, de la citada regulación en materia de mercado interior se concluye con rotundidad que los Estados miembros no ostentan ya competencia propia para establecer el alcance de las limitaciones a estas esenciales libertades de circulación y residencia. Éste será, por el contrario, el que se determine por la actuación que emprenda la Unión a través de normas de Derecho derivado dictadas al amparo de la competencia compartida existente en materia de mercado interior (art. 4.2 a TFUE) (4), así como por la interpretación que haya podido establecer al respecto el Tribunal de Justicia (5) en su papel de garante último

(3) De hecho el concepto de «espacio» (*Raum*) o «espacio jurídico» (*Rechtsraum*) ha sido objeto de tratamiento por un importante sector doctrinal, especialmente de cuño germánico, por las potencialidades que ofrece desde una perspectiva constitucional como complemento al tradicional concepto de «territorio», entendido como un elemento imprescindible para la existencia del Estado. Lo propio podría decirse del, no por casualidad, llamado *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*; véase, por ejemplo, A. von BOGDANDY, «Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum – Überlegungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG», *Neue Juristische Wochenschrift*, núms. 1-2, 2010, págs. 1-5, en págs. 1-2. Véase igualmente P. HÄBERLE, «Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?», en B. EHRENZELLER (ed.), *Festschrift für Yvo Hangartner*, 1998, págs. 1007-1026; una versión en español se encuentra en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, págs. 113-136.

(4) Para concretar el alcance material de este tipo de competencias y sus consecuencias limitativas para la actuación de los Estados miembros nos remitimos a nuestro trabajo «El reparto de competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros (I)», en J. M. BENEYTO PÉREZ, J. MAILLO GONZÁLEZ-ARÚS y B. BECERRIL ATIENZA (coords.), *El Derecho Comunitario Europeo*, Thomson, 2009, págs. 425-486, especialmente págs. 460-466.

(5) A este respecto, el Tribunal de Justicia ha dejado bien establecido que «el derecho de los nacionales de un Estado miembro a entrar en el territorio de otro Estado miembro y permanecer en él a los efectos previstos en el Tratado constituye un derecho directamente atribuido por éste o,

de la correcta aplicación del Derecho de la Unión (art. 19 TUE y arts. 251 a 281 TFUE).

En este sentido, en el plano normativo propio del Derecho derivado, es la conocida Directiva 2004/38/CE la que establece de manera taxativa los derechos de los ciudadanos de la Unión y sus familiares para desplazarse y residir en otros Estados de la Unión (6). Y ésta, una vez fijado con rotundidad los principios generales de libre circulación —más en concreto los derechos de salida del territorio de un Estado miembro (art. 4) y de entrada en el de otro (art. 5)— y de residencia (arts. 6 y 7), regula *in extenso* las citadas condiciones y límites para su ejercicio. A este respecto, resulta, de entrada, relevante reseñar que, una vez armonizada la materia a través de esta Directiva, los Estados miembros como consecuencia del elemental principio comunitario de la *preemption* —o también

según los casos, por las disposiciones adoptadas para la aplicación del referido Tratado», si bien «la expedición de una autorización de residencia a un nacional de un Estado miembro no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino un acto de reconocimiento, por parte de un Estado miembro, de la situación individual de una nacional de otro Estado miembro en relación a las disposiciones del Derecho comunitario»; sentencia de 23 de marzo de 2006, *Comisión c. Bélgica* (C-408/05, *Rec.*, pág. I-2647, apdos. 62 y 63). En realidad, se trata de una afirmación bien consolidada en la jurisprudencia comunitaria desde hace tiempo; véase, por ejemplo, sentencia de 8 de abril de 1976, *Royer* (48/75, *Rec.*, pág. 497), apdos. 31 y 33; sentencia de 25 de julio de 2002, *MRAX* (C-459/99, *Rec.*, pág. I-6591, apdo. 74).

(6) Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *DO L 229* de 29.6.2004, pág. 35. Esta importante Directiva supuso, por un lado, una modificación del pionero Reglamento (CEE) núm. 1612/68 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, *DO L 257* de 19.10.1968, pág. 2 (modificado en diversas ocasiones). Y, por otro lado, encarnó también la derogación del elenco de Directivas que regulaban la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad (Directiva 68/360/CEE, *DO L 257* de 19.10.1968, pág. 13), la supresión de esos mismos obstáculos en materia de prestación de servicios y establecimiento (Directiva 73/148/CEE, *DO L 172* de 28.6.1973, pág. 14), así como las relativas al derecho de residencia (Directiva 90/364/CEE, *DO L 180* de 13.7.1990, pág. 26), al derecho de residencia en caso de cese de la actividad del trabajador o prestador del servicio (Directiva 90/365/CEE, *DO L 180* de 13.7.1990, pág. 28) o al derecho de residencia de los estudiantes (Directiva 93/96/CEE, *DO L 317* de 18.12.1993, pág. 59). Un estudio exhaustivo del contenido de la Directiva se encuentra en «Le devenir de la libre circulation des personnes Dans l'Union européenne: regard sur la Directive 2004/38», *Cahiers de Droit Européen* 2006, núms. 1-2, págs. 14-34. Véase, igualmente, A. ILIOPOULOU, «Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille: la directive 2004/38/CE», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 3, 2004, págs. 523-557; A. OLESTI RAYO, «El derecho de desplazamiento y residencia del ciudadano europeo a la luz de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 10, 2006 (<http://www.iustel.com>).

llamado de la «ocupación del terreno»— (7) no podrán introducir limitaciones a este derecho de libre circulación y residencia que contravengan o vayan más allá de lo recogido en la Directiva (8); y si lo hicieran supondría, una vez finalizado el período de transposición obligatoria previsto en la misma (art. 40) (9), un incumplimiento manifiesto de las obligaciones derivadas del Derecho derivado de la Unión y, por tanto, una contravención clara del irrenunciable principio de primacía del Derecho de la Unión.

Así las cosas, a la luz de lo previsto en esta Directiva y dejando de lado la paralela tendencia jurisprudencial a reforzar estos mismos derechos desde la

(7) Sobre el alcance y consecuencias de esta importante cuestión puede verse, entre otros, E. D. CROSS, «Preemption of Member States law in the EEC: A Framework for Analysis», *Common Market Law Review*, 1992, págs. 447 y sigs.; A. GOUCHA SOARES, *Repartição de competências e preempção no directo comunitário*, Lisboa, Edições Cosmos Direito, 1996; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *El sistema de competencias de la comunidad Europea – Germen iusinternacionalista versus vocación federal*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; R. SCHÜTZE, «Supremacy without Pre-emption? The very slowly Emergent Doctrine of Community Preemption», *Common Market Law Review*, 2006, págs. 1023-1048; M. WAELBROECK, «The emergent doctrine of Community preemption – Consent and re-regulation», en T. SANDALOW y E. STEIN (eds.), *Courts and free markets: perspectives from the United States and Europe*, Oxford, Clarendon Press, 1982, págs. 584-580.

(8) De hecho, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, el artículo 2.2 TFUE ha plasmado en la letra de los tratados constitutivos lo que antes era afirmación jurisprudencial e interpretación doctrinal: «Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en la que la Unión no haya ejercido la suya». *Sensu contrario*, por tanto, los Estados no podrán ya ejercer esa competencia una vez que la Unión haya hecho uso de su competencia, salvo que, como prevé el inciso final del citado precepto, «la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya». Por lo que respecta a la transposición en Francia, *vid. infra* II.2; en todo caso un estudio actualizado de la cuestión especialmente referida al asunto de la expulsión de los gitanos se encuentra en A. ILIOPOULOU, «Le temps des gitans: à propos de la libre circulation des Roms dans l'Union», *Jurisclasseur*; vol. 21, núm. 1, enero de 2011, págs. 5-10. Especialmente referido al caso español, puede verse el trabajo de M. D. BLÁZQUEZ PEINADO, «La transposición en el Derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 27, 2007, págs. 595-622.

(9) Lógicamente esto debe interpretarse en relación con los posibles períodos transitorios existente en cada Estado miembro en relación con los Estados de reciente adhesión. Estas disposiciones sobre los períodos transitorios se recogen en las respectivas actas de adhesión y en el caso de la última no podrá en ningún caso ir más allá de 2014. Las concretas disposiciones en relación a las cuestiones aquí tratadas se regulan de modo muy detallado en los Anexos VI (Bulgaria) y VII (Rumanía) aprobados según lo previsto en el artículo 23 del Acta y en el artículo 20 del Protocolo; especialmente relevantes son los apartados 6 a 8 de los mismos; *DO L* 157 de 21.6.2005, pág. 104. En general, sobre esta cuestión, sigue resultando útil la lectura del trabajo de A. OLESTI RAYO, «La ampliación de la Unión Europea y la libre circulación de trabajadores», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 8, 2004, págs. 709-750.

perspectiva del estatuto de ciudadanía (10), los límites posibles al derecho de libre circulación y residencia de que pueden hacer uso los Estados miembros son diferentes según se trate de estancias por una duración inferior o superior a los tres meses, mas en todo caso la concreción de su alcance no queda ya en manos de los Estados miembros.

