

Breves notas sobre la libre circulación de personas y la política comunitaria de inmigración en los procesos regionales de integración económica. Una visión comparada de las experiencias europea y sudamericana

Rita Lages*

Resumen:

El objetivo de este artículo es bastante modesto, ya que se propone hacer una introducción al estudio analítico-comparativo de la libre circulación de personas y la política común de inmigración en el seno de tres procesos de integración económica regional: la UE, la CAN y el Mercosur. Para ello, trataremos de establecer las principales semejanzas y diferencias entre los tres mediante el análisis de su derecho comunitario, originario y derivado, y jurisprudencia, sin prescindir del estudio de la principal doctrina sobre la materia.

Abstract:

The aim of this article is quite modest, and since its purpose is to present an introduction to a comparative-analytical study of the free movement of persons and the common immigration policy within three economic regional integration processes: the European Union (EU), the Community of Andean Nations (CAN) and the Southern Cone Common Market (MERCOSUR). To do this, we will try to establish the main similarities and differences between the three entities, by analyzing their Community Laws, –both original and derivative–, and the jurisprudence, without omitting the study of the main doctrine on the subject.

* Candidata a Doctor en Derecho Europeo por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Ciencias Jurídico-Comunitarias por la Universidad de Coimbra (Portugal). Licenciada en Derecho por la Universidad de Coimbra. Profesora invitada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. rlagés@derecho.uchile.cl.



Palabras Clave

- Política Común de Inmigración
- Integración regional
- Unión Europea (UE)
- Comunidad Andina de Naciones (CAN)
- Mercado Común del Sur (Mercosur)

Keywords

- Common Immigration Policy
- Regional integration
- European Union (EU)
- Community of Andean Nations (CAN)
- Southern Cone Common Market (Mercosur)

I. Introducción

La creación de espacios de integración comunitaria, más allá de su grado de profundización o del aspecto considerado –económico, político, jurídico, etc.–, supone, *prima facie*, la renuncia voluntaria, en la proporción del grado integracionista, de la soberanía estatal en las materias versadas por el proceso de integración¹. En otras palabras, la integración, entendida como un proceso por el cual los Estados integrados ceden parte de sus poderes soberanos a una institución o entidad política supranacional distinta², va acompañada de la coexistencia³ de procedimientos de toma de decisión conjunta, por vía intergubernamental y supranacional⁴, y de la *comunitarización* político-jurídica, mediante la creación de políticas comunes en las materias integradas y/o de la, no siempre fácil, convivencia articulada de las constituciones nacionales con los tratados de integración, con la consecuente “desnacionalización” de aquellas⁵ a medida que se avanza hacia una unión política.

