



Documento de trabajo

SEMINARIO PERMANENTE DE CIENCIAS SOCIALES

LA SITUACIÓN DE LA POBLACIÓN GITANA Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA

A. Patricia Domínguez-Alonso

SPCS Documento de trabajo 2011/8

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

© de los textos: sus autores.

© de la edición: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca.

Autor:

A. Patricia Domínguez Alonso

Patricia.Dominguez@uclm.es

Edita:

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca

Seminario Permanente de Ciencias Sociales

Codirectora: Silvia Valmaña Ochaíta

Codirectora: María Cordente Rodríguez

Secretaria: Pilar Domínguez Martínez

Avda. de los Alfares, 44

16.071–CUENCA

Teléfono (+34) 902 204 100

Fax (+34) 902 204 130

<http://www.uclm.es/CU/csociales/DocumentosTrabajo>

I.S.S.N.: 1887-3464 (ed. Cd-Rom) 1988-1118 (ed. en línea).

D.L.: CU-532-2005

Impreso en España – Printed in Spain.

LA SITUACIÓN DE LA POBLACIÓN GITANA Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA

A. Patricia Domínguez-Alonso¹

Profesora Ayudante de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca (Universidad de Castilla-La Mancha)

RESUMEN

La población gitana europea ha sufrido en los últimos meses en varios Estados de la Unión Europea repatriaciones y expulsiones. En el presente trabajo se analizan las bases jurídicas en el Derecho internacional y especialmente en el ordenamiento jurídico de la UE, de derecho originario y derivado, para combatir cualquier forma de discriminación por motivos de origen racial o étnico. El estudio concluye que tanto la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales prohíben las expulsiones colectivas, y estas medidas violan los Tratados y el Derecho de la UE, ya que constituyen una discriminación por motivos de raza y origen étnico y una violación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Palabras clave: discriminación, libre circulación de personas, derechos fundamentales, derecho de la Unión Europea, derecho internacional.

Indicadores JEL: K33, K36.

ABSTRACT

Europe's romani population has suffered in recent months in several European Union states repatriations and deportations. In this paper we analyze the legal basis in international law and especially in the EU legal system, originating law and legislation,

¹ Patricia.Dominguez@uclm.es

to combat all forms of discrimination on grounds of racial or ethnic origin. The study concludes that both the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms prohibits collective expulsion, and these measures violate the treaties and EU law, as they are discrimination based on race and ethnicity and a violation of Directive 2004/38/EC on the right of Union citizens and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States.

Key words: discrimination, free movement of people's fundamental rights, European Union law, international law

JEL-codes: K33, K36.

1. INTRODUCCIÓN

La comunidad gitana constituye el grupo étnico minoritario más desfavorecido de Europa y uno de los más discriminados.

La población gitana europea, que comprende entre 10 y 12 millones de personas, sigue sufriendo sistemáticamente una grave discriminación en la vivienda (particularmente, los desalojos forzosos y las infraviviendas, a menudo en guetos), el empleo (una tasa de empleo especialmente baja), en la educación (problemas de segregación) y el acceso a la atención sanitaria y otros servicios públicos, y su nivel de participación política es muy bajo².

Pero además, en los últimos meses, y en varios Estados de la Unión Europea, han tenido lugar repatriaciones y devoluciones de gitanos, siendo el ejemplo más dramático el de Francia, donde el Gobierno ha expulsado o bien devuelto

² Las persecuciones y expulsiones sufridas por el pueblo gitano a lo largo de la historia han sido constantes. En España, especialmente grave fue “La Gran Redada” que se produjo durante el reinado de Fernando VI y mediante un plan organizado por el Marqués de la Ensenada. El 30 de julio de 1749 se dio la orden de “prender a todos los gitanos avecindados y vagantes en estos reinos, sin excepción de sexo, estado ni edad”. Cerca de 9.000 gitanos sufrieron la deportación y el presidio durante años. Sobre este desgraciado suceso puede verse GÓMEZ ALFARO, A., *La Gran redada de Gitanos*, Presencia Gitana, Madrid, 1993 y SÁNCHEZ ORTEGA, M. H., “Evolución y contexto histórico de los gitanos españoles”, en *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos*, Alianza Editorial, Madrid, 1994.

"voluntariamente" a cientos de ciudadanos de la UE, nacionales rumanos y búlgaros, pertenecientes a la comunidad gitana entre marzo y agosto de 2010.

El respeto de los derechos de los Gitanos, tanto si se trata de derechos fundamentales de la persona, o de sus derechos como minoría, es condición esencial de la mejora de su situación.