2. *Límites en caso de estancias por un período no superior a los tres meses: una posibilidad en manos de los Estados de alcance muy restringido*

En este sentido, si se trata de estancias por un tiempo inferior a esos tres meses la Directiva deja, por un lado, claro que todo nacional de un Estado miembro disfruta de este derecho de residencia en el territorio de otro Estado miembro «sin estar sometidos a otra condición o formalidad que la de estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos» (art. 6.1); este mismo derecho se extiende a los miembros de la familia en posesión de un pasaporte válido que no sean nacionales de un Estado miembro y acompañen al ciudadano de la Unión, o se reúnan con él (art. 6.2) (11). Establece, sin embargo, un límite añadido que en cierto sentido contradice la formulación del precepto recién citado y que fue fruto de las exigencias de algunos Estados miembros en las complicadas negociaciones que, en el marco del procedimiento de codecisión entre el Consejo y el Parlamento Europeo (antiguo art. 251 TCE, actual art. 294 TFUE), precedieron a la adopción final de esta Directiva en el seno del Consejo (12); prevé así que se

(10) Véase, por ejemplo, la sentencia de 29 de abril de 2004 *Orfanopoulos y Oliveri* (C-482/01 y 483/01, *Rec.*, pág. I-5257), apdo. 65 (con varias referencias jurisprudenciales añadidas). Cfr. D. SARMIENTO, «A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 26, 2008, págs. 211-227.

(11) Cfr., a este respecto, la llamada Directiva sobre reagrupamiento familiar; Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, *DO L* 251 de 3.10.2003, pág. 12. Diversos preceptos de esta controvertida Directiva fueron recurridos por el Parlamento Europeo por considerar que vulneran los derechos fundamentales y, en particular, los relativos a la vida familiar y a la no discriminación. El Parlamento Europeo consideraba incompatible con tales derechos, entre otros aspectos, el hecho de que la Directiva autorizase a los Estados miembros a exigir que el niño mayor de 12 años tenga que superar una prueba de integración antes de reunirse con la familia del reagrupante, así como que las solicitudes de reagrupación de los hijos menores se depositen antes de que éstos hayan alcanzado la edad de 15 años y que el reagrupante lleve un tiempo viviendo en el país de residencia antes de que los miembros de su familia puedan reunirse con él. Si embargo, el Tribunal de Justicia rechazó las alegaciones presentadas en este recurso de anulación; sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento Europeo c. Consejo* (C-540/03, *Rec.*, pág. I-5809).

(12) Para un seguimiento del proceloso procedimiento legislativo que siguió esta Directiva se puede cotejar la propuesta inicial de la Comisión (*DO C* 270E de 25.9.2001, pág. 150) con el

gozará de este derecho «mientras no se conviertan en una *carga excesiva* para la *asistencia social* del Estado miembro de acogida» (art. 14.1) (13).

Ahora bien, de esta limitación no puede derivarse en modo alguno una posibilidad de expulsión de los afectados del país en cuestión. En primer lugar, la propia Directiva establece que «el recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión» (art. 14.3). A mayor abundamiento, el Tribunal de Justicia ha exigido, en segundo lugar, una cierta solidaridad financiera entre los nacionales de ese Estado y los residentes de otros Estados miembros, en particular si las dificultades que encuentre el titular del derecho de residencia son de orden temporal (14). Y, en tercer lugar, los nacionales de un Estado miembro no pueden, en ningún caso, ser expulsados si se encuentran en el territorio de otro Estado miembro con el objetivo de *buscar* un trabajo. Ello se deriva no sólo de la propia Directiva (art. 14.4) (15), sino también de la interpretación que desde hace largo tiempo ha realizado el Tribunal de Justicia a propósito de la libertad de circulación de trabajadores prevista ahora en el artículo 45 TFUE (antiguo art. 39 TCE) (16). Basta, por tanto,

dictamen emitido por el Parlamento Europeo dieciocho meses más tarde (*DO C 43E* de 19.2.2004, pág. 42) y la posterior posición común del Consejo (*DO C 54E* de 2.3.2004, p.12), previa a la final posición que alcanzó el Parlamento Europeo el 10 de marzo de 2004.

(13) Subrayado añadido por nosotros.

(14) TJUE sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk* (C-184/99, *Rec.*, pág. I-6193).

(15) Este precepto establece que «en ningún caso podrá adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de la Unión o miembros de su familia si [...] son trabajadores por cuenta ajena o propia, o [...] entraron en el territorio del Estado miembro de acogida para *buscar* trabajo. En este caso, los ciudadanos de la Unión o los miembros de sus familias no podrán ser expulsados mientras los ciudadanos de la Unión puedan demostrar que *siguen buscando empleo* y que tienen posibilidades reales de ser contratados». Subrayados añadidos.

(16) A este respecto, el Tribunal de Justicia ha reiterado en diversas ocasiones que «los nacionales de un Estado miembro que buscan empleo en otro Estado miembro están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 39 [actualmente art. 45 TFUE] y, por consiguiente, tienen derecho a la igualdad de tratado regulada en el apartado 2 de dicha disposición»; sentencia de 15 de septiembre de 2005, *Ioannidis* (C-258/04, *Rec.*, pág. I-8275), apdo. 21.

La única exigencia demandada por el Tribunal de Justicia es que exista un «vínculo real entre el demandante de empleo y el mercado laboral de este Estado»; sentencia de 11 de julio de 2002, *D'Hoop* (C-224/98, *Rec.*, pág. I-6191), apdo. 38; sentencia de 15 de septiembre de 2005 *Ioannidis* (C-258/04, *cit.*), apdo. 30. Dicho de otro modo, «que la persona de que se trate ha buscado empleo de manera efectiva y real en el Estado miembro en cuestión durante un período razonable»; sentencia de 23 de marzo de 2004, *Collins* (C-138/02, *Rec.*, pág. I-2703), apdo. 70. Toda esta jurisprudencia ha sido confirmada de manera plena más recientemente, por ejemplo, en la sentencia de 4 de junio de 2009, *Vatsouras y Koupatantze* (C-22/08 y 23/08, no publicada aún en la recopilación oficial), apdos. 36 a 40.

acreditar la situación de *búsqueda activa* de un trabajo —«de manera efectiva y real en el Estado miembro en cuestión durante un período de tiempo razonable», dice el Tribunal de Justicia— para poder enervar la expulsión, al menos en este plazo inicial de los tres meses.

A este respecto, llama, por tanto, la atención que la legislación francesa recogida en el *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* no haga mención alguna al régimen propio de las estancias de duración inferior a esos tres meses al regular la situación de los nacionales de Estados miembros de la Unión (art. L 121-1) (17) y que el Decreto que lo desarrolla (18) sea extraordinariamente fiel en su formulación a lo recogido en la Directiva cuando establece el límite del citado artículo 14.1 (19), mientras que *olvide* por completo reproducir la previsión del artículo 14.3 de la Directiva en el sentido de que el recurso al sistema de asistencia social no puede en ningún caso conllevar la expulsión. Y lo que, por lo que aquí nos ocupa, es mucho más grave: la legislación francesa no recoge la exigencia irrenunciable de que, por añadidura, el análisis en caso de expulsión debe realizarse en todo caso de manera individual y jamás de forma colectiva, aspecto éste que será clave para la correcta aplicación de la Directiva (20). A nuestro entender, no es en modo alguno descartable que esta disposición de la Directiva omitida por el legislador francés pudiera gozar, llegado el caso, de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para poder predicar de ella un efecto directo vertical (ser una norma clara, precisa, incondicional y, llegado el momento, haber finalizado período de transposición de la misma) y en sentido ascendente (reclamación del particular frente al Estado y no al revés) (21).

(17) Dos buenas recopilaciones actualizadas y comentadas de la principal normativa francesa en materia de entrada, estancia y expulsión se encuentra en V. CHEN y F. RENAULT-MALITGNAT, *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, Litec-Lexis Nexis, 2010; X. VANDENDRIESSCHE, *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile commenté et annoté*, París, Dalloz, 2010. También resulta muy útil la obra editada por GISTI (Groupe d'information et de soutien des immigrés): *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, París, La Découverte, 2008.

(18) *Décret* 2007-371, de 21 de marzo de 2007.

(19) Existió incluso una Circular de 22 de diciembre de 2006 que se explayaba con profusión en la consideración que las autoridades francesas habían de realizar al aplicar el concepto de «charge déraisonnable» y, lo que era más grave, tenía como destinatarios específicos a los nacionales de los dos Estados que se iban a adherir a la Unión una semana después de la fecha de dictado de esta Circular. Parte de la misma fue posteriormente anulada por una decisión del Consejo de Estado de 19 de mayo de 2008.

(20) Esta cuestión la trataremos con mayor detenimiento al abordar la cuestión desde la perspectiva de la protección de los derechos fundamentales; *vide infra*, III.

