

LA AFECTACIÓN A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA COMO CONSECUENCIA DE LAS RESPUESTAS NACIONALES A LA PANDEMIA DE COVID-19

ALBERTO MACHO CARRO

*Investigador predoctoral en el área de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid*

1. INTRODUCCIÓN

La expansión de la pandemia de Covid-19 originada en China a finales de 2019 no tardó en golpear Europa de forma especialmente intensa. A principios de marzo de 2020, primero Italia y después la práctica totalidad de los Estados miembros de la Unión Europea se vieron obligados a adoptar drásticas medidas de confinamiento para tratar de frenar la propagación del virus y evitar así el colapso de sus respectivos sistemas sanitarios. Sin embargo, las medidas impuestas por los países europeos no se limitaron a restringir la movilidad dentro de sus propios territorios, sino que en la mayoría de los casos también se tradujeron en la adopción de diversas limitaciones a la libre circulación de personas a través de sus fronteras.

En el presente trabajo se analizan las diversas decisiones adoptadas en materia de fronteras por los Estados integrantes del espacio Schengen como respuesta a la pandemia de coronavirus y su adecuación al Derecho de la Unión Europea. Igualmente, al hilo de este análisis se irá desglosando el papel de coordinación desplegado por las instituciones comunitarias en su intento por lograr una afectación de la libre circulación de personas en todo el territorio de la Unión lo más leve y homogénea posible. Al fin y al cabo, de acuerdo con el artículo 3.2 TFUE «la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia». Como se verá, esta actividad de coordinación se ha desarrollado fundamentalmente por medio de instrumentos de *soft-law*.

En primer lugar, se estudiará la reintroducción de controles en las fronteras interiores del espacio Schengen y su grado de adecuación a la normativa corres-

pondiente. Para ello, se verá cuáles son las circunstancias excepcionales que habilitan a los Estados miembros de esta área de integración para restablecer controles fronterizos con sus socios, qué garantías deben satisfacerse cuando se imponen estas medidas y cuál es su impacto sobre la libre circulación de personas. Además, se desgranarán las directrices emitidas por la Comisión Europea sobre esta cuestión al objeto de minimizar el impacto sobre el mercado interior.

En segundo lugar, se analizarán las restricciones de viaje decretadas por los países de la Unión Europea sobre los ciudadanos comunitarios nacionales de otros Estados miembros. Un tipo de medidas también generalizadas a causa de la pandemia pero que, a diferencia de los controles fronterizos, resultan inéditas en el interior de la UE y, como se verá, profundamente más limitativas del derecho a la libre circulación de personas.

Para concluir, se estudiará también el cierre de las fronteras exteriores de la Unión Europea y el papel determinante que las instituciones comunitarias han desempeñado de cara a coordinar las decisiones de los distintos Estados miembros sobre esta cuestión.

2. LA REINTRODUCCIÓN DE CONTROLES EN LAS FRONTERAS INTERIORES DEL ESPACIO SCHENGEN A CAUSA DE LA PANDEMIA DE COVID-19 Y SU COBERTURA JURÍDICA

Una de las primeras decisiones adoptadas por varios Estados del espacio Schengen para hacer frente a la propagación de la pandemia de Covid-19 fue la de reintroducir controles en todas o algunas de sus fronteras interiores. Como apunta Thym (2020), aunque su virtualidad para contener la expansión del virus pueda resultar discutible, *«it is no coincidence that borders play a prominent role in the fight against the coronavirus, since they can fulfil important symbolic functions transcending the practical effects of more police checks»*. De hecho, como se verá a continuación, la implantación de controles fronterizos internos es una medida a la que algunos países del espacio Schengen venían recurriendo con frecuencia desde hace unos años. Hasta el punto de que en ciertos casos solo han tenido que limitarse a prorrogar los controles que ya tenían incorporados. En cualquier caso, es importante resaltar que estas medidas no equivalen al cierre total de las fronteras nacionales, sino que únicamente limitan los puntos de entrada a un país, y, en principio, encuentran cobertura jurídica en el Código de fronteras Schengen¹ (CFS).

¹ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

En efecto, el Capítulo II de este Código, que compila las normas integrantes del «acervo Schengen», regula precisamente el «restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores». Se contemplan aquí tres posibilidades de suspender temporalmente el objetivo de la Unión plasmado en el artículo 26.2 TFUE: el establecimiento de un espacio sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas. Tres regímenes jurídicos excepcionales que se regulan en los artículos 25, 28 y 29 del Código de fronteras. No obstante, aquí me centraré solo en los dos primeros, que son a los que con mayor o menor adecuación han recurrido los Estados miembros durante la crisis del coronavirus. Y es que el artículo 29 se circunscribe a circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio Schengen como consecuencia de deficiencias graves persistentes en los controles de las fronteras exteriores.

Pues bien, el artículo 25 CFS contempla la posibilidad de que, con carácter excepcional, los Estados miembros puedan restablecer los controles fronterizos en partes específicas o en la totalidad de sus fronteras interiores en casos de «amenaza grave para el orden público o la seguridad interior». En principio, esta posibilidad está limitada a un periodo no superior a 30 días, aunque podrá ser más prolongada cuando se prevea que la amenaza persistirá durante más tiempo. Un plazo que podrá ser objeto de sucesivas prórrogas de 30 días hasta un máximo de seis meses, incluido el término inicial (art. 25.3-4 CFS). En todo caso, de acuerdo con el primer apartado de este precepto, dicho plazo y la amplitud de la medida no podrán exceder de lo «estrictamente necesario para responder a la amenaza grave». Además, debe tratarse de una medida de último recurso.