Garantizando la igualdad de derechos, oportunidades y trato, y adoptando medidas para mejorar el futuro de los Gitanos, será posible devolver la vida a su lengua y su cultura y, en consecuencia, enriquecer la diversidad cultural europea.

En el trabajo que sigue se analizan las bases jurídicas en el ordenamiento jurídico de la UE, de derecho originario y derivado, para combatir cualquier forma de discriminación por motivos de origen racial o étnico, destacándose lo dispuesto por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular por sus artículos 1, 8, 19, 20, 21, 24, 25, 35 y 45.

Pero también se estudia la legislación internacional en materia de derechos humanos (la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la jurisprudencia correspondiente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Tanto la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales prohíben las expulsiones colectivas, y estas medidas violan los Tratados y el Derecho de la UE, ya que constituyen una discriminación por motivos de raza y origen étnico y una violación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

En España, en el Estado social y democrático de derecho que consagra la Constitución (art. 1.1), el artículo 9.2 obliga a los poderes públicos "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se

integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

A ello hay que añadir que los artículos 139.1 y 149.1.1 de la Constitución consagran "los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado" y la "igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales", como principios constitucionales garantes de las condiciones de igualdad en el acceso a los derechos y asunción de obligaciones por parte de toda la ciudadanía.

La principal característica del Estado social frente al Estado liberal es su intervención para garantizar la igualdad y la subsistencia de los ciudadanos³; el Estado social es un Estado de prestaciones y de redistribución de la riqueza⁴.

Como ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981, con la definición de Estado social se "impone a los poderes públicos una actuación positiva para el ejercicio de los derechos fundamentales que elimine los obstáculos derivados del libre juego de las fuerzas sociales".

2. LA PROHIBICIÓN DE TODA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RACIALES O ÉTNICOS Y LA GARANTÍA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

2.1. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE

La Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el

³ GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1985, p. 126.

⁴ FORSTHOFF, E., "Problemas constitucionales del Estado social", en AAVV, *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 49.

Véase también GIANNINI, M.S., *Derecho Administrativo*, traducción de ORTEGA ALVAREZ, L., Ministerio para las Administraciones públicas, Madrid, 1991, p. 77. Ver también, del mismo autor, *El poder público. Estados y Administraciones públicas*, traducción de ORTEGA ALVAREZ, L., Civitas, Madrid, 1991, págs. 49 y ss.; y KEYNES, J.M., "El final del laissez-faire", en *Ensayos sobre intervención y liberalismo*, Ediciones Orbis, Barcelona, 1987, págs. 63 y ss.

Consejo y la Comisión⁵. En diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados de la Unión Europea⁶.

En el Preámbulo de la Carta se afirma que la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho.

Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación. La Unión Europea “contribuye a defender y fomentar estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento”.

La Carta consta de 7 capítulos dedicados a proteger la dignidad, las libertades, la igualdad, la solidaridad, los derechos de la ciudadanía europea, la justicia y unas disposiciones generales respecto del ámbito de aplicación, el alcance de los derechos garantizados y el nivel de protección de la Carta.

La prohibición de discriminación por nacionalidad se consagra como derecho subjetivo en la Carta, cuyo artículo 21 prohíbe “toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”.

Pero también debe destacarse lo dispuesto por otros preceptos de la Carta, como los artículos 1 (dignidad humana), 8 (protección de datos de carácter personal), 19 (protección en caso de devolución, expulsión y extradición), 20 (igualdad ante la ley), 24 (derechos del niño), 25 (derechos de las personas mayores) y 35 (protección de la salud).

⁵ La Carta de Derechos Fundamentales fue publicada en el DOUE de 18 de diciembre de 2000.

⁶ Véase el DOUE de 30 de marzo de 2010.

Además, el artículo 45 establece que todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

2.2. Derecho originario de la UE

La libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento constituyen las denominadas libertades fundamentales de la Unión Europea y representan el eje esencial del objetivo comunitario de establecer un mercado común entre los Estados miembros⁷.

El Libro Blanco sobre la realización del Mercado Interior Único Europeo⁸ pretendió remover las barreras que obstaculizaban la realización de una Europa sin fronteras.

Pero el mercado interior europeo se construye principalmente sobre la libre circulación de personas y la prohibición de discriminación por nacionalidad. Tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa, la prohibición queda recogida en la Segunda Parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), titulada “No discriminación y ciudadanía de la Unión”.

En concreto, el artículo 18 del TFUE establece que en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones.