(21) En este sentido, a propósito de los requisitos exigidos por el Tribunal de Justicia para que pueda darse una invocabilidad directa de la directiva, puede verse la doctrina jurisprudencial

Por otro lado, en relación con la consabida posible alegación de causas de orden público, seguridad pública y salud pública para amparar una posible expulsión, tanto la Directiva en cuestión (arts. 27 a 33) como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia han circunscrito muy claramente su ámbito de actuación. En este sentido, desde la década de los setenta del siglo pasado ha quedado claramente determinado que se trata de un concepto comunitario —y no nacional— cuya concreción no está en manos de los Estados y que ha de ser en todo caso interpretado de manera restrictiva (22). Además, esta excepción nunca puede ser invocada por motivos económicos (art. 27.1), su aplicación debe cumplir las exigencias del principio de proporcionalidad (art. 5.4 TUE), ha de fundarse exclusivamente en un comportamiento personal e individual y ese comportamiento personal ha de constituir una amenaza actual, real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad (23). Por último, y especialmente relevante por lo que aquí nos ocupa, el Tribunal de Justicia ha dejado claro desde el conocido asunto *Bonsignore* que el fundamento de esta limitación nunca puede basarse en motivos preventivos (24) y, conforme a la doctrina *Adoui y Corneville*, tampoco pueden encubrir una discriminación por razón de la nacionalidad (25). Por último, y de particular relevancia en el caso francés que nos sirve de hilo conductor en este trabajo, también existe jurisprudencia clara fijando que la existencia de previas condenas penales no es tampoco suficiente por sí misma para justificar esta limitación (26).

fraguada en asuntos como, por ejemplo, los resueltos en las sentencias de 19 de enero de 1982, *Ursula Becker* (8/81, *Rec.*, pág. 71), apdo. 24; de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori* (C-91/92, *Rec.*, pág. 3325). Es ésta, en todo caso, una cuestión que ha sido muy ampliamente tratada por la doctrina iuscomunitaria.

(22) TJUE sentencia de 4 de diciembre de 1974, *van Duyn c. Home Office* (41/74, *Rec.*, pág. 1337). En esta sentencia el Tribunal de Justicia estableció que el «concepto de orden público en el contexto de la Comunidad y, en particular, cuando se emplea como justificación de una excepción al principio fundamental de libre circulación de trabajadores, debe interpretarse de modo restrictivo, de manera que los Estados miembros no puedan determinar unilateralmente su alcance sin sujeción al control de las Instituciones de la Comunidad» (apdo. 18 *in fine*). Igualmente sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners* (2/74, *Rec.*, pág. 631), apdos. 42 y 43; sentencia de 26 de febrero de 1975 *Bonsignore c. Ciudad de Colonia* (67/74, *Rec.*, pág. 307), apdo. 6; sentencia de 8 de abril de 1976, *Royer* (48/75, *Rec.*, pág. 497).

(23) TJUE sentencia de 27 de octubre de 1977, *Regina c. Bouchareau* (30/77, *Rec.*, pág. 1999), apdo. 35.

(24) TJUE sentencia de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore c. Ciudad de Colonia*, *cit.*

(25) TJUE sentencia de 18 de mayo de 1982, *Adoui y Corneville* (115 y 116/81, *Rec.*, pág. 1665).

(26) En concreto, en el ya citado asunto *Bouchareau*, el Tribunal de Justicia estableció que «la existencia de una condena penal sólo puede apreciarse en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena muestren la existencia de un comportamiento personal que su-

3. *Límites para estancias por un período superior a los tres meses: una posibilidad en manos de los Estados igualmente tasada*

Si nos encontramos, por el contrario, ante estancias de una duración superior a los tres meses sigue manteniendo plenamente el principio general de libre entrada y residencia. Varían, empero, los límites posibles del mismo. Así, se preserva sin cambio alguno para quienes ostenten en el Estado de acogida la condición de trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el sentido fijado por los tratados constitutivos [art. 7.1.a)] (27), pero se añade una exigencia para quienes no dispongan de un trabajo efectivo. Ya no bastará con poseer un documento válido de identidad, sino que el Estado de acogida podría exigirles que dispongan «para sí y para los miembros de su familia, de *recursos suficientes* para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante el período de su residencia, así como un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida» [art. 7.1.b)] (28). Esta exigencia supone obviamente una seria limitación al derecho de libre residencia que no tiene acogida en el Derecho originario y sobre la que bien podrían surgir dudas sobre su compatibilidad con los postulados de los artículos 45, 49 y 56 TFUE, aunque obviamente no sea éste el momento de abordar tal cuestión.

En todo caso, a la hora de circunscribir el alcance de esta limitación, sí conviene, de entrada, recordar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ha de ser interpretada en todo caso de manera restrictiva (29). Como también debería tenerse claro que lo recogido en la Directiva en modo alguno puede significar que un nacional de un Estado miembro que contravenga esta disposición pueda sin más ser expulsado del país. En este sentido, cobra relevancia la ya citada previsión de la Directiva a propósito de que no podrá expulsarse

ponga una amenaza actual para el orden público»; sentencia de 27 de octubre de 1977, *Regina c. Bouchereau* (30/77, *cit.*), apdo. 28.

(27) Aunque no es el momento de extenderse en un mayor análisis, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se ha decantado por un concepto de trabajador muy amplio cuyo ámbito material ha ido experimentando además una progresiva *vis expansiva* hasta ir acercando a su seno a colectivos como el de los estudiantes o los jubilados.

(28) Énfasis añadido por nosotros.

(29) Es ya jurisprudencia asentada por el Tribunal de Justicia la que exige una interpretación estricta de los límites a los derechos derivados de los tratados constitutivos. Y, en relación con las libertades fundamentales del mercado interior, la interpretación jurisprudencial europea es, además de asentada, muy abundante. Sirva, por ejemplo, la lectura de las ya citadas sentencias recaídas en los asuntos *van Duyn* y *Bouchereau*, *vide supra*.

a quienes «puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados» [art. 14.4.b)] (30). De igual forma, resulta de plena aplicación la correlativa previsión de que el recurso a la asistencia social del Estado miembro de acogida «no tendrá como consecuencia automática una medida de expulsión» (art. 14.3) (31). Dicho de otra forma, en ningún caso cabe una expulsión automática y, por descontado, es del todo punto exigible un examen individualizado en el que tampoco cabe ampliación alguna del listado de exigencias previstas en la Directiva. Por añadidura, toda medida nacional que conlleve una expulsión debe cumplir los requisitos de ser notificada por escrito al interesado, establecer con precisión y por extenso los motivos y bases jurídicas concernidas, así como indicar explícitamente las vías de (posibles) recursos administrativos y del (siempre exigible) recurso de carácter judicial con mención clara de los plazos existentes. Estas exigencias se desprenden claramente de las previsiones que realiza la Directiva 2004/38/CE a propósito de la notificación de las decisiones de expulsión por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública (art. 30) (32).

Por tanto, de ser cierta la afirmación realizada por un importante sector doctrinal francés en el sentido de que «l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) se présente souvent comme un document stéréotypé, préimprimé, distribué de manière collective et procédant par affirmation lapidaire et péremptoire» (33), parece evidente que ello supondría una conculcación evidente de los requisitos marcados por la Directiva. Y obviamente, por salir al paso de algunas

(30) Esta previsión se recoge en el precepto de la Directiva que regula el mantenimiento del derecho de residencia (art. 14) y es de aplicación en el marco del derecho de residencia (capítulo II de la Directiva, arts. 6 a 15) tanto a las estancias de duración inferior a los tres meses (art. 6) como a las de duración superior (art. 7). Es más, el primer enunciado del artículo 14.4 deja patente de forma expresa que afecta a ambas disposiciones —«No obstante lo dicho en los apartados 1 y 2...»— ya que es precisamente el citado apartado 2 de ese artículo 14 el que se refiere a las estancias de más de tres meses (art. 14.2 en relación al art. 7).

(31) En el ya citado asunto *Comisión c. Bélgica*, el Tribunal de Justicia estableció, a propósito de un supuesto de hecho claramente emparentado con el que nos ocupa, que una legislación en la que la falta de presentación dentro de un plazo determinado de los documentos justificativos necesarios para la expedición del permiso de residencia entrañe automáticamente la notificación de una orden de expulsión «menoscaba la esencia misma del derecho de residencia que confiere directamente el Derecho comunitario»; sentencia de 23 de marzo de 2006, *Comisión c. Bélgica* (C-408/03, *cit.*), apdo. 68.

(32) Cfr. N. N. SHUIBHNE, «Derogating from the Free Movement of Persons: When can EU Citizens be Deported?», *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 8, 2005-2006, pág. 187-227.

(33) *Vid.* J. P. LHERNOULD: «L'éloignement des Roms et la directive 2004/38 relative au droit de séjour des citoyens de l'UE», *Droit social*, núm. 11, 2010, págs. 1024-1036, pág. 1035.

de las justificaciones alegadas en su momento por Francia para justificar las medidas de expulsión dictadas en el verano de 2010, se trata de garantías frente a las que en ningún caso cabe renuncia por las partes afectadas; la firma de la «aceptación» de la expulsión no supone, pues, eximente de las exigencias formales previstas en la Directiva para el procedimiento de expulsión impuesto a todos los Estados miembros.

Es más, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprenden también límites a la potestad del Estado para fijar qué ha de entenderse por «recursos suficientes» o por «carga para la asistencia social del Estado de acogida». En relación al primer concepto, ciertamente indeterminado donde los haya, el Estado de acogida puede fijar un montante de referencia, pero éste no podrá suponer una cantidad mínima por debajo de la cual cupiese automáticamente la expulsión; es siempre exigible un examen concreto de cada caso (34). Y, por lo que concierne al segundo de los elementos, no debería olvidarse la ya citada exigencia jurisprudencial derivada del asunto *Grzeleczyk* de una cierta «solidaridad financiera» entre los Estados miembros (35), así como también que, a juicio del Tribunal de Justicia, «asistencia social» no es en modo alguno sinónimo de «asistencia médica» y debe también ser, como ya se ha visto, objeto de una interpretación restrictiva (36).