Como se desprende del artículo 27 del Código Schengen, la reintroducción de controles en las fronteras interiores a que se refiere el art. 25 debe obedecer a una amenaza que resulte previsible, pues la medida habrá de ser notificada a los demás Estados miembros y a la Comisión Europea con al menos cuatro semanas de antelación al restablecimiento previsto. Sin embargo, este plazo podrá ser más corto si las circunstancias de las que trae causa la decisión se conocen con menor antelación a la fecha en que prevén restablecerse los controles.

Por su parte, el artículo 28 del Código de fronteras contempla la posibilidad de que el orden público o la seguridad interior de un Estado requieran de una actuación inmediata a causa de algún acontecimiento imprevisible. En estos casos se permite restablecer instantáneamente los controles en las fronteras interiores por un periodo no superior a diez días. Una decisión que habrá de ser notificada inmediatamente a la Comisión y al resto de Estados miembros aduciendo las razones que justifiquen recurrir a este procedimiento específico. Al igual que en el caso del régimen excepcional general contemplado en el artículo 25, en este caso la medida también es susceptible de ser prorrogada, aunque ahora por periodos que no excedan los 20 días y hasta un máximo de dos meses.

Pese a estas diferencias, el recurso a uno u otro régimen implica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 CFS, un análisis de la necesidad y proporcionalidad de la medida. En esa evaluación el Estado miembro tendrá en cuenta, en particular, las siguientes consideraciones: a) las repercusiones probables de cualquier amenaza para el orden público o la seguridad interior en el Estado miembro interesado, incluidas las derivadas de actos o amenazas terroristas, y las que conlleven las amenazas relacionadas con la delincuencia organizada; b) las repercusiones probables del restablecimiento de los controles en la libre circulación de personas dentro del espacio sin controles en las fronteras interiores.

Pues bien, entre marzo y principios de abril de 2020, 17 de los 26 países del espacio Schengen habían reestablecido controles en sus fronteras interiores a causa del coronavirus. De ellos, 14 lo hicieron apoyándose en el artículo 28, mientras que Francia, Dinamarca y Finlandia lo hicieron con base en el artículo 25. Ahora bien, hay que tener presente que, en realidad, seis países venían ya practicando estos controles desde hacía tiempo. Así, la amenaza imprevista del coronavirus se tradujo en los casos de Alemania, Austria y Noruega en una extensión de los controles que ya tenían incorporados. Lo mismo que en el caso de Francia y Dinamarca, que se limitaron a prorrogar el régimen previsto en el art. 25 CFS que ya tenían en vigor con base en amenazas terroristas y movimientos migratorios desde otros Estados miembros, respectivamente. Por último, Suecia, que no llegó a recurrir a la justificación del coronavirus, venía también practicando controles aleatorios en sus fronteras apoyándose igualmente en una amenaza terrorista (Heinikoski, 2020: 6). En cualquier caso, y con independencia del régimen jurídico al que inicialmente recurrieran, tanto los países que ya tenían controles instaurados como aquellos otros que los implantaron a causa de la pandemia han prorrogado ya en más de una ocasión estas medidas. En el momento en que se escriben estas páginas², la Comisión ha recibido más de cien notificaciones sobre el restablecimiento de controles en las fronteras interiores a causa de la pandemia de Covid-19³.

Ni el artículo 25 ni el 28 del Código de fronteras hacen referencia explícita a riesgos para la salud pública. Sin embargo, parece evidente que la reintroducción de controles en las fronteras interiores a causa de la pandemia de coronavirus se ajusta sin problema al concepto de amenaza para el orden público. Así lo estima Thym (2020) al afirmar que, aunque el Derecho de la UE normalmente distingue entre ambos conceptos, «*this distinction is arguably blurred when an epidemic critically affects manifold fundamental interests of society*». De igual modo, Mon-

² Septiembre de 2020

³ La lista de notificaciones puede consultarse en https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf [fecha de consulta: 13/10/2020].

taldo (2020: 527) señala que «*the actual and imminent collective risks connected to the rapid spread of an epidemic fit the Court of Justice case law defining the scope of public policy and internal security. The notion of public policy usually refers to threats to fundamental societal interests; the second involves situations affecting the internal or external security of a Member State, for instance, stemming from the disrupted provision of essential public services*».

A pesar de su legalidad, la generalización de estos controles y la descoordinación interestatal con que fueron aplicados amenazaron inmediatamente con traducirse en importantes disrupciones tanto para la libre circulación de personas como de mercancías, con los consiguientes efectos para el espacio Schengen y el mercado interior de la UE. De este modo, se complicaba aún más la lucha contra la pandemia, pues se ponía en riesgo tanto el abastecimiento de productos y servicios esenciales como el desplazamiento de trabajadores transfronterizos pertenecientes a sectores especialmente necesarios. Para tratar de atajar esta situación, la Comisión no tardó en emitir una serie de directrices al objeto de coordinar la gestión de las fronteras. Así, mediante una comunicación de 16 de marzo⁴ en la que se reconocía que, «en una situación extremadamente crítica, un Estado miembro puede constatar la necesidad de restablecer controles fronterizos en respuesta al riesgo generado por una enfermedad contagiosa», la Comisión Europea llamaba a mantener el funcionamiento del mercado único para evitar que se produjeran situaciones de escasez e impedir que se agravasen las dificultades sociales y económicas que ya se estaban padeciendo.