La Unión Europea debe respetar en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus

⁷ El objetivo de garantizar las 4 grandes libertades comunitarias se persigue desde la firma del Tratado de Roma el 25 de marzo de 1957 que dio origen a la Comunidad Económica Europea. El impulso decisivo para la consecución del mercado interior se produjo con la aprobación en 1986 del Acta Única Europea, que constituyó la primera gran reforma de los tratados constitutivos de las Comunidades. El Acta, tras un período de ratificación que presentó algunos problemas en Irlanda, donde necesitó un referéndum como en Dinamarca, el Acta entró en vigor el 1 de julio de 1987. Las reformas introducidas por el Acta Única supusieron un salto cualitativo en la integración y persiguieron un objetivo básico como era el conseguir un mercado interior europeo, donde no hubiera ningún tipo de discriminación ni a personas, ni a productos ni a servicios. Se incluyeron en el Tratado de la Comunidad toda una serie de medidas para eliminar no sólo las barreras de tipo arancelario entre los Estados sino también las trabas u obstáculos físicos, técnicos y fiscales. El mercado interior aparece definido por el Acta Única como un espacio sin fronteras internas en el que la libre circulación de mercancías, personas y capitales, están garantizadas.

⁸ COM (87) 310 final de 9 de septiembre de 1986.

instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla⁹.

Como señaló el TJUE en su sentencia de 20 de febrero de 2001, *Kaur*, pese a que la regla general es que la libertad de circulación es un derecho de los nacionales de Estados comunitarios, los nacionales de terceros Estados residentes legales en la Unión también pueden ser beneficiarios, como los nacionales de terceros Estados que han celebrado un Acuerdo de Asociación con la Unión Europea¹⁰.

La sentencia del TJUE de 11 de Julio de 2002, *Carpenter*, declara que el legislador comunitario ha reconocido la importancia de proteger la vida familiar de los nacionales de los Estados miembros para eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.

La prohibición de discriminación en razón de la nacionalidad o de cualquier otra causa (raza, religión, sexo, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad y orientación sexual), constituye un derecho fundamental que aparece con posterioridad recogido, como hemos analizado con anterioridad, en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

La Unión tiene la obligación de asegurar que en su interior se respeten las diversidades de los distintos pueblos que la componen. En este sentido, resulta fundamental que la UE reaccione con rapidez, adoptando posiciones claras y contundentes, ante los ataques contra las minorías.

2.3. Derecho derivado

El 21 de abril de 1994, el Parlamento Europeo adoptó una resolución sobre la situación de los Gitanos en la Comunidad Europea¹¹, solicitando a los Gobiernos de los Estados miembros que “pusieran a punto las medidas de orden jurídico, administrativo y social para garantizar una mejora de la situación de los Gitanos y de los nómadas en

⁹ Artículo 20 del TFUE.

¹⁰ Por ejemplo, los nacionales de Turquía.

¹¹ DOUE núm. C 128/372 de 9 de mayo de 1994.

Europa” y recomendaban “a la Comisión, al Consejo y a los Gobiernos de los Estados Miembros que hicieran todo lo posible para facilitar la integración económica, social y política de los Gitanos y para luchar así contra la indigencia y la pobreza que continúan afligiendo a la mayoría de los Gitanos que viven en el continente”.

La protección de las minorías se ha convertido en una de las condiciones previas para la adhesión a la Unión Europea. En noviembre de 1999, ésta adoptó “principios directores” tendentes a mejorar la situación de los Romaní en los países candidatos valiéndose expresamente de las recomendaciones del Grupo de Especialistas sobre los Romaní/Gitanos del Consejo de Europa y de las del Alto Comisario de la OSCE sobre las minorías nacionales.

Entre las resoluciones adoptadas por el Parlamento Europeo cabe destacar la Resolución, de 28 de abril de 2005, sobre la situación de la población romaní en la Unión Europea¹²; la Resolución, de 1 de junio de 2006, sobre la situación de las mujeres romaníes en la Unión Europea¹³; la Resolución, de 15 de noviembre de 2007, sobre la aplicación de la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁴; la Resolución, de 31 de enero de 2008, sobre una estrategia europea relativa a la población romaní¹⁵; la Resolución, de 10 de julio de 2008, sobre el censo de la población romaní en Italia sobre la base del origen étnico¹⁶; la Resolución, de 11 de marzo de 2009, sobre la situación social de los romaníes y su mejor acceso al mercado de trabajo en la UE¹⁷, y la Resolución, de 25 de marzo de 2010, sobre la II Cumbre Europea sobre la Población Gitana¹⁸.

Más recientemente, la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, sobre la situación de la población gitana y sobre la libre circulación en la

¹² DO C 45 E de 23.2.2006, p. 129.