Por otro lado, por lo que se refiere a las posibles razones de orden público, seguridad pública y salud pública que los tratados constitutivos han permitido desde su redacción originaria para autorizar posibles limitaciones nacionales a

(34) En el caso de la exigencia de unos recursos estables, regulares y suficientes para poder autorizar el reagrupamiento familiar que se garantiza en diversas normas de la Unión (en especial en la Directiva 2003/86/CE, *cit.*), el Tribunal de Justicia ha establecido en una reciente sentencia que «la Directiva debe interpretarse de manera estricta» a la vez que «el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede utilizarse de manera que menoscabe el objeto de la Directiva [...] ni su efecto útil»; sentencia de 4 de marzo de 2010, *Chakroun* (C-578/08, no publicada aún en la recopilación oficial), apdo. 43. Por ello, y referido al concreto caso neerlandés, «utilizar como importe de referencia un nivel de ingresos equivalente al 120 por 100 del salario mínimo de un trabajador de 23 años, importe más allá del cual se excluye en principio cualquier recurso a una prestación asistencial especial, no responde al objetivo consistente en determinar si un individuo dispone de recursos regulares para su propia manutención» y, por tanto, es declarada contraria al Derecho de la Unión; apdos. 49 y 52.

Existe igualmente una jurisprudencia en la que el Tribunal ha aceptado, no sólo que esos recursos puedan provenir de terceros (ej., ingresos de su pareja, un familiar...), sino incluso un cierto grado de incertidumbre sobre los mismos; véase, por ejemplo, la sentencia de 23 de marzo de 2006, *Comisión c. Bélgica* (C-408/03, *Rec.*, pág. I-2647), apdos. 47 y 51

(35) TJUE sentencia de 30 de septiembre de 2001, *Grzelczyk* (C-184/99, *cit.*).

(36) Cfr. TJUE sentencia de 4 de junio de 2009, *Vatsouras y Koupatantze* (C-22/08 y 23/08, *cit.*).

las exigencias de cumplimiento de las obligaciones derivadas de las libertades de circulación de las personas, los Estados miembros tampoco son libres para fijar su interpretación (37). Además de lo recogido con carácter taxativo en la ya aludida Directiva de 2004 (arts. 27 a 33), ha sido una vez más el TJUE el que desde su más temprana jurisprudencia ha exigido una interpretación estricta de estas excepciones, ha reconducido las dispares interpretaciones nacionales existentes al respecto a un concepto comunitario común de las mismas y ha delimitado de manera muy clara los requisitos para su ejercicio. Como ya hemos visto en el apartado anterior, las medidas limitativas en cuestión han de circunscribirse en todo caso a una conducta individual y ha de representar además una amenaza presente, clara, genuina y suficientemente seria de un interés fundamental de la sociedad. No caben aceptar, además, ninguna limitación que se fundamente en consideraciones preventivas, sino en hechos concretos, reales e individuales. Es más, en tanto un nacional de un Estado miembro se encuentre en el territorio de otro Estado miembro al amparo de la libertad de circulación de trabajadores —y recordemos que esta libertad incluye el principio de trato nacional no sólo para quienes ejercen un trabajo remunerado por cuenta ajena sino también para quienes lo buscan— el Tribunal de Justicia ha garantizado el principio de trato igual que el dispensado a los nacionales en aspectos como las reducciones en las tarifas de los transportes públicos para familias numerosas (38), las indemnización para gastos funerarios (39), las ayudas para alcanzar un mínimo de subsistencia (40), las ventajas sociales o fiscales existentes para los hijos a su cargo (41) y un largo etcétera.

Quiere esto decir, por tanto, que cada supuesto de expulsión debe justificar de manera explícita una *conducta personal* que entrañe una violación individualizada de una norma del Estado afectado que entrañe además una amenaza clara, real y genuina para los intereses del mismo. A mayor abundamiento, si, como parece desprenderse de las circulares utilizadas en su momento por el Ministerio del Interior francés (42), la causa inmediata o mediata de la expulsión fuera

(37) Cfr., por ejemplo, E. NÉRAUD-D'UNIENVILLE, *Ordre public et droit des étrangers en Europe: la notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, Bruselas, Bruylant, 2006; A. OLESTI RAYO, *loc. cit.* («El derecho de desplazamiento...»).

(38) TJUE sentencia de 30 de septiembre de 1975, *Cristini c. SNCF* (32/75, *Rec.*, pág. 1085).

(39) TJUE sentencia de 23 de mayo de 1996, *O'Flynn* (C-237/94, *Rec.*, pág. I-2617).

(40) TJUE sentencia de 19 de marzo de 1964, *Unger c. Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten* (75/63, *Rec.*, pág. 347).

(41) TJUE sentencia de 20 de junio de 1985, *ONEM c. Deak* (94/84, *Rec.*, pág. 1873); sentencia de 8 de junio de 1999, *Meeusen* (C-337/97, *Rec.*, pág. I-3289).

(42) *Vid. infra*, III.2.

la pertenencia a una concreta etnia, no sólo no quedaría cubierta por la única excepción a la libre circulación y residencia permitida por la Directiva y la jurisprudencia del TJUE, sino que podrían entrañar además una violación añadida del principio de no discriminación (art. 19.1 TUE). Incluso podría constituir, ya al margen de las disposiciones propias del mercado interior, una violación añadida de derechos fundamentales básicos que resultan exigibles a la Unión y a sus Estados miembros cuando aplican normas comunitarias.

III. POTENCIALIDADES DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN Y DEL CEDH: LA EXISTENCIA DE DERECHOS ESPECIALMENTE REFERIDOS A LA EXPULSIÓN DE NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES

1. *La prohibición de expulsiones masivas: una exigencia de mínimos*

En efecto, al margen del recién tratado régimen jurídico de la Unión en materia de mercado interior y libertades de circulación, existen también derechos fundamentales recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión —a la sazón jurídicamente vinculante desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (art. 6 TUE) (43)— que también podrían verse afectados. No nos referimos, aunque evidentemente también podrían tener su importancia, al derecho a la libre circulación y residencia recogidos en materia de ciudadanía europea en el artículo 45 de la Carta (44) ni a la importante cuestión relativa a las limi-

(43) La Carta se publicó en el *DO C 364* de 18 de diciembre de 2000. Obviamente, el texto no es idéntico al actualmente en vigor tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que se corresponde con la segunda proclamación y se encuentra publicada en el *DO C 303* de 14.12.2007, pág. 1. Es ya muy abundante la doctrina que ha tratado la nueva situación jurídica creada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Entre toda ella nos permitimos entresacar por su enfoque y valoración de las excepciones previstas en la Carta el trabajo de A. FERNÁNDEZ TOMÁS, «La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance generadas por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa – La salida de la crisis constitucional*, Madrid, Iustel, 2008, págs. 119-157.

(44) El apartado 1 de este artículo 45 establece, en efecto, con rotundidad que «todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros». Pero para concretar la correcta fijación de su alcance material, las propias Explicaciones de la Carta, a las que se refiere el propio preámbulo de la misma como el necesario instrumento para su interpretación por los organismos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros, prevén que este derecho se corresponde con el que garantiza el ya citado artículo 20.2.a) TFUE y que, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 52 TFUE, se aplicará en las condiciones y dentro de los límites establecidos en los Tratados. Es decir, este derecho se interpre-

taciones que pueden representar los derechos fundamentales para las libertades del mercado interior (45). Más bien tenemos en mente los preceptos de la Carta o del CEDH que establecen límites claros a los mecanismos nacionales que regulan la expulsión de extranjeros, a saber, el derecho de asilo (art. 18) y, sobre todo, la prohibición de expulsiones masivas (art. 19).

Así, va de suyo que los ciudadanos de la Unión ni pueden pedir asilo en otro Estado miembro (46) ni parecen ser tampoco los destinatarios de la prohibición

tará de acuerdo a lo ya expuesto en el apartado anterior al tratar esta cuestión desde la perspectiva del mercado interior; *vide supra*, II. Un comentario individualizado de estos preceptos ha sido realizado por A. MANGAS MARTÍN, «Art. 45», en *ib.* (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Comentario artículo por artículo*, Madrid, Fundación BBVA, 2008, págs. 718-730.

(45) Al tratar esta interesantísima cuestión ya no basta con referirse a la doctrina jurisprudencial tradicional derivada de asuntos como *ERT* o *Cinéthèque*, en la que los derechos fundamentales alegados por los particulares servían para consolidar la garantía de las libertades fundamentales y, con ello, las del mercado interior; sentencias de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, Rec., pág. I-2951); sentencia de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque* (60/84 y 61/84, Rec., pág. 2618). Como recientemente han mostrado autores como Laurence BURGORGUE-LARSEN, «hoy en día sabemos que los derechos fundamentales pueden, al contrario, ayudar a justificar las barreras a las libertades económicas»; L. BURGORGUE-LARSEN, «La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial», en J. I. UGARTEMENDÍA ECIZABARRENA y G. JÁUREGUI BE-RECIARTU (coords.), *Derecho Constitucional Europeo – Actas del VIII Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 41-76, en pág. 74. De hecho, no son escasos los asuntos en que se alegan derechos fundamentales, sea en las relaciones horizontales entre particulares o sea por el Estado frente a personas físicas o jurídicas, para justificar determinados límites a las libertades fundamentales. Sentencias bien conocidas en este sentido son, por ejemplo, las recaídas en los asuntos *Schmidberger* y *Omega*; sentencia de 12 de junio de 2003 *Schmidberger c. Austria* (C-112/00, Rec., pág. I-5659); sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega* (C-36/02, Rec., pág. I-9609). Cfr., con todo, J. A. HERNÁNDEZ CORCHETE, «La irrupción en la jurisprudencia del TJCE de los derechos fundamentales como límite de las libertades económicas o de cómo vuelve a escena la doctrina *Solange*», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 19, 2006, págs. 415-436.