Entre otras medidas, la Comisión llamaba al establecimiento de «carriles verdes» en las fronteras para preservar el funcionamiento de las cadenas de suministro y mantener la disponibilidad de los bienes y servicios esenciales. En concreto, se pedía a los Estados miembros que designasen inmediatamente como corredores con esta condición todos los pasos fronterizos internos pertinentes de la red transeuropea de transporte⁵. El objetivo era que estos carriles estuvieran abiertos para todos los vehículos de mercancías, independientemente de los productos que transportasen y que el paso de la frontera, incluidos los controles y la inspección sanitaria, no sobrepasase los quince minutos. Para lograrlo, la Comisión instaba a los Estados miembros a que los controles e inspecciones se realizaran sin que los conductores tuvieran que salir de sus vehículos, así como que los controles a que estuvieran sometidos fueran los mínimos indispensables, sin que pudiera pedirse a los transportistas que presentasen ningún documento

⁴ Comisión Europea, «Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y servicios esenciales», COM(2020) 1753 final, de 16 de marzo.

⁵ Comisión Europea. «Comunicación de la Comisión sobre la puesta en marcha de los “carriles verdes” en el marco de las Directrices sobre medidas de gestión de fronteras para proteger la salud y garantizar la disponibilidad de los bienes y los servicios esenciales», COM(2020) 1897 final, de 24 de marzo.

aparte del de identidad, el permiso de conducción y, si acaso, una carta de su empleador.

Por otro lado, la Comisión hacía un llamamiento para que los controles en las fronteras se aplicasen de manera proporcionada y teniendo debidamente en cuenta la salud de las personas afectadas. Además, señalaba que la realización de chequeos sanitarios a quienes entrasen en el territorio de los Estados miembros no exigía la introducción formal de controles en las fronteras interiores⁶, por lo que se entiende que este tipo de exámenes no están sujetos a la obligación de notificación ni a limitaciones temporales. Esta puntualización seguramente respondía a los controles de carácter exclusivamente sanitario impuestos por Polonia y Eslovaquia en un primer momento, pues Polonia se limitó inicialmente a notificar la imposición de estos chequeos sin acudir a ninguna disposición del Código de fronteras, mientras que Eslovaquia recurrió al artículo 23 del CFS, que permite las inspecciones policiales dentro del territorio nacional. En cualquier caso, ambos países terminaron también por imponer controles fronterizos con base en el artículo 28 CFS.

3. RESTRICCIONES A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS ENTRE ESTADOS MIEMBROS A CAUSA DE LA PANDEMIA

Junto con la reintroducción de controles en las fronteras interiores, el miedo a la propagación de la pandemia de coronavirus llevó también a muchos Estados miembros a adoptar un tipo de medidas aún más restrictivas del derecho a la libre circulación de personas: las restricciones de viaje al territorio nacional. En efecto, un nutrido grupo de Estados miembros de la UE acompañó sus notificaciones sobre la reintroducción de controles en las fronteras interiores con la prohibición de entrada en su territorio a los ciudadanos de otros países comunitarios.

Aunque estas medidas no fueron absolutamente homogéneas, lo cierto es que con contadas excepciones se tradujeron en un cierre prácticamente total de fronteras. Así, según el país de que se tratase se permitía exclusivamente el regreso de nacionales y residentes, como ocurrió en Polonia, República Checa, Estonia y Noruega; o también la entrada de aquellos que trabajasen en el país o contasen con una causa justificada que pudieran probar, como fue el caso de Alemania o Dinamarca. El mero tránsito por el territorio nacional quedaba en general permitido para otros ciudadanos comunitarios, aunque no obstante también se produjeron varias complicaciones a este respecto. Por ejemplo, los países bálticos se vieron obligados a enviar barcos para repatriar a sus nacionales de la frontera entre Alemania y Polonia después de que este último país les denegara el

⁶ COM(2020) 1753 final, cit. aptdo. 20.

paso. Igualmente, en Hungría terminaron por habilitarse corredores de tránsito nocturnos para que los trabajadores rumanos y búlgaros a los que inicialmente se había impedido atravesar el país pudieran regresar a sus lugares de origen (Maurice, Besnier y Lazarovici, 2020).

En principio, estas limitaciones también encontrarían anclaje jurídico en el Derecho de la UE. Así, aunque conforme al artículo 20.2.a) TFUE los ciudadanos de la Unión Europea son titulares del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, lógicamente este derecho no es absoluto. Como se desprende del artículo 21.1 TFUE, estará sujeto a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. En concreto, la Directiva 2004/38/CE⁷ contempla en su artículo 27 la posibilidad de que los Estados miembros limiten el 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 por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Tres conceptos jurídicos indeterminados cuya apreciación corresponde a los Estados miembros; aunque en el caso de la salud pública –el que ahora nos interesa– su contenido viene en alguna medida concretado por el artículo 29 de esa misma Directiva. Este precepto establece que «las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud». Una categoría en la que sin duda encaja la Covid-19.