¹³ DO C 298 E de 8.12.2006, p. 283.

¹⁴ Textos Aprobados, P6_TA (2007) 0534.

¹⁵ Textos Aprobados, P6_TA (2008) 0035.

¹⁶ Textos Aprobados, P6_TA (2008) 0361.

¹⁷ Textos Aprobados, P6_TA (2009) 0117.

¹⁸ Textos Aprobados, P7_TA (2010) 0085.

Unión Europea¹⁹, ha expresado “su honda preocupación ante las medidas adoptadas por las autoridades francesas y por las autoridades de otros Estados miembros contra la población gitana e itinerante, que prevén su expulsión; insta a esas autoridades a que suspendan de inmediato todas las expulsiones de gitanos, y pide al mismo tiempo a la Comisión, al Consejo y a los Estados miembros que intervengan con la misma petición”.

El Parlamento expresa a través de la citada Resolución “su profunda preocupación, en particular, ante la retórica incendiaria y abiertamente discriminatoria que ha caracterizado al discurso político durante las repatriaciones de personas gitanas, lo que ha conferido cierta credibilidad a las declaraciones racistas y las acciones perpetradas por grupos de extrema derecha; recuerda, por tanto, a los responsables políticos sus responsabilidades y rechaza cualquier declaración que vincule a las minorías y los inmigrantes con la delincuencia y cree estereotipos discriminatorios”.

En fin, el Parlamento insta a los Estados miembros “a que respeten plenamente sus obligaciones en el marco de la legislación de la UE y eliminen las incongruencias en la aplicación de las disposiciones de la Directiva sobre la libre circulación; reitera sus anteriores llamamientos a los Estados miembros para que revisen y deroguen aquellas leyes y políticas que, directa o indirectamente, discriminen a la población gitana por motivos de origen racial o étnico, e insta al Consejo y a la Comisión a que supervisen la aplicación, por parte de los Estados miembros, de los Tratados y de las directivas de la UE que establecen medidas contra la discriminación y sobre la libertad de circulación, concretamente en relación con la población gitana, y a que adopten las medidas necesarias en caso de que no se estén aplicando, en particular incoando procedimientos de infracción”.

La Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, reúne en un único texto el complejo corpus legislativo vigente en materia de derecho de entrada y residencia de los ciudadanos de la Unión, ámbito que había venido siendo regulado con

¹⁹ Textos Aprobados P7_TA-PROV (2010) 0312.

anterioridad por diversos reglamentos y directivas²⁰. Esta simplificación tiene por objeto beneficiar no sólo a los ciudadanos, sino también a las administraciones nacionales en la aplicación de dichos derechos. Además, la Directiva simplifica al máximo los trámites para el ejercicio del derecho de residencia de los ciudadanos de la UE y de sus familias.

La citada Directiva tiene por objeto regular:

- Las condiciones de ejercicio del derecho de libre circulación y de residencia de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias.
- El derecho de residencia permanente.
- La restricción de dichos derechos por razones de orden público, seguridad y salud pública.

La Directiva es fundamental no sólo para más de 8 millones²¹ de ciudadanos de la UE que residen en otro Estado miembro y los miembros de su familia, sino también para los millones de ciudadanos de la UE que viajan cada año dentro de la UE.

El significado del derecho de libre circulación es recalcado por las expectativas de los ciudadanos de la UE²².

El tercer considerando de la Directiva 2004/38 subraya que la ciudadanía de la Unión debe ser la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derecho de libre circulación y residencia.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Directiva 2004/38 pretende facilitar el ejercicio del derecho fundamental e individual a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, que el Tratado confiere directamente a los ciudadanos de la Unión, y tiene por objeto, en particular,

²⁰ La Directiva 2004/38/CE modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

²¹ 5º Informe sobre ciudadanía de la Unión (1 de mayo de 2004 – 30 de junio de 2007), COM(2008) 85 final.

²² Según el Informe de Actividad Trimestral que abarca el período que va de enero a marzo de 2008 (ec.europa.eu/europedirect/call_us/statistics/index_en.htm), la mayoría de las consultas efectuadas al Servicio «Europe Direct» se refirieron al tema del cruce de fronteras (viajar, trabajar, vivir o estudiar en otro Estado miembro) – 22 %. Entre enero y octubre de 2006, el 84 % de las consultas a las que respondió el Servicio de Orientación de los Ciudadanos se refirió a esos derechos (Informe sobre las respuestas «Lo que nos dice la base de datos», ec.europa.eu/ciudadanosderechos/front_end/about/index_en.htm).

reforzar dicho derecho, de manera que no pueden reconocerse en esa Directiva menos derechos a dichos ciudadanos que en los actos de Derecho derivado que ella modifica o deroga²³.