Obviamente, en estos momentos habrá que estar particularmente atentos a la posición que adopte el Tribunal de Justicia en relación con esta cuestión a la luz de la Carta. Existe, de hecho, ya al menos un caso en el que el Alto Tribunal de la Unión ha tratado de compatibilizar el derecho de negociación colectiva (art. 28 de la Carta) con el principio del Tratado que regula el papel de los interlocutores sociales (art. 152 TFUE); sentencia de 15 de julio de 2010, *Comisión c. Alemania*, (C-271/08), apdos. 38 y 39.

(46) El principio general en esta materia, a pesar de las restricciones iniciales de algunos Estados miembros, es que no cabe peticiones de asilo por ciudadanos de un Estado miembro en otro Estado miembro. Esto no ha sido, sin embargo, cuestión pacífica y aún hoy plantea dificultades en Bélgica. En efecto, como se recordará, en los conocidos asuntos *García Arranz* y *Moreno Ramajo* Bélgica se negó a extraditar a España a dos nacionales españoles acusados de pertenecer a la banda terrorista ETA. Como consecuencia de ello el Tratado de Ámsterdam incluyó un Protocolo anejo al TCE sobre el asilo al que se remitían expresamente las Explicaciones de la Carta, y que sigue exis-

de expulsiones masivas, una prohibición ésta cuyo objetivo básico es proteger a los inmigrantes de Estados terceros que se encuentren en situación irregular dentro del territorio de la Unión o, habiendo entrado en situación regular, concurren sobre ellos cualquiera de las causas tasadas que permitan su expulsión. Parece, por tanto, claro que los destinatarios naturales de la tajante y rotunda prohibición de las expulsiones colectivas (art. 19.1 Carta) y la correlativa exigencia de que nadie podrá ser devuelto o expulsado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 19.2 Carta) tampoco son *prima facie* los nacionales de un Estado miembro (47). De hecho, quien indague en los trabajos que en su momento realizó la Convención que elaboró la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión —la llamada *Convención I* para diferenciarla de la posterior Convención que elaboró el fallido Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa— observará

tiendo actualmente tras la reforma introducido por el Tratado de Lisboa (Protocolo núm. 24 sobre asilo a nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea). El principio general recogido en el artículo único del Protocolo establece «los Estados miembros constituyen recíprocamente países de origen seguros a todos los efectos jurídicos y prácticos en relación con asuntos de asilo». Prevé, sin embargo, tres excepciones a este principio general. Dos de ellas nos parecen lógicas y razonables y se refieren a posibles supuestos extremos en los que el Estado miembro del que sea nacional el solicitante de asilo haya hecho uso de la posibilidad de adoptar normas de excepción a las obligaciones derivadas del CEDH en caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación en el sentido que establece el artículo 15 CEDH [artículo único, apdo. *a*)] y al supuesto de activación contra ese mismo Estado del procedimiento de sanción previsto en el artículo 7 TUE [artículo único, apdos. *b*) y *c*)]. Menos lógica y más preocupante es la posibilidad de acogerse también a una excepción «si el Estado miembro así lo decidiera unilateralmente respecto de la solicitud de un nacional de otro Estado miembro». Ciertamente, la decisión se somete a la exigencia de informar inmediatamente al Consejo y el Protocolo establece que «la solicitud se atenderá basándose en la presunción de que es manifiestamente infundada». Pero, a la postre, deja patente que esa presunción opera «sin que afecte en modo alguno, cualesquiera puedan ser los casos, a la facultad de toma de decisiones del Estado miembro» [artículo único, apdo. *d*)]. Véase sobre esta cuestión, H. BRIBOSIA, «Le Protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne», en Y. LEJEUNE (coord.), *Le Traité d'Amsterdam – Espoirs et déceptions*, Bruselas, Bruylant, 1998, págs. 189-194.

(47) Para un acercamiento doctrinal a esta prohibición, puede verse J. Y. CARLEIR, «La détention et expulsion collective des étrangers», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2003, págs. 177-222; N. FENNELLY, «The European Union and Protection of Aliens from Expulsion», *European Journal of Migration Law*, 1999, págs. 313-328. Entre nosotros, sigue siendo muy útil el trabajo de A. CHUECA SANCHO, *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Zaragoza, Egido, 1998; igualmente J. J. MARTÍN ARRIBAS, «El derecho de asilo y la protección en caso de devolución, expulsión y extradición en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en A. HERRERO DE LA FUENTE (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar*, Zamora, Fundación Rei Afonso Henriques, 2003, págs. 137-171.

cómo se discutió expresamente la conveniencia o no de incluir en el precepto que regulaba la prohibición de las expulsiones masivas una referencia explícita a su ámbito de aplicación personal para dejar claro que la titularidad de este derecho correspondía a los extranjeros (48). Visto con la perspectiva del tiempo transcurrido probablemente lleguemos hoy a la conclusión de que resultó acertada la posición de quienes entonces se mostraron partidarios de no incluir en esta prohibición la citada referencia (49).

Por lo que aquí más nos interesa, el estándar de protección de este derecho en el marco de la Unión no podrá en ningún caso ser inferior al que le concede el TEDH (art. 52 de la Carta) (50). Ciertamente, este derecho no se recoge en el CEDH, pero sí en el artículo 4 del Protocolo Adicional núm. 4 (51) y el TEDH, aunque su jurisprudencia en la materia no sea aún muy amplia y frecuentemente aparece entrelazada con la prohibición de tratos inhumanos y degradantes prevista en el artículo 3 CEDH (52), ha establecido como exigencias ineludibles

(48) Véase CHARTE 4137/00 CONVENT 8 de 24 de febrero de 2000, artículo 17.2; CHARTE 4284/00 CONVENT 28 de 5 de mayo de 2000, artículo 21.2. Tampoco prosperó la propuesta encaminada a incluir una excepción a la prohibición de expulsiones colectivas a cambio de incluir una referencia expresa a la protección de las minorías; ni mucho menos la presentada por representantes del Reino Unido para evitar toda referencia a la prohibición de expulsiones colectivas por considerar que se trataba de una competencia exclusiva de los Estados ajena a cualquier posible intervención de la Unión.

(49) Probablemente también fue un acierto el separar en dos preceptos diferenciados las materias de asilo y expulsión. Para los interesados en los antecedentes de esta separación puede recordarse que ambos derechos, el relativo al asilo y la prohibición de expulsiones colectivas, estuvieron en el proceso de elaboración de la Carta tan estrechamente ligados que en los borradores iniciales ambos aparecían en un único precepto dedicado al asilo; CHARTE 4137/00 CONVENT 8 de 24 de febrero de 2000, *cit.*; CHARTE 4284/00 CONVENT 28, de 5 de mayo de 2000, *cit.* Obviamente, en la práctica ambas disposiciones suelen presentarse con frecuencia entrelazadas.

(50) Entre la abundante bibliografía existente sobre esta cuestión puede verse R. ALONSO GARCÍA, «The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union», *European Law Journal*, vol. 8, 2002, págs. 492-514; A. MANGAS MARTÍN, «Art. 52», en *ib.* (dir.), *op. cit.* (*La Carta de Derechos Fundamentales...*), págs. 826-851.

(51) A diferencia de lo que ocurre con el CEDH, este Protocolo no ha sido ratificado aún por todos los Estados miembros de la Unión. No lo han hecho ni Grecia ni el Reino Unido, pese a que este último Estado sí lo firmó muy tempranamente (16 de septiembre de 1969). Igualmente existen también reservas por parte de Austria e Italia.

(52) La jurisprudencia del TEDH se ha basado más en la prohibición de que alguien pueda ser expulsado o extraditado a un Estado en el que corra grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. En este sentido, marcó un hito en la materia el pronunciamiento del TEDH en el que consideró que la expulsión de un extranjero a un Estado tercero —en concreto al Estado de Virginia en Estados Unidos— en el que entraría en el «corredor de la muerte» por ser condenado a la pena capital representaba una violación del artículo 3 CEDH; TEDH sentencia de 7 de julio de 1989, *Soering*.

que, por una parte, la decisión de expulsión se fundamente en un examen concreto y, por otra, que no se pueda en ningún caso decidir la expulsión de todas las personas que tengan la nacionalidad de un Estado determinado mediante una única decisión (53). Por otro lado, resulta igualmente relevante recordar que, a diferencia de lo que ocurre con el emparentado derecho de asilo, la prohibición de expulsiones colectivas recogida en el artículo 19 de la Carta sí concede al particular afectado un derecho subjetivo que puede hacer valer judicialmente frente al Estado que adopte la decisión en cuestión y, como ya hemos desarrollado en otra sede, este derecho no puede ser sometido a las excepciones generales del artículo 52.1 (54); es decir, en modo alguno se podrá justificar la realización de expulsiones colectivas por motivos de interés general ni por la necesidad de protección de otros derechos y libertades. Por último, resulta igualmente reseñable que el TEDH no ha aceptado que la comisión previa de un delito por la persona afectada pueda representar un límite a esta prohibición (55).