Pese a todo, el hecho de que sean los Estados miembros quienes han de apreciar la concurrencia de un riesgo para la salud pública de cara a poder limitar la libre circulación de personas no constituye una patente de corso en su favor, pues estas limitaciones habrán de adecuarse a una serie de condiciones y requisitos que, en última instancia, podrán ser examinados por el TJUE.

En primer lugar, las restricciones deben respetar el principio de proporcionalidad. Así lo exige el artículo 27.2 de la Directiva 2004/38/CE que, si bien se refiere únicamente a las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública, es evidente que debe extenderse también a las restricciones impuestas por motivos de salud pública. En otras palabras, los Estados tendrán que demostrar que sus limitaciones a la entrada en el territorio nacional son necesarias para evitar la propagación del virus, y que esto no podía lograrse mediante prohibiciones o limitaciones de menor amplitud. Ahora bien, será necesario tener presentes las implicaciones que para este examen de proporcionalidad tiene la índole del riesgo que la Covid-19 representa para la salud pública: una

⁷ 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.

pandemia causada por un virus altamente contagioso que se propaga por el aire y cuyos portadores pueden ser asintomáticos. En este sentido, mientras que el orden y la seguridad públicos están pensados para justificar limitaciones a la movilidad con base en conductas individuales, parece obvio que una enfermedad de estas características puede justificar limitaciones generalizadas del derecho a la libertad de circulación con fines preventivos. Una posibilidad para la que parece dejar espacio el tenor del art. 29, que permitiría obviar la individualización del examen de proporcionalidad en casos de riesgo para la salud pública. Así lo estima también Thym (2020), quien considera que *«to fight a disease with an epidemic potential, border control agents can currently resort to generalised criteria with little or no room for individualised balancing»*.

En cualquier caso, el cierre total de fronteras por parte de un Estado miembro a todo ciudadano comunitario que no sea nacional de dicho Estado parece una medida claramente desproporcionada. Así lo entiende la propia Comisión Europea, que en sus directrices sobre medidas de gestión de fronteras afirmaba que «un Estado miembro no debe denegar la entrada a los ciudadanos de la UE o a los nacionales de terceros países que residan en su territorio y debe facilitar el tránsito de otros ciudadanos de la UE y residentes que vuelvan a su país de origen»⁸.

Una fórmula para respetar el principio de proporcionalidad cuando se imponen restricciones generalizadas por razones de salud pública a la entrada de ciudadanos comunitarios en el territorio de un Estado miembro del que no son residentes podría consistir en diferenciar diversas categorías de personas. En este sentido, el establecimiento de un listado de causas justificadas implementado por Alemania durante los meses más duros de la pandemia parece a todas luces mejor posicionado para superar ese test de proporcionalidad que una pura y simple prohibición de entrada⁹.

En segundo lugar, las limitaciones impuestas por los Estados miembros a la entrada en su territorio de otros ciudadanos comunitarios no podrán resultar discriminatorias por razón de la nacionalidad. Como apunta Martín (2014: 792), el principio de no discriminación obliga a que cualquier disposición para la prevención o protección frente a enfermedades con potencial epidémico deba aplicarse también a los propios nacionales. En este sentido, de acuerdo con las directrices de la Comisión «los Estados miembros pueden adoptar medidas adecuadas, como exigir a las personas que entren en su territorio que se sometan a medidas de aislamiento o medidas similares al regresar de una zona afectada por la Covid-19, siempre que impongan los mismos requisitos a sus propios

⁸ COM(2020) 1753 final, *op. cit.*, aptdo. 21.

⁹ Estas casusas pueden consultarse en: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/faqs/EN/topics/civil-protection/coronavirus/coronavirus-faqs.html#doc13797140bodyText3> [fecha de consulta: 13/10/2020].

nacionales»¹⁰. Por otro lado, el principio de no discriminación implica también que las restricciones deben basarse exclusivamente en consideraciones objetivas para la protección de la salud pública. En palabras de Van Elsuwege (2020), «*this means that similar conditions must apply to all areas of the Union with a similar epidemiological situation. Moreover, the same measures must apply to all EU citizens and to all residents of a certain Member State regardless of their nationality*». Así, un Estado miembro no debería denegar la entrada en su territorio a los ciudadanos comunitarios que residan en otro país de la UE sobre cuyos nacionales no pesan restricciones de entrada, incluso aunque aquellos ostenten la nacionalidad de un Estado sobre el que sí se hayan impuesto estas limitaciones.

Por otro lado, al respeto de estas garantías sustantivas –proporcionalidad y no discriminación– habría que añadir también el de las garantías procedimentales contempladas en los artículos 30 a 33 de la Directiva 2004/38/CE. Es cierto que la redacción de estos preceptos está pensada para los casos de restricciones aplicadas a individuos concretos y, particularmente, para las decisiones de expulsión del territorio nacional. Sin embargo, a mi juicio, también deben resultar de aplicación para las excepciones generalizadas a la libertad de circulación adoptadas con base en el artículo 29 de la Directiva, que igualmente habrán de poder ser recurridas en vía judicial y, en su caso, administrativa. Incluso aunque, como advierte Thym (2020), «*these procedural safeguards do not probably involve a right to be admitted to a country provisionally under Article 31 for those who are rejected at the border*».

En definitiva, los Estados miembros de la UE pueden limitar generalizada e intensamente la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios por motivos de salud pública, pero estas limitaciones tendrán que respetar una serie de garantías tanto de índole sustantiva como procedimental impuestas por el Derecho europeo. Garantías cuyo respeto podrá ser examinado en última instancia por órganos jurisdiccionales comunitarios.