De acuerdo con el vigésimo segundo considerando de esta Directiva, el Tratado prevé algunas restricciones al ejercicio del derecho de libre circulación y residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Para precisar las condiciones y garantías procesales con arreglo a las cuales puede adoptarse la decisión de denegación de entrada o de expulsión de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, la Directiva 2004/38 sustituye a la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, sobre coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de circulación y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, en su versión modificada por la Directiva 75/35/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1974.

Resulta evidente que la expulsión de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia por razones de orden público o seguridad pública puede perjudicar seriamente a las personas que, haciendo uso de los derechos y de las libertades conferidas por el Tratado, se integraron verdaderamente en el Estado miembro de acogida.

Por este motivo, como se desprende del vigésimo cuarto considerando de la Directiva 2004/38, ésta establece un régimen de protección frente a medidas de expulsión que se basa en el grado de integración de las personas afectadas en el Estado miembro de acogida, de modo que cuanto mayor sea la integración de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia en el Estado miembro de acogida, tanto mayor debería ser la protección contra la expulsión.

En este sentido, el artículo 28, apartado 1, de dicha Directiva establece, en términos generales, que, antes de tomar una decisión de expulsión del territorio por razones de orden público o seguridad pública, el Estado miembro de acogida tendrá en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad,

²³ Véanse las sentencias del TJUE de 25 de julio de 2008 [TJCE 2008, 210], *Metock y otros*, C-127/08, Rec. p. I-6241, apartados 59 y 82, y de 7 de octubre de 2010 [TJCE 2010, 294], *Lassal*, C-162/09, Rec. p. I-0000, apartado 30).

estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen.

Según el apartado 2 de dicho artículo, un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en el territorio del Estado miembro de acogida en virtud del artículo 16 de la misma Directiva, no podrá ser objeto de una decisión de expulsión del territorio «excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública».

Del tenor literal del artículo 28 de la Directiva 2004/38 y de la estructura de esta disposición, resulta que, al someter toda medida de expulsión en las hipótesis a que se refiere el artículo 28, apartado 3, de esta Directiva a la concurrencia de «motivos imperiosos» de seguridad pública, concepto que es considerablemente más limitado que el de «motivos graves», en el sentido del apartado 2 de este artículo, el legislador de la Unión ha pretendido claramente circunscribir las medidas fundadas en dicho apartado 3 a «circunstancias excepcionales», como se advierte en el vigésimo cuarto considerando de dicha Directiva.

Efectivamente, el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» supone no sólo la existencia de un ataque a la seguridad pública, sino, además, que tal ataque presente un nivel particularmente elevado de gravedad, como lo refleja el uso de la expresión «motivos imperiosos».

En materia de seguridad pública, el Tribunal de Justicia ha declarado que ésta comprende tanto la seguridad interior de un Estado miembro como su seguridad exterior²⁴.

El TJUE ha declarado asimismo que el ataque al funcionamiento de las instituciones y de los servicios públicos esenciales, así como la supervivencia de la población, además del riesgo de una perturbación grave de las relaciones exteriores o de

²⁴ Véanse, en particular, las sentencias de 26 de octubre de 1999 [TJCE 1999, 250], Sirdar, C-273/97, Rec. p. I-7403, apartado 17; de 11 de enero de 2000 [TJCE 2000, 2], Kreil, C-285/98, Rec. p. I-69, apartado 17; de 13 de julio de 2000 [TJCE 2000, 179], Albore, C-423/98, Rec. p. I-5965, apartado 18, y de 11 de marzo de 2003 [TJCE 2003, 91], Dory, C-186/01, Rec. p. I-2479, apartado 32).

la coexistencia pacífica de los pueblos, o, incluso, el ataque a intereses militares, pueden afectar a la seguridad pública²⁵.

Hay que añadir que el artículo 27, apartado 2, de la Directiva 2004/38 destaca que la conducta personal del interesado debe constituir una amenaza real y actual que afecte a un interés fundamental de la sociedad o del Estado miembro afectado, que la existencia de condenas penales anteriores no puede constituir por sí sola una razón para adoptar medidas por razones de orden público o seguridad pública y que no pueden argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

Por consiguiente, una medida de expulsión debe basarse en un examen individual de cada caso concreto²⁶ y sólo puede estar justificada por motivos imperiosos de seguridad pública, en el sentido del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38, si, habida cuenta de la excepcional gravedad de la amenaza, tal medida es necesaria para proteger los intereses que pretende garantizar, a condición de que este objetivo no pueda alcanzarse con medidas menos estrictas, teniendo en cuenta la duración de la residencia del ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida y, en particular, las consecuencias negativas graves que una medida de ese tipo puede generar para los ciudadanos de la Unión que están verdaderamente integrados en el Estado miembro de acogida.