Este derecho encierra, por tanto, una garantía que impone importantes límites, añadidos a los ya derivados de las normas sobre la libre circulación de personas, en casos de expulsión y obliga a que el examen individualizado de cada procedimiento respete al menos las formalidades que exige la jurisprudencia del TEDH.

2. *La prohibición de discriminación por motivos raciales o étnicos: un límite infranqueable por la acción de los Estados miembros*

En este mismo orden de ideas referidas a los derechos fundamentales, de la secuencia de hechos que desencadenaron el pasado verano en Francia la expulsión de gitanos de nacionalidad rumana y búlgara (*Roms*) se puede inferir sin excesivo esfuerzo intelectual que los destinatarios específicos de las mismas lo constituían el colectivo de gitanos y, por ende, colocaba a una minoría étnica en el punto de mira de las expulsiones (56). No era, pues, una simple cuestión

A propósito de la relación entre el artículo 4 del Protocolo adicional 4 y el artículo 3 CEDH pueden verse también las sentencias del TEDH de 8 de noviembre de 2002, *Sulejmanovic c. Italia*; de 6 de marzo de 2001, *Hilals*.

(53) Cfr. TEDH sentencia de 5 de febrero de 2002, *Conka c. Bélgica*, 51564/99, apdo. 56.

(54) «Artículo 19», en A. MANGAS MARTÍN (dir.), *op. cit. (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea...)*, págs. 384-385.

(55) TEDH sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, apdos. 41 y 42; sentencia de 2 de mayo de 1997, *D c. Reino Unido*, apdos. 47 y 48.

(56) No es momento de detenernos en la interesante cuestión a propósito de la distinción entre minorías étnicas y minorías nacionales y la negativa de algunos Estados miembros de la Unión

de desmantelamiento de asentamientos ilegales y expulsión de los ocupantes que no tuvieran nacionalidad francesa, que, como hemos mostrado en los apartados anteriores, ya de por sí podría ser claramente contraria al Derecho de la Unión, sino que conllevaba el agravante añadido de incluir de forma explícita la cuestión étnica. No en vano, la circular del Ministerio del Interior de 5 de agosto de 2010, que fue objeto de controversia (57) se refiere explícitamente a los *Roms* en varias ocasiones (58). De hecho, no puede pasar tampoco desapercibido que, con ocasión de la adhesión de Rumanía y Bulgaria a la Unión el 1 de enero de 2007, la Comisión ya había detectado que en Francia existían circulares del Ministerio del Interior que ponían el punto de mira en los gitanos procedentes de esos países (miembros de pleno derecho de la Unión) haciendo una interpretación de las normas nacionales que podrían suponer una violación de reglas básicas de los tratados constitutivos (59). Estas circulares provocaron

a reconocer a los gitanos la pertenencia a esta última categoría. Con ello se evita el tratamiento jurídico diferenciado que reciben las minorías nacionales derivado, por ejemplo, del Convenio marco del Consejo de Europa de 2005 para la protección de las minorías nacionales. Véase, por ejemplo, el interesante trabajo de B. ARP, *Las minorías nacionales y su protección en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. Un estudio crítico a propósito de la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se resiste a incluir a diversos grupos étnicos como minorías nacionales se encuentra en F. BENOIT-ROHM, «La Cour européenne des droits de l'homme et la défense des droits des minorités nationales», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 51, 2002, págs. 563-586.

(57) Circulaire du Ministère de l'intérieur, de l'Outre-mer et des Collectivités territoriales, *Evacuation des campements illicites*, IOC/K/10/17881J, París 5 de agosto de 2010; reproducida en las páginas web de diversos diarios de Francia; ej. <http://www.lefigaro.fr> o <http://www.lemonde.fr> y consultable también en http://ovh.softdom.com/Circulaire_du5ao%C3%BBt_2010.pdf. Esta Circular cita a su vez otra Circular anterior del mismo Ministerio de 24 de junio de 2010 en la que al tratar los problemas fundamentales que plantean los asentamientos ilegales hace también referencia explícita a la cuestión de la integración de los colectivos ocupantes, además de aludir a la cuestión de la seguridad, la salud y la práctica de actividades delictivas.

(58) En efecto, podrá discutirse el contenido de las reuniones que el 28 de julio de 2010 mantuvieron diversos miembros del Gobierno francés con el presidente de la República francesa para tratar la cuestión que la prensa de ese país denominó «reunion controversée à l'Elisee sur les Roms et gens de voyage» (véase, por ejemplo, *Le Monde* de 28 de julio de 2010) o ignorar las múltiples declaraciones públicas de diversas autoridades francesas que se encuentran esos días en la prensa de ese país. Pero difícilmente admitirá refutación que la controvertida Circular del Ministerio de Interior que sirvió de detonante para las actuaciones policiales cita de forma expresa en nueve ocasiones a los *Roms* en sus escasas tres páginas.

(59) Así, por ejemplo, diversos colectivos denunciaron que una Circular de 10 de julio de 2007 preveía la expulsión forzada de aquellos «gens de voyage» que ocupasen terrenos de forma ilegal e iba en su aplicación más allá de lo previsto en la Ley de 5 de julio de 2000 que regulaba la acogida de esos «gens de voyage» y hacía una interpretación excesivamente amplia de la Ley de 5 de marzo que regulaba la prevención de la delincuencia; leyes núm. 2000/614 y núm. 2007/297, respectivamente.

una reacción tanto en el seno de la Unión Europea como también en otras instancias internacionales que condujeron a que finalmente una nueva Circular del Ministerio del Interior de 13 de septiembre de ese mismo año sustituyese toda referencia expresa a ese colectivo por una alusión a «toute installation illégale, quels qu'en soient les cupants».

Las reacciones contrarias a estas circulares tuvieron como protagonistas dentro de la Unión Europea al Parlamento Europeo, que aprobó una dura Resolución sobre la situación de los *Roms* y las exigencias derivadas de la libertad de circulación (60). Y, en el marco de Naciones Unidas se recordó también que la expulsión masiva de gitanos se hacía sin existir el necesario consentimiento expreso y libre de los afectados una vez en disposición de la información pertinente (61).

En este sentido, sin ánimo de exhaustivo, se podría recordar que aparte del artículo 14 CEDH y del Protocolo núm. 12 al mismo, el artículo 21.1 de la Carta prohíbe tajantemente cualquier discriminación basada, entre otros, en motivos étnicos, a la vez que el artículo 19 TFUE atribuye competencia a la Unión para adoptar los principios básicos de las medidas comunitarias de estímulo para apoyar las acciones de Estados miembros para combatir este tipo de discriminaciones. Por lo que aquí nos ocupa, existe un completo cuerpo de normas de Derecho de la Unión que prohíben de manera taxativa cualquier tipo de discriminación basada en motivos raciales o étnicos —tanto con carácter gene-

(60) En realidad, esta institución de la Unión ha venido demostrando desde 2005 una honda preocupación por la situación del colectivo gitano en la Unión, tanto sobre su situación general (Resolución de 28 de abril de 2005 sobre la situación de la población romaní en la Unión Europea, Resolución de 31 de enero de 2008 sobre una estrategia relativa a la población romaní), como sobre aspectos particulares relativos a la particular situación de desprotección en la que se encuentran las mujeres romaníes (Resolución de 1 de junio de 2006 sobre la situación de las mujeres romaníes en la Unión Europea) o a cuestiones más relacionadas con la concreta materia tratada en este trabajo como sería los problemas de acceso al mercado de trabajo (Resolución de 11 de marzo de 2009 sobre la situación social de los romaníes y su mejor acceso al mercado de trabajo en la UE) o sobre todo las dificultades surgidas en la aplicación de la Directiva de 2004 sobre libre circulación y residencia (Resolución de 15 de noviembre de 2007 sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derechos de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros).

En este mismo sentido, a instancias del Parlamento Europeo, la Comisión está estudiando mecanismos a establecer por la Unión para mejorar la integración de este colectivo; véase, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión sobre la integración social y económica del pueblo romaní, COM (2010) 133; igualmente Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, *El pueblo romaní en Europa: aplicación de los instrumentos y las políticas de la Unión Europea para la integración del pueblo romaní – Informe de situación 2008-2010*, SEC (2010) 400.

(61) Así se expresó el 27 de agosto de 2010 el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial.

ral (62) como específicamente referido al acceso al mercado de trabajo (63), recurriendo incluso a instrumentos de carácter penal para reprimir conductas contrarias a esta prohibición de discriminación (64)— y configuran lo que algunos empiezan a denominar ya la *política europea de lucha contra la discriminación racial* (65). Todas esas acciones configuran —o al menos deberían hacerlo— un dique añadido a la posible actuación de los Estados en relación con la expulsión de cualquier persona, incluidas obviamente las nacionales de un Estado miembro. En modo alguno, cabe realizar una expulsión que directa o indirectamente tenga por causa un motivo ligado a elementos étnicos o raciales.

IV. RIESGOS INSTITUCIONALES PARA EL CORRECTO CONTROL DE CUMPLIMIENTO DEL DERECHO DE LA UNIÓN: EL NECESARIO PAPEL PROTAGONISTA DE LA COMISIÓN Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

1. *El control por la Comisión y el TJUE: una posibilidad deseable pero no probable*

Pese a todo lo dicho, la Comisión finalmente no hizo uso de la posibilidad que le brinda el artículo 259 TFUE de interponer un recurso de incumplimiento contra Francia ante el Tribunal de Justicia. Y ello pese a que la comisaria europea responsable de justicia, derechos humanos y ciudadanía empleó públicamente términos extraordinariamente duros al comparar la situación francesa con el holocausto acaecido durante la segunda guerra mundial y llegó a anunciar públicamente la interposición de ese recurso (66). Ello provocó, sin embargo, una

(62) Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, *DO* L 180 de 19.7.2000, pág. 22.