Ahora bien, lo que en ningún caso exige el ordenamiento comunitario es que la adopción de estas limitaciones haya de ser homogénea entre los Estados miembros. Al contrario, estas excepciones a la libertad de circulación «serán apreciadas discrecionalmente por las autoridades nacionales pertinentes de conformidad con sus propias necesidades, que no son necesariamente comunes y que suelen variar con el tiempo» (Martín, 2014: 777). Así lo reconoció el TJUE al señalar en relación con el orden público que las circunstancias particulares que justifican el tener que acudir a este concepto «pueden variar de un país a otro y de una época a otra, por lo que es preciso reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el

¹⁰ COM(2020) 1753 final, *op. cit.*, apdo. 21.

Tratado»¹¹. Esta consideración se ve reforzada por el hecho de que, de acuerdo con el derecho originario, la política de salud es competencia de los Estados miembros, limitándose la acción de la UE en esta materia a complementar las políticas nacionales¹². Como apuntan Paccès y Weimer (2020: 284), «*there are good reasons for why Member States are in charge of public health responses to pandemics and other health threats. The EU does not have legal nor a sufficiently strong democratic-political authority to take the lead on COVID-19, especially given the current scientific uncertainty*».

Antes de finalizar este apartado y pasar a examinar el cierre de las fronteras exteriores de la UE decretado durante la crisis del coronavirus, conviene hacer una breve referencia a un problema específico planteado a causa de las limitaciones a la libertad de circulación impuestas durante la pandemia: la restricción a la movilidad de trabajadores entre Estados miembros. Como es sabido, la libre circulación de trabajadores constituye uno de los pilares del mercado interior de la Unión (art. 45 TFUE), razón por la que el TJUE estableció desde muy pronto que las limitaciones a este principio fundamental debían interpretarse de un modo especialmente restrictivo¹³.

Pese a todo, lo cierto es que las restricciones de entrada en sus territorios impuestas por algunos Estados miembros a raíz de la pandemia impidieron en un primer momento el desplazamiento de miles de trabajadores comunitarios hasta sus puestos de trabajo. Esto explica el llamamiento de la Comisión Europea a que se permitiese y facilitase el cruce de fronteras por parte de los trabajadores fronterizos, «especialmente, aunque no exclusivamente, de quienes trabajan en el sector de la salud y la alimentación, y otros servicios esenciales (por ejemplo, el cuidado de niños, la atención a las personas mayores, el personal crítico de los servicios públicos)»¹⁴. Además, a finales de marzo la Comisión emitió también unas directrices específicas sobre el ejercicio de la libre circulación de los trabajadores al objeto de tratar de coordinar las restricciones impuestas por los Estados miembros a este principio fundamental del Derecho europeo¹⁵. Para ello, y tras recordar que las restricciones al derecho a la libre circulación de los trabajadores por razones de salud pública deben ser necesarias y proporcionales y estar basadas en criterios objetivos y no discriminatorios, la Comisión estableció una categoría de «trabajadores que ejercen ocupaciones críticas» cuya limitación de movimiento podría generar dificultades adicionales en la lucha contra la Covid-19. Al objeto de evitar esta situación, e independientemente de

¹¹ STJUE de 4 de diciembre de 1974, (asunto 41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*), aptdo. 18.

¹² Art. 168 TFUE.

¹³ STJUE de 4 de diciembre de 1974, *op. cit.*, aptdo. 18.

¹⁴ COM(2020) 1753 final, *op. cit.*, aptdo. 23.

¹⁵ Comisión Europea, «Directrices relativas al ejercicio de la libre circulación de los trabajadores» (2020/C 102 I/03).

que estos trabajadores tengan la condición de transfronterizos, desplazados o de que ejerzan su profesión por cuenta propia o ajena, la Comisión efectuó una serie de recomendaciones para facilitar y coordinar su cribado sanitario en las fronteras. Un cribado que debe realizarse en las mismas condiciones que se aplican a los nacionales que ejercen esas mismas ocupaciones.

Concuero con Robin-Olivier (2020: 617) cuando, en relación con esta movilidad selectiva de trabajadores propuesta por la Comisión, señala que: *«in a period when restrictions are rampant, this is a very timid way (not only because of the use of soft law instruments) to protect one of the four fundamental freedoms. The preservation of free movement only for a limited group of workers constitutes an enormous setback: nothing to be content with»*. Sin embargo, lo cierto es que la publicación de estas directrices por parte de la Comisión sirvió cuando menos para homogeneizar en cierta medida las limitaciones impuestas por los Estados miembros y que en algunos casos estas se acomodasen mejor al Derecho de la UE. Un logro que a mi juicio no resulta nada desdeñable, sobre todo si tenemos en cuenta la situación de la que se partía.

4. EL CIERRE DE LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LA UE

Como se ha visto, la propagación de la pandemia de coronavirus propició la adopción de controles en las fronteras interiores del espacio Schengen, además de la imposición de una serie de restricciones de viaje inéditas entre los Estados miembros de la Unión Europea. Sin embargo, las consecuencias políticas de la expansión internacional de la enfermedad en materia de fronteras no se limitaron, ni mucho menos, al interior del territorio comunitario, sino que tuvieron un alcance global. Los vetos a la entrada de extranjeros se fueron extendiendo rápidamente por múltiples países de todo el planeta desde principios del mes de marzo, provocando un efecto dominó que en no pocos casos respondió más a razones de oportunidad y reciprocidad política que a criterios puramente epidemiológicos.