Al aplicar la Directiva 2004/38 procede ponderar más concretamente, por un lado, el carácter excepcional de la amenaza para la seguridad pública en razón de la conducta personal del interesado, evaluada, en su caso, en el momento en que se produce la decisión de expulsión²⁷, tomando como referencia, en particular, las penas que pueden aplicarse y las solicitadas, el nivel de implicación en la actividad criminal, la gravedad del perjuicio y, en su caso, la tendencia a reincidir²⁸, y, por otro lado, el

²⁵ Véanse, en particular, las sentencias de 10 de julio de 1984, *Campus Oil y otros*, 72/83, Rec. p. 2727, apartados 34 y 35; de 17 de octubre de 1995 [TJCE 1995, 175], *Werner*, C-70/94, Rec. p. I-3189, apartado 27; *Albore*, antes citada, apartado 22, y de 25 de octubre de 2001 [TJCE 2001, 291], *Comisión/Grecia*, C-398/98, Rec. p. I-7915, apartado 29.

²⁶ Véase la sentencia *Metock y otros* [TEDH 2008, 210], antes citada, apartado 74.

²⁷ Véase la sentencia de 29 de abril de 2004 [TJCE 2004, 166], *Orfanopoulos y Oliveri*, C-482/01 y C-493/01, Rec. p. I-5257, apartados 77 a 79.

²⁸ Véase en este sentido, en particular, la sentencia de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, 30/77, Rec. p. 1999, apartado 29.

riesgo de poner en peligro la reinserción social del ciudadano de la Unión en el Estado en el que está verdaderamente integrado, la cual redundaría en interés no sólo de este último, sino también de la Unión Europea en general.

En el contexto de este examen, deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, en la medida en que sólo pueden alegarse motivos de interés general para justificar una medida nacional que pueda obstaculizar el ejercicio de la libre circulación de los trabajadores si dicha medida tiene en cuenta tales derechos, y, en concreto, el derecho al respeto de la vida privada y familiar tal como se formula en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁹.

Para determinar si la injerencia considerada es proporcionada al fin legítimo perseguido, deben tenerse en cuenta en particular el carácter y la gravedad de la infracción cometida, la duración de la residencia del interesado en el Estado miembro de acogida, el período transcurrido desde que se cometió la infracción y la conducta del interesado durante este período, así como la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el Estado miembro de acogida. En el caso de un ciudadano de la Unión que haya pasado legalmente la mayor parte, o incluso la totalidad, de su infancia y de su juventud en el Estado miembro de acogida, habrá que apuntar razones muy sólidas para justificar la medida de expulsión (sentencia Maslov c. Austria [JUR 2008, 185878], antes citada, § 71 a 75).

La reciente STJUE (Gran Sala), Caso Land Baden-Württemberg contra Panagiotis Tsakouridis, asunto C-145/09, declara en su fallo que:

“1º. El artículo 28, apartado 3, letra a), de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, debe interpretarse en el sentido de que, con el fin de determinar si un ciudadano de la Unión ha residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años previos a la decisión de expulsión, criterio decisivo para

²⁹ Véanse, en particular, la sentencia de 5 de octubre de 2010, McB., C-400/10 PPU, Rec. p. I-0000, apartado 53, y TEDH, sentencia Maslov c. Austria [GC] de 23 de junio de 2008 [JUR 2008, 185878], Recueil des arrêts et décisions 2008, § 61 y siguientes.

la concesión de la protección reforzada que otorga esta disposición, deben tenerse en cuenta todos los aspectos pertinentes en cada caso concreto, en particular la duración de cada una de las ausencias del interesado del Estado miembro de acogida, la duración total y la frecuencia de estas ausencias, así como los motivos que llevaron al interesado a abandonar este Estado miembro, que pueden determinar si estas ausencias implican o no el desplazamiento hacia otro Estado del centro de sus intereses personales, familiares o profesionales.

2º. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente llegue a la conclusión de que el ciudadano de la Unión afectado disfruta de la protección del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada puede estar comprendida en el concepto de «motivos imperiosos de seguridad pública» que pueden justificar una medida de expulsión de un ciudadano de la Unión que haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores. En el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente llegue a la conclusión de que el ciudadano de la Unión afectado disfruta de la protección del artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2004/38, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada está comprendida en el concepto «motivos graves de orden público o seguridad pública».