(63) Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *DO* L 303 de 2.12.2000, pág. 16.

(64) Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, *DO* L 328 de 6.12.2008, pág. 55.

(65) Un estudio actualizado y crítico sobre la regulación de la Unión en esta materia se encuentra en D. PRUD'HOMME, *Des directives à la Charte – Une lecture critique de la politique européenne de lutte contre la discrimination raciale*, Note de “IFRI, Programme Migrations, Identités, Paris-Bruselas, Citoyenneté, 2010.

(66) En efecto, el 14 de septiembre de 2010 esta comisaria pronunció en la sala de prensa de la Comisión un contundente discurso en el que afirmaba que «This is a situation I had thought Europe would not have witness again after the Second World War» y, tras verter comentarios en

beligerante reacción del Gobierno francés contra la comisaria luxemburguesa y una silente complicidad del posterior Consejo Europeo que antecedió a la final decisión de la Comisión de no aprobar las intenciones anunciadas públicamente por Viviane Reding (67).

Con todo, el que la Comisión no haya interpuesto —como probablemente hubiera resultado deseable, aunque no tuviese obligación de hacerlo (68)— un recurso de incumplimiento contra Francia no significa en modo alguno que haya quedado totalmente cerrado el camino para que el Tribunal de Justicia pueda conocer del asunto que aquí nos ocupa; o de otro semejante que pudiera darse en Francia u otro Estado miembro. Sin duda, aquélla hubiera sido la vía más evidente y adecuada para que el Alto Tribunal de la Unión Europea hubiera tenido la oportunidad de pronunciarse expresamente a propósito de la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un acto como el realizado por el gobierno francés. Existen, empero, otras vías de carácter jurisdiccional (69) para que el asunto pudiera ser fiscalizado por el Tribunal de Justicia. Resulta perfectamente imaginable que en vía incidental pudiera plantearse ante un juez nacional francés la incompatibilidad de las medidas adoptadas por la administración gala con el Derecho de la Unión. En tal caso, al amparo de lo previsto en el artículo 267 TFUE, cabría plantear una cuestión prejudicial cuya resolución resultaría de

los que no se ahorra duros términos contra la situación generada en Francia contra los gitanos, anunciaba claramente que «I am personally convinced that the Commission will have no choice but to initiate infringement action against France»; Speech/10/428 de 14 de septiembre de 2010.

(67) Quizá convenga recordar que el Ministro francés encargado de la cartera de asuntos europeos se esmeró en recordar que «la patience a des limites, ce n'est pas comme cela que l'on s'adresse à un grand État». Así se recogió expresamente en la prensa francesa del día siguiente a la realización de rueda de prensa de la comisaria Reding, citada en la nota anterior.

(68) Probablemente no venga de más traer a colación, en contra de lo que con ocasiones se suele sostener, que del tenor del artículo 259 TFUE no se deriva un deber de interposición de recurso siempre que exista duda a propósito del cumplimiento del Derecho de la Unión por un Estado miembro. El Tribunal de Justicia, en contra de lo sostenido en su momento por un sector doctrinal, ha sostenido que de la regulación del artículo 259 tan sólo se deriva una legitimación a favor de la Comisión para la interposición del referido recurso. No cabe, por tanto, plantearse, por ejemplo, la posibilidad de interposición de un recurso por omisión ante la Comisión por negarse a plantear el referido recurso de incumplimiento. La regulación dada por los tratados constitutivos al recurso por incumplimiento concede a la Comisión un amplio margen de apreciación.

(69) Aparte de la dimensión jurisdiccional, que a los efectos de este trabajo es obviamente la que más nos interesa, conviene recordar el papel atribuido a la Agencia de Derechos Fundamentales, creada en 2007 con base jurídica en la cláusula de imprevisión del entonces artículo 308 TCE (actualmente art. 352 TFUE) a través del Reglamento (CE) núm. 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, DO L 53 de 22.2.2007. Véase, al respecto, M. PI LLORENS, «La agencia de derechos fundamentales de la Unión Europea. ¿Avance u oportunidad perdida?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 27, 2007, págs. 575-593.

gran interés práctico y también académico; de hecho el Consejo Constitucional francés podría haberlo hecho en este caso (70). Puestos a elucubrar, podría, verbigratia, resultar imaginable incluso una cuestión prejudicial de validez en la que a algún juez nacional le pudiera surgir alguna duda a propósito de alguna de las limitaciones que introduce la Directiva 2004/38/CE en relación con la tajante formulación prevista en el Derecho originario a propósito de la libre circulación y residencia dentro del territorio de la Unión.

2. *El control por el TEDH: una hipótesis posible pero no cercana*

Por otro lado, resulta igualmente imaginable que el asunto pudiera alcanzar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos si, una vez agotada la vía interna en el sentido exigido por el artículo 35 CEDH, alguna de las personas afectadas considerase que podría existir una violación del artículo 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH en lo referente a las expulsiones colectivas o, en su caso, una conculcación añadida de la prohibición de tratados inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) en el sentido fijado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (71). Ciertamente hay Estados miembros que, como ya se ha apuntado, no han ratificado aún el Protocolo y queda todavía por ver si la adhesión de la Unión al CEDH, en los términos que prevé el artículo 6.2 TUE, incluirá también este Protocolo (72).

(70) Hubiera sido una ocasión de oro para ello si el Consejo Constitucional francés, en el asunto *Opra* en que, a instancias del Consejo de Estado, examinó si existía alguna discriminación en la normativa francesa que regula la expulsión de los llamados «gens de voyage», hubiera planteado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia; Decisión de 9 de julio de 2010, núm. 2010-13. Y no se piense, a este respecto, que resulta inimaginable una cuestión prejudicial de este tipo cuando se trata del Tribunal Constitucional de un Estado miembro. No son ya escasas las cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales Constitucionales de Estados miembros. Hasta el propio Tribunal Constitucional alemán ha reconocido en una sentencia posterior a la recaída en el controvertido asunto del Tratado de Lisboa que, llegado el caso de conocer una posible actuación *ultra vires* de la Unión, debería plantearse antes cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Muy recientemente lo ha hecho también nuestro Tribunal Constitucional en el marco de un recurso de amparo en el que se alega la llamada «euroorden» (Decisión marco 2009/299/JAI); Auto del TC de 9 de junio de 2011, n.º de registro 6922/2008.

(71) Por tanto, además de quedar prohibidas las expulsiones colectivas, en el caso de resultar la expulsión viable y conforme al Derecho en vigor, ésta no podrá realizarse a un Estado en el que la persona afectada pudiera correr un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Véase, por ejemplo, TEDH sentencia de 17 de diciembre de 1996, *Ahmed c. Austria*, Rec. 1996, VI-2206; sentencia de 7 de julio de 1989, *Soering*.

(72) *Prima facie* todo apunta a pensar que así será, ya que el Informe del Parlamento Europeo (Informe Jáuregui) se decanta por recomendar «que se encargue a la Comisión que negocie

Con todo, estas posibles vías de recurso resultan hoy por hoy más un ejercicio intelectual que una realidad probable. Ponen, no obstante, de manifiesto que algunas de las cuestiones sobre las que la doctrina europea viene discutiendo durante los últimos meses a propósito de la forma de materializar en la práctica la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales tiene repercusiones prácticas de primer orden. Así, por ejemplo, puede resultar capital el cómo se entienda finalmente el requisito del agotamiento previo de la vía interna —en este caso de la Unión Europea— para poder recurrir ante el TEDH actos de la Unión o actos de los Estados miembros en ejecución de normas de la Unión una vez se materialice la adhesión de la Unión al Convenio (73). Parece evidente que este irrenunciable principio precisa de una cierta modulación en el ámbito de la Unión ya que con el cuadro de recursos existentes en el actual Derecho de la Unión el particular no siempre tiene la posibilidad de recurrir ante Tribunal de Justicia; ello ocurre, en especial, cuando no concurren las exigencias de «afectación directa e individual» que, a pesar de la cierta relajación introducida al respecto por el Tratado de Lisboa, sigue reclamando el artículo 263 TFUE para que una persona física o jurídica goce de legitimación activa para interponer un recurso de anulación (74). Ciertamente, la posibilidad de alegar la invalidez de la norma comunitaria en cuestión en el marco de una

asimismo una adhesión al conjunto de los protocolos relativos a los derechos que coinciden con la Carta de los Derechos Fundamentales (1, 4,6,7,12 y 13), con independencia de su ratificación por parte de los Estados miembros de la Unión». *Informe sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales*, A7-0144/2010 de 6 de mayo de 2010, págs. 5-6, apdo. 4.

También la doctrina más solvente se ha decantado por esa posibilidad; cfr. J. A. PASTOR RIBRUEJO, «Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma», *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 43, 2010, págs. 43-51.

(73) Aunque en el momento de redactar este trabajo se desconocen aún las modalidades que podrá adoptar el acuerdo que negociará la Comisión en nombre de la Unión —existe ya una Decisión que autoriza a la Comisión para estas negociaciones (Doc. 10817/10 EXT2 de 27.9.2010)—, el Tribunal de Justicia sí ha dejado claro en un conciso documento de reflexión que las diversas opciones que se pueden manejar deberían, en todo caso, preservar su monopolio en la interpretación del Derecho de la Unión que le encomienda el artículo 19.1 TUE; *Documento de Reflexión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre determinados aspectos de la adhesión de la UE al CEDH*, Luxemburgo, 5 de mayo de 2010.