En esta línea, el presidente de Estados Unidos anunció el 11 de marzo la suspensión de los viajes desde Europa por un periodo de 30 días¹⁶. Una medida que poco después se extendió también al Reino Unido e Irlanda y que, con excepción de los nacionales y residentes en el país norteamericano, impedía el ingreso en territorio estadounidense a toda persona que hubiera pasado por cualquiera de los 26 países del espacio Schengen durante los 14 días anteriores. Como respuesta, el 12 de marzo la presidenta de la Comisión Europea y el presidente del

¹⁶ «Trump suspende los viajes desde Europa durante un mes por el coronavirus», *El País*. Disponible en: <https://elpais.com/sociedad/2020-03-11/estados-unidos-supera-los-1000-infectados-por-coronavirus-y-prepara-nuevas-medidas-de-contencion.html>

Consejo Europeo emitieron un comunicado conjunto en el que desaprobaban la decisión del mandatario norteamericano¹⁷. No obstante, solo cuatro días después el Ejecutivo comunitario trató de impulsar una actuación coordinada para que se estableciese una restricción temporal a los viajes no esenciales al espacio Schengen desde terceros países¹⁸. Decisión que el Consejo Europeo adoptó un día más tarde, el 17 de marzo¹⁹.

Evidentemente, el principal objetivo de esta medida fue tratar el minimizar la importación de casos de coronavirus al territorio europeo. Para lograrlo, la Comisión llamaba a coordinar las hasta entonces dispersas respuestas nacionales, pues «una restricción temporal de viaje solo podrá ser eficaz si la deciden y ejecutan los Estados Schengen con efecto en la totalidad de las fronteras exteriores simultánea y uniformemente»²⁰. De lo contrario, «toda decisión unilateral de un Estado de Schengen de aplicar una restricción temporal de viaje a su propia parte de las fronteras exteriores podría verse fácilmente menoscabada por quienes entren en el espacio Schengen por otra parte de dichas fronteras»²¹. Ahora bien, reducir las cifras de contagios importados no fue la única motivación detrás de la propuesta de la Comisión, pues en la fecha en que se emitió la comunicación la Unión Europea constituía ya el epicentro mundial de incidencia de la pandemia. De este modo, el cierre de fronteras exteriores respondía también a un ejercicio de responsabilidad por parte de las instituciones comunitarias, que con esta medida procuraban igualmente reducir la expansión del virus hacia otros países.

En concreto, la decisión aprobada por el Consejo Europeo suponía el cierre de las fronteras exteriores del espacio Schengen durante 30 días salvo en casos de desplazamientos con fines esenciales. Una restricción temporal de viajes que debía eximir, por un lado, a los nacionales y residentes de larga duración de todos los Estados miembros de la UE y de los Estados asociados de Schengen que regresaran a sus hogares. Por otro lado, la medida tampoco debía aplicarse a los viajeros que desempeñasen una función esencial, como por ejemplo los profesionales de la salud, los trabajadores fronterizos, los transportistas de mercancías o el personal diplomático. Además, se incluían excepciones para los «pasajeros que viajen por motivos familiares imperativos» y para las «personas necesitadas de protección internacional o por otras razones humanitarias».

¹⁷ Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_20_449

¹⁸ Comisión Europea. «Restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE», COM(2020) 115 final, de 16 de marzo.

¹⁹ Conclusiones del presidente del Consejo Europeo de 17 de marzo de 2020 tras la videoconferencia con los miembros del Consejo Europeo sobre la COVID-19. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/03/17/conclusions-by-the-president-of-the-european-council-following-the-video-conference-with-members-of-the-european-council-on-covid-19/>

²⁰ COM(2020) 115, *op. cit.*

²¹ Ídem.

En cualquier caso, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la propuesta de la Comisión carecía de fuerza vinculante, pues son los Estados miembros quienes han de imponer estas limitaciones. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del Código de fronteras Schengen, se denegará la entrada en el territorio de los Estados miembros a los nacionales de terceros países que no cumplan con todas las condiciones determinadas en el artículo 6.1 de este cuerpo normativo. Entre tales condiciones, el apartado e) de este precepto especifica que estas personas no han de suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, *la salud pública*²² o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros. Como puede apreciarse, salvo en el caso de la referencia a las relaciones internacionales, estas circunstancias coinciden con las susceptibles de justificar el restablecimiento de controles en las fronteras interiores y, al igual que estas, su apreciación corresponde a los propios Estados miembros. Sin embargo, no cabe pasar por alto que, mientras que el artículo 25 del Código Schengen contempla la *posibilidad* de restablecer controles fronterizos internos, el artículo 14.1 del mismo se expresa en términos imperativos en relación con las fronteras exteriores: «se negará la entrada». Una imposición que tiene todo el sentido si tenemos en cuenta que «el control fronterizo no se efectúa únicamente en interés de los Estados miembros en cuyas fronteras exteriores se realiza, sino en interés del conjunto de los Estados miembros que han suprimido los controles en sus fronteras interiores»²³.