En definitiva, la Directiva 2004/38/CE contempla limitaciones de la libertad de circulación y la expulsión de ciudadanos de la UE tan solo como excepciones e impone unos límites específicos y claros a tales medidas. Las decisiones de expulsión han de evaluarse y adoptarse de forma individualizada, teniendo en cuenta las circunstancias personales, con las debidas garantías procesales y asegurando la posibilidad de recurso (artículos 28, 30 y 31).

Con arreglo a la Directiva 2004/38/CE, la falta de recursos económicos en ningún caso podrá tener por consecuencia automática la expulsión de ciudadanos de la UE (considerando 16, artículo 14), y que la imposición de limitaciones de la libertad de circulación y residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública solo podrá basarse en la conducta personal del interesado y no en consideraciones generales de prevención ni en el origen étnico o nacional.

Por lo demás, como ha destacado la anteriormente citada Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de septiembre de 2010, sobre la situación de la población gitana y sobre la libre circulación en la Unión Europea, la toma de huellas dactilares de las personas gitanas expulsadas es ilegal y contraria a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (artículo 21, apartados 1 y 2), a los Tratados y a la Directiva 2004/38/CE, y supone una discriminación por razones de origen étnico o nacional.

La Comisión Europea ha iniciado la fase precontenciosa del recurso por incumplimiento del artículo 258 del TFUE para valorar la adecuación al Derecho de la Unión Europea de las expulsiones de ciudadanos rumanos y búlgaros de etnia gitana, llevadas a cabo en Francia³⁰.

3. LA PROTECCIÓN DE LAS MINORÍAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho a la igualdad ante la Ley y a la protección contra la discriminación es un derecho universal con reconocimiento a escala internacional: basta acudir a textos tan relevantes, y de los que son signatarios todos los Estados miembros de la Unión Europea, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El Convenio-marco del Consejo de Europa para la protección de las minorías nacionales³¹ establece en su artículo 1 que “la protección de las minorías nacionales y de los derechos y de las libertades de las personas pertenecientes a estas minorías, forma

³⁰ Véase al respecto PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Los límites a la libre circulación y residencia: la expulsión del territorio francés de nacionales rumanos y búlgaros de etnia gitana”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* n° 806 (2010), p. 1.

Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010.

³¹ El Convenio entró en vigor el 1 de febrero de 1998.

parte integrante de la protección internacional de los Derechos Humanos y, como tal, constituye un campo de la cooperación internacional (...)

El artículo 4 del citado Convenio va más allá al disponer que “las partes se comprometen a garantizar a todas las personas pertenecientes a una minoría nacional el derecho a la igualdad ante la Ley y a una igual protección de la Ley. A este respecto, está prohibida cualquier discriminación basada en la pertenencia a una minoría nacional” y que “las Partes se comprometen a adoptar, si así procediera, las medidas adecuadas para promover, en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural, una igualdad plena y efectiva entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. Deberán tener en cuenta, a este respecto, las condiciones específicas de las personas pertenecientes a minorías nacionales”.

También se comprometen los países firmantes a promover las condiciones apropiadas para permitir a las personas pertenecientes a las minorías nacionales conservar y desarrollar su cultura, así como conservar los elementos esenciales de su identidad como son su religión, su lengua, sus tradiciones y su patrimonio cultural.

La recomendación 1203 (1993) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a los Gitanos en Europa, reconocía que los Gitanos, por el hecho de constituir una de las pocas minorías desprovistas de territorio en Europa, «necesitan una especial protección». En sus observaciones generales, la Asamblea declaraba:

“6. El respeto de los derechos de los Gitanos, ya se trate de derechos fundamentales de la persona o de sus derechos como minoría, es una condición esencial de la mejora de su situación.

7. Garantizando la igualdad de derechos, de posibilidades y de trato, y tomando medidas para mejorar la suerte de los Gitanos, será posible volver a dar vida a su lengua y a su cultura y, por lo tanto, enriquecer la diversidad cultural europea”.

Entre sus recomendaciones, figura que los Estados miembros debían ser invitados a modificar sus legislaciones y sus reglamentaciones nacionales que establecen directa o indirectamente una discriminación con respecto a los Gitanos (apartado XV) y que “debería favorecerse la puesta en práctica en los Estados miembros

de nuevos programas tendentes a mejorar las condiciones de alojamiento, la educación (...) de los Gitanos más desfavorecidos” (apartado XVIII).