(74) La entrada en vigor del Tratado de Lisboa ha traído como novedad a este respecto una cierta flexibilización de la exigencia de «afectación directa e individual» por el acto a impugnar para que pueda disfrutar una persona física o jurídica de legitimación activa ante el Tribunal de Justicia. Ahora se matiza ese requisito, que opera como verdadero «cerrojo» a la posibilidad de acceso de los particulares al control de legalidad comunitario que entraña el recurso de anulación, resultando posible también esta legitimación activa cuando el recurso se interponga «contra los actos reglamentarios que le afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución».

cuestión prejudicial de validez es un refuerzo visible de la posición del particular, pero queda por ver si constituye garantía suficiente para superar las exigencias mínimas que debe reclamar el principio de agotamiento previo de la vía interna (75). Éste es, sin duda, uno de los escollos principales que deberá resolver la inminente negociación conducente a la adhesión de la Unión al CEDH.

V. CONSIDERACIONES FINALES: EXISTENCIA DE MOTIVOS PARA LA PREOCUPACIÓN

En suma, experiencias como las vividas en Francia durante el verano de 2010 ponen de manifiesto la conveniencia de ser particularmente escrupulosos a la hora de articular los mecanismos concretos para la protección de los derechos fundamentales ante actos de la Unión o de los Estados miembros en ejercicio de normas comunitarias. La tozudez de los hechos muestra en ocasiones cómo la realidad puede ir bastante más allá de lo que la razón sugiere cuando se elabora el tenor de los textos jurídicos. Este caso, mejor que ninguno, pone de manifiesto cómo la posible afectación de derechos fundamentales por actuación de los Estados miembros al aplicar Derecho de la Unión es algo más que un hipótesis de laboratorio.

Fuera del orden estrictamente jurídico, hechos de este tipo muestran igualmente cómo dentro de la Unión se pueden tener diferentes «varas de medir» según quién sea el autor de los hechos sospechosos de posible violación del Derecho de la Unión. Llama poderosamente la atención la muy diferente atención que ha merecido en el seno de la Unión la actuación de Francia respecto a los gitanos frente a la que tuvo, por ejemplo, la adopción en Hungría de una ley sobre medios de comunicación que, aunque ciertamente preocupante en algunos de sus pasajes, mereció la más severa de las críticas, aun antes de conocerse la traducción de la misma a las lenguas más accesibles para los no húngaro-parlantes. Así, ante una violación del Derecho de la Unión, que bien podría cir-

(75) No parece, sin embargo, muy probable, que pueda llegar a establecer algún tipo de procedimiento prejudicial ante el TEDH y mucho menos pensar en la creación de nuevos organismos llamados a resolver supuestos en los que ambos tribunales puedan llegar a interpretar de manera dispar un mismo derecho recogido en el CEDH. Sí parece, empero, muy recomendable articular algún tipo de mecanismo que impida que el TEDH pueda ejercer un control (externo) sobre un acto de la Unión sin que de alguna forma se hubiera producido antes un control (interno) por parte del TJUE, por ejemplo en supuestos en los que se pusiera en cuestión la conformidad de un acto de la Unión con los derechos fundamentales sin que antes se hubiera planteado la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE.

cunscribirse a la postre al ámbito del respeto del principio de Estado de emisor propio de la libertad de emisión y recepción de servicios audiovisuales, se llegó a plantear con convencimiento la posibilidad de activar el radical mecanismo de posible suspensión de determinados derechos de pertenencia a la Unión previstos en el artículo 7 TUE. Por el contrario, en el caso que aquí nos ha ocupado ni siquiera se puso en marcha el cotidiano mecanismo judicial de incumplimiento previsto con carácter ordinario para controlar judicialmente cualquier posible violación de una norma de la Unión, por ejemplo las recogidas en la Directiva de 2004 en torno a los límites de la actuación de los Estados miembros en materia de expulsión de ciudadanos europeos (76).

Es más, la inadecuada transposición de la Directiva de 2004 puede conducir y, amén de incumplir las obvias exigencias de una transposición efectiva de la misma y un respeto de las obligaciones directamente derivadas de las libertades de circulación previstas en los propios tratados constitutivos, a violaciones añadidas de derechos recogidos tanto en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión como en el CEDH u otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se trata, pues, de una cuestión que no resulta en modo alguno baladí y a la que no se le debe dar carpetazo por el mero hecho de que la Comisión no haya cumplido con su deber —aunque no exista obligación jurídica de hacerlo— de plantear un recurso por incumplimiento contra Francia. No resulta, así, de más realizar un seguimiento que, por mor de otras vías judiciales posibles, bien podría arribar antes o después a instancias judiciales internacionales.

En todo caso, como cuestión de mínimos y sin menoscabo de lo afirmado en relación con la capital dimensión de los derechos fundamentales de cualquier persona con independencia de su nacionalidad, la Unión debe velar de forma efectiva por que el Derecho francés, pero también el del resto de Estados miembros, en su regulación del régimen de expulsión diferencie de manera absolutamente nítida entre ciudadanos de la Unión y nacionales de Estados terceros. Sal-

(76) De hecho, tampoco existen los motivos de alarma que se leyeron en algunos medios de comunicación por el hecho de que se interponga un recurso de incumplimiento contra un Estado. Sin duda, tendría un valor crítico añadido por el contenido material del mismo, pero entra dentro de la *normalidad judicial* de la Unión. Piénsese, por ejemplo, que en 2010 se interpusieron contra Francia recursos de este tipo en 9 ocasiones (8 en 2009, 15 en 2008, 14 en 2007...). Por cierto, tampoco España se ha escapado a este tipo de recursos, habiéndose dado 8 en 2010 (11 en 2009, 21 en 2008, 21 en 2007...). Ambos Estados nos encontramos en la franja (relativamente) alta de Estados incumplidores, muy lejos de países tradicionalmente críticos con el proceso de integración pero muy cumplidores después con sus obligaciones jurídicas como sería el caso del Reino Unido (fue objeto de un único recurso por incumplimiento en 2010) o Dinamarca (también un único recurso en 2010 y ninguno en los años anteriores).

vo en los escasísimos casos extremos en los que concurren las rígidas exigencias comunitarias para autorizar una expulsión —pongamos por caso por violación concreta y grave del orden público— el régimen jurídico de los ciudadanos europeos debe estar plenamente equiparado con el de los nacionales con independencia del Estado miembro de que se trate, sea Luxemburgo o Alemania o sean, por el contrario, Rumanía y Bulgaria. Es, ciertamente, una consecuencia evidente de las normas sobre ciudadanía y mercado interior diseñadas por los tratados constitutivos. Pero es también un elemento indisolublemente unido con la esencia de un proceso de integración europea en el que uno de sus objetivos fundamentales es ofrecer a *sus* ciudadanos —a *todos* sus ciudadanos— un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la plena libertad de circulación. Como con acierto ha afirmado recientemente un relevante jurista francés, especialmente crítico con la postura de su Gobierno en esta cuestión, lo que realmente está en juego es «la manière de concevoir la vie collective en France mais aussi la relation de la France à l'Europe» (77). Lo dicho para Francia resulta, por cierto, aplicable a todos los demás. Por desgracia, la tentación de buscar en esta materia atajos a la estricta protección de los derechos fundamentales es grande... y, desde luego, mucho mayor lo es cuando la persona afectada no ostenta la nacionalidad de un Estado miembro y, en lugar de encontrarnos dentro del ámbito del mercado interior, nos hallamos en el del mucho más delicado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Pero eso ya es harina para otro costal.

RESUMEN

La expulsión de gitanos que se produjo en Francia durante el verano de 2010 ha desencadenado un interesante debate político y académico sobre el grado de cumplimiento de normas esenciales del Derecho de la Unión Europea, especialmente en lo relativo al mercado interior y a la protección de los derechos fundamentales. El trabajo analiza fundamentalmente la incompatibilidad de las expulsiones de nacionales de Estados miembros, como las acaecidas en Francia, con las normas de la Unión que garantizan la libre circulación y residencia, así como las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales que prohíben tajantemente las expulsiones colectivas. Igualmente se tratan los riesgos que es tipo de hechos pueden tener en el futuro sobre el papel de la Comisión como institución encargada de velar por el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea; mercado interior; libre circulación de personas; ciudadanía europea; expulsiones colectivas; gitanos.

(77) J. P. LHERNOULD, *loc. cit.* («L'éloignement des Roms...»), en pág. 1025.

ABSTRACT

The expulsion of Roma people from France in the summer of 2010 has unleashed an interesting political and academic debate regarding to what extent the essential norms of European Union Law are observed, especially in relation to the interior market and the protection of fundamental rights. This paper essentially analyses the incompatibility of the expulsions of nationals of EU member States, such as those that took place in France, with EU laws that guarantee the right to free circulation and residence, as well as the provisions of the Charter of Fundamental Rights that strictly forbid group expulsions. It also addresses the risks that these kinds of actions can have in future in relation to the role of the Commission as the institution charged with safeguarding the observance of EU Law.

KEY WORDS: European Union; interior market; free circulation of people; European citizenship; group expulsions; Roma people.