Ahora bien, la imposición de restricciones de entrada en las fronteras exteriores del espacio Schengen no solo debe ajustarse a estas justificaciones de índole sustantiva, sino que también en estos casos es preciso el respeto de ciertas garantías procedimentales. Así, el propio artículo 14 CFS impone en su apartado segundo que «solo podrá denegarse la entrada mediante una resolución motivada en la que se indiquen los motivos exactos de dicha denegación». Resolución que habrá de ser emitida por la autoridad habilitada para ello en virtud del Derecho interno de cada Estado y que deberá ajustarse a un modelo normalizado para todos los países Schengen. Además, «las personas a las que se deniegue la entrada tendrán derecho a recurrir dicha resolución» conforme al sistema de recursos regido por el Derecho interno, aunque la incoación de este recurso no tendrá efectos suspensivos sobre la resolución de denegación de entrada (art. 14.3 CFS). Pese a todo, la comunicación de la Comisión sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales no hacía ninguna referencia a estas cuestiones de

²² El artículo 2.21 del Código de fronteras Schengen define las amenazas para la salud pública en los mismos términos que el art. 29 de la Directiva 2004/38/CE: «cualquier enfermedad de potencial epidémico definida por el Reglamento Sanitario Internacional de la Organización Mundial de la Salud y otras enfermedades infecciosas o enfermedades parasitarias contagiosas cuando sean objeto de disposiciones de protección aplicables a los nacionales de un Estado miembro».

²³ Reglamento (UE) 2016/399, *op. cit.*, considerando 6º.

procedimiento reguladas por el Código de fronteras y dejaba varias incógnitas sin despejar, como por ejemplo qué motivos familiares habrían de considerarse imperativos para viajar. Extremos que tampoco se aclaraban en las directrices sobre gestión de fronteras, que se limitaban a reconocer la posibilidad de que los Estados miembros denegasen la entrada a los nacionales de terceros países no residentes cuando presentaran síntomas o hubieran estado especialmente expuestos al riesgo de infección y se considerasen una amenaza para la salud pública²⁴, así como que toda decisión relativa a la denegación de entrada debía resultar proporcionada y no discriminatoria²⁵.

Para facilitar el cierre de las fronteras exteriores, el 30 de marzo la Comisión emitió unas directrices sobre la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE, aunque lo cierto es que se trataban de indicaciones eminentemente prácticas, destinadas sobre todo a orientar las actuaciones de las autoridades en los pasos fronterizos²⁶. Unos pasos cuyo número se recomendaba reducir para concentrar los efectivos estatales y facilitar así el control de las categorías de viajeros que seguían estando autorizadas a entrar en el espacio Schengen.

Sea como fuere, los países integrantes del espacio Schengen adoptaron la restricción temporal de viajes no esenciales propuesta por la Comisión, que a este respecto sí logró desarrollar una política común sobre el control de las fronteras exteriores de acuerdo con el objetivo contemplado en el artículo 67.2 del TFUE. De este modo, por primera vez en la historia comunitaria el «territorio de la Unión»²⁷ devino en gran medida inaccesible para los nacionales de terceros Estados. Además, estas restricciones no se limitaron al periodo de 30 días originalmente propuesto, sino que debido a la evolución de la pandemia se adoptaron primero dos prórrogas mensuales²⁸ y después una tercera que se extendió hasta el 30 de junio de 2020²⁹.

En esa fecha, y tras una intensa negociación, el Consejo de la Unión Europea hizo pública una recomendación sobre el levantamiento parcial de la restricción

²⁴ COM(2020) 1753 final, *op. cit.*, aptdo. 15.

²⁵ Ídem., aptdo. 17.

²⁶ Comisión Europea, «Directrices sobre la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE, sobre la facilitación del régimen de tránsito para la repatriación de los ciudadanos de la UE y sobre sus efectos en la política de visados», de 30 de marzo de 2020, (2020/C 102 I/02).

²⁷ Un concepto introducido la STJUE de 8 de marzo de 2011, (asunto C-34/09, Ruiz Zambrano), aptdo. 44.

²⁸ Comisión Europea, «Comunicación sobre la evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE», COM(2020) 148 final, de 8 de abril de 2020. Comisión Europea, «Comunicación sobre la segunda evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE», COM(2020) 222 final, de 8 de mayo de 2020.

²⁹ Comisión Europea, «Comunicación sobre la tercera evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE», COM(2020) 399 final, de 11 de junio de 2020.

temporal de los viajes no esenciales a la UE³⁰. Este acuerdo, que traía causa de una hoja de ruta presentada por la presidenta de la Comisión Europea y el presidente del Consejo Europeo el 15 de abril de 2020³¹, llamaba a un levantamiento gradual y coordinado de las restricciones de viaje a la UE a partir del 1 de julio. Para ello, el Consejo proponía levantar estas restricciones a los residentes de una lista de 15 países con base en una serie de criterios epidemiológicos³², aunque permitía que los Estados miembros tuvieran también en cuenta el criterio de reciprocidad. Además, se fijaba la revisión de esta lista cada dos semanas para posibilitar la inclusión o eliminación en ella de nuevos países³³.

En definitiva, una de las consecuencias más destacadas de la pandemia de coronavirus en la Unión Europea ha sido el inédito cierre de sus fronteras exteriores. Una competencia que, si bien corresponde a los Estados miembros del espacio Schengen, las instituciones europeas han logrado coordinar con razonable éxito mediante el recurso a disposiciones de *soft-law*.