En 1998, la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia adoptó su Recomendación de política general núm. 3 titulada «La lucha contra el racismo y la intolerancia hacia los Romaní/Gitanos» en la que recomendaba, principalmente, “garantizar que la discriminación como tal así como las prácticas discriminatorias sean combatidas por medio de legislaciones adecuadas (...)”.

Pero la situación de los Romaní es también objeto de preocupación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), en el capítulo de la dimensión humana. Dos instituciones especializadas, la Oficina de las Instituciones Democráticas y de los Derechos Humanos (BIDDH) y el Alto Comisario para las minorías nacionales, se ocupan igualmente de la protección de la minoría Romaní³².

La Recomendación del Consejo de Europea núm. 1203 (1993) relativa a los Gitanos en Europa destaca que los Gitanos ocupan un lugar particular entre las minorías, ya que “dispersos por toda Europa, sin poder reclamar un país que les sea propio, constituyen una verdadera minoría europea que no corresponde, sin embargo, a las definiciones aplicables a las minorías nacionales o lingüísticas”.

Como minoría desprovista de territorio, los Gitanos contribuyen en gran medida a la diversidad cultural de Europa, en muchos aspectos, bien por la lengua y la música o por sus actividades artesanales.

La intolerancia respecto a los Gitanos ha existido siempre. Sin embargo, cada vez se producen con más regularidad explosiones de odio racial o social y las tensas relaciones entre las comunidades han contribuido a crear la situación deplorable en la que viven actualmente la mayoría de los Gitanos.

³² El informe del Alto Comisario sobre la situación de los Romaní y los Sintis en los países de la OSCE apareció el 7 de abril de 2000. En la parte IV, consagrada a las condiciones de vida de los Romaní, constata que si el nomadismo ha jugado un papel importante en la historia y la cultura de los Romaní, la mayoría de ellos es ahora sedentaria (según una estimación, habría 20% de nómadas, 20% de seminómadas que se desplazan de manera estacional y 60% de sedentarios). Esto es especialmente cierto en el caso de Europa central y oriental, que conoció en el pasado políticas de sedentarización forzada.

La Recomendación subraya la importancia de garantizar a los Gitanos el goce de los derechos y libertades definidos en el artículo 14 del Convenio europeo de los Derechos Humanos, puesto que ello les permite hacer valer sus derechos.

La Recomendación del Consejo de Europa núm. 1557 (2002) relativa a la situación jurídica de la población romaní en Europa, insiste en que actualmente los Gitanos siguen siendo objeto de discriminación, marginación y segregación. La discriminación se extiende a todos los ámbitos de la vida pública y privada, inclusive en el acceso a la función pública, la enseñanza, el empleo, los servicios sanitarios y la vivienda, así como en su paso por las fronteras y en el acceso a los procedimientos de asilo. La marginación y segregación económica y social de los Gitanos se transforman en discriminación étnica, que afecta por lo general a los grupos sociales más débiles.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CONDE PÉREZ, E. (2001). *La protección de las minorías nacionales en la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- DE LUCAS, J. (1996). *Puertas que se cierran, Europa como fortaleza*. Barcelona: Icaria.
- DEOP, X. (2000). *La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública.
- DOMÍNGUEZ ALONSO, A.P. y MORENO MOLINA, J.A. (2010). “Pensión de viudedad tras matrimonio celebrado por el rito gitano. Comentario a la STEDH de 8 de diciembre de 2009”, *Diario La Ley*, nº 7356.
- FERRAJOLI, L. (1999). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- GARCÍA GONZALEZ, H.; ADROHER BIOSCA, S. y BLANCO PUGA, M.R. (1996). *Minorías étnicas: Gitanos e inmigrantes*. Editorial CCS.
- GATIUS, S. y ROCHA, P. (1998). *Minorías étnicas en Lleida: Dos estudios sobre etnicidad*. Universidad de Lleida. Servicio de Publicaciones.
- GÓMEZ ALFARO, A. (1993). *La Gran redada de Gitanos*. Madrid: Presencia Gitana.

- MORENTE MEJIAS, F. (2000). *Cuadernos étnicas. Inmigrantes, claves para el futuro inmediato*. Universidad de Jaén. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico; Cruz Roja Española.
- PÉREZ GONZÁLEZ, C. (2010). “Los límites a la libre circulación y residencia: la expulsión del territorio francés de nacionales rumanos y búlgaros de etnia gitana”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 806.
- SÁNCHEZ ORTEGA, M.H. (1994). “Evolución y contexto histórico de los gitanos españoles”, en T. San Román, *Entre la marginación y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos*. Madrid: Alianza Editorial.