5. CONCLUSIONES

La pandemia ocasionada por la Covid-19 ha afectado de forma especialmente intensa a los países de la Unión Europea, si bien es cierto que de forma asimétrica. Este impacto de inesperada virulencia ha propiciado la adopción de restricciones excepcionales a la movilidad dentro del territorio de casi todos los Estados miembros, pero también la imposición de diversas medidas susceptibles de afectar a la libre circulación de personas a través de sus fronteras.

Entre estas medidas ha destacado, en primer lugar, la reintroducción de controles en las fronteras interiores del espacio Schengen. Unos controles que no necesariamente han de suponer una limitación a la libre circulación de personas y que, además, no constituyen ninguna novedad, pues algunos países ya venían aplicándolos con anterioridad al embate de la pandemia. En efecto, el acervo

³⁰ Recomendación del Consejo sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción. Disponible en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9208-2020-INIT/es/pdf> [fecha de consulta: 13/10/2020].

³¹ Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19, (2020/C 126/01). A su vez, este documento venía a dar cumplimiento a una petición del Consejo Europeo recogida en su declaración de 26 de marzo, donde se invitaba a la presidenta de la Comisión y al presidente del Consejo Europeo a emprender los trabajos sobre una hoja de ruta donde se precisase una estrategia de salida coordinada a la crisis del coronavirus. Esta declaración puede consultarse en: <https://www.consilium.europa.eu/media/43098/26-vc-euco-statement-es.pdf> [fecha de consulta: 13/10/2020].

³² Estos países eran Argelia, Australia, Canadá, Georgia, Japón, Montenegro, Marruecos, Nueva Zelanda, Ruanda, Serbia, Corea del sur, Tailandia, Túnez, Uruguay y China, aunque en el caso de este último se reservaba la decisión a la espera de que se confirmase la reciprocidad.

³³ En la revisión publicada el 7 de agosto de 2020 la lista se había reducido a 11 países. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/08/07/lifting-of-travel-restrictions-council-reviews-the-list-of-third-countries/> [fecha de consulta: 13/10/2020].

Schengen contempla la posibilidad de reintroducirlos siempre y cuando se adopten en respuesta a una amenaza para el orden público o la seguridad pública. No obstante, pese a su cobertura jurídica, lo cierto es que los Estados miembros han hecho un uso muy flexible, cuando no directamente imaginativo, de la normativa europea sobre esta materia. Además, al objeto de que estos controles afectaran en la menor medida posible a las cadenas de suministro y al abastecimiento de productos esenciales, ha sido preciso el establecimiento de ciertas directrices por parte de la Comisión Europea.

Por otro lado, la pandemia de coronavirus ha propiciado que por primera vez en la historia de la UE se hayan generalizado las restricciones de viaje entre Estados miembros. Estas medidas sí que han supuesto, a diferencia de los controles fronterizos, una drástica limitación del derecho a la libre circulación de personas por el territorio de la Unión Europea. Sin embargo, lo cierto es que también encuentran apoyo jurídico en aquellos casos en que esté en riesgo la salud pública. El problema reside en que estas restricciones se han adoptado de manera profundamente descoordinada y no siempre atendiendo a los requisitos de proporcionalidad y no discriminación que impone la normativa europea. Esto se ha traducido en importantes interrupciones a la libre circulación de personas en general y de trabajadores en particular, lo que llevó a la Comisión Europea a establecer exenciones para determinadas categorías de personas y profesionales a fin de no entorpecer aún más la lucha contra la pandemia.

Por último, también ha resultado inédito el cierre de las fronteras exteriores de la UE durante más de tres meses, si bien es cierto que las instituciones comunitarias sí lograron coordinar desde un principio la respuesta de los Estados miembros en relación con esta cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

- Martín Martínez, M. (2014), «Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, septiembre/diciembre, pp. 767-804.
- Maurice, E., Besnier, T. y Lazarovici, M. (2020), «Restoring free movement in the Union», *Robert Schuman Foundation*, European Issue n.º 562. Disponible en: <https://www.robert-schuman.eu/en/european-issues/0562-restoring-free-movement-in-the-union> [fecha de consulta: 13/10/2020].
- Montaldo, S. (2020), «The Covid-19 emergency and the reintroduction of internal border controls in the Schengen area: never let a serious crisis go to waste», *European Papers*, vol. 5(1), pp. 523-531, <https://doi.org/10.15166/2499-8249/353>.

- Pacces, A. y Weimer, M. (2020), «From diversity to coordination: a European approach to Covid-19», *European Journal of Risk Regulation*, núm.11, pp. 283–296, <https://doi.org/10.1017/err.2020.36>.
- Robin-Olivier, S. (2020), «Free movement of workers in the light of the Covid-19 sanitary crisis: from restrictive selection to selective mobility», *European Papers*, vol. 5(1), pp. 613-619, <https://doi.org/10.15166/2499-8249/357>.
- Thym, D. (2020), «Travel bans in Europe: a legal appraisal», *Verfassungsblog*, 19 de marzo, <https://verfassungsblog.de/travel-bans-in-europe-a-legal-appraisal/> [fecha de consulta: 13/10/2020].
- Van Elsuwege, P. (2020), «Lifting travel restrictions in the era of Covid-19: in search of a European approach», *Verfassungsblog*, 5 de junio, <https://verfassungsblog.de/lifting-travel-restrictions-in-the-era-of-covid-19-in-search-of-a-european-approach/> [fecha de consulta: 13/10/2020].