- 1 La proclamación del moderno principio de la soberanía estatal contribuyó a la aparición de un nuevo orden político, en el que los Estados, en el plano interno, son los titulares supremos del poder de definir e imponer, por sí mismos, a través de órganos y en estancias propias, su estatuto jurídico (derechos y obligaciones) y de sus nacionales, ante estos y terceros Estados (*kompetenz-kompetenz*) y, en el plano internacional, el reconocimiento de la igualdad soberana de los Estados y de la independencia política (derecho a la no intervención, a la autodeterminación, etc.), cf. MELO, António Barbosa de, “Soberania e União Europeia”, *Temas de integração*, vol. 4, Nº 7, 1999, pp. 5-26, pp. 8 y ss; voz “Sovereignty”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <<http://plato.stanford.edu/entries/sovereignty/>> [consulta: 31 enero 2013]. El principio de la igualdad soberana de los Estados, eje central de las hodiernas relaciones internacionales en las que aparece como “instrumento” al servicio de la paz por ser garante de la independencia política e integridad territorial de los Estados, tiene una consagración normativa (artículo 2º, N.º 1 y 4, de la Carta de la ONU [1945]) y jurisprudencial (cf. la primera sentencia de la Corte Internacional de Justicia [CIJ], *affaire du “Déroit de Corfou”*, de 9 de abril de 1949, C. I. J. *Recueil* 1949, en la que la Corte estableció la declaración de principio de que “entre Estados independientes, el respeto por la soberanía territorial es un fundamento esencial de las relaciones internacionales” (p. 35). Precisamente, la soberanía nacional servirá, desde muy temprano, de fundamento jurídico de legitimación, desde el punto de vista jusnacionalista así como jusinternacionalista, de las limitaciones impuestas al derecho de circulación de las personas, en particular, en lo que se refiere a la posibilidad de la denegación de entrada de extranjeros y/o su permanencia bajo ciertas condiciones en el territorio de otro Estado. Cf., Sentencia del *Judicial Committee of the Privy Council*, [1881] AC 272, *Musgrove v. Chun Teeong Toy*, y la sentencia del *United States Supreme Court* de 18 enero de 1982, asunto *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892). En este último fallo se puede leer que: “Es una máxima aceptada de derecho internacional que toda nación soberana tiene el poder, inherente a su soberanía y esencial para su autopreservación, de prohibir la entrada de extranjeros dentro de sus dominios o admitirlos solo en los casos y bajo las condiciones que se estimen convenientes prescribir” (traducción propia).
- 2 Más allá de las insuficiencias que podamos apuntar sobre las teorías neofuncionalistas para explicar los procesos integracionistas, nos acercamos a la definición de integración propuesta por LINDBERG, en la estela de la formulada por HAAS, cuando la caracterizó como “el proceso mediante el cual los Estados renuncian al deseo y a la capacidad para llevar a cabo las principales políticas externas e internas de forma independiente unos de otros, buscando en cambio tomar decisiones conjuntas o delegar la toma de decisiones a nuevos órganos centrales” (traducción propia). Véase LINDBERG, Leon N., *The political dynamics of european economic integration*, Oxford University Press, London, 1963, p. 6; HAAS, Ernst B., “The Study of Regional Integration: Reflections on the Joy and Anguish of Pretheorizing”, *International Organization*, vol.24, issue 4, 1970, pp. 606-646.
- 3 En el caso del Mercosur, difícilmente se puede hablar de una coexistencia de elementos de intergubernamentalidad y de supranacionalidad, ya que siendo un tipo extremo de intergubernamentalismo (“interpresidencialismo”, en la expresión de MALAMUD), se caracteriza, precisamente, por la ausencia de elementos claros de supranacionalidad (v.g., instituciones de gobierno comunes, toma de decisiones por mayoría, etc.), razón, que no es la única, de su presente “déficit jurídico-institucional”. Al respecto véanse, MALAMUD, Andres/SCHMITTER, Philippe C., “The experience of European integration and the potential for integration in South America”, en WARLEIGH-LACK, Alex/ ROBINSON, Nick/ ROSAMOND, Ben (eds.), *New Regionalism and the European Union Dialogues, comparisons and new research directions*, Routledge, London/ New York, 2011, pp. 135-157, p. 142; MARTÍNEZ PUÑAL, Antonio, *El Sistema Institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*, Santiago de Compostela, Tórculo Ediciones, 2005, pp. 72-91; CIMADAMORE, Alberto D. “Crisis e instituciones: hacia el Mercosur del siglo XXI”, en *Los rostros del Mercosur. El difícil camino de lo comercial a lo societal*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales Editorial (CLACSO), Buenos Aires, 2001, pp. 229-255.
- 4 Mientras que la vía intergubernamental supone que la decisión se centra exclusivamente en los Estados mediante el consenso (vía diplomática), la supranacionalidad sugiere la centralización de las decisiones a nivel comunitario, en general, a través de la regla de la mayoría (cualificada o simple). Véase LOBO-FERNANDES, Luís, “Da Integração à Governação Europeia: Portugal, Europeização e o Carácter Multi-Sistémico da UE”, *Nação e Defesa*, Nº 115, 2006, pp. 143-165, pp. 148-154.
- 5 MARQUES, Maria Manuel Leitão, “Constituição económica e integração. A desnacionalização da constituição económica”, *Oficina do CES*, Nº 141, 1999, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, disponible en <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/141.pdf>> [consulta: 31 enero 2013].



En segundo lugar, los espacios de integración regional son ontológicamente espacios de libertad de circulación de mercancías –como en las zonas de comercio libre–, servicios, capitales y personas –característico de los mercados comunes. En el presente artículo nos centraremos en la libre circulación de personas y en las políticas de inmigración llevadas a cabo por los Estados miembros en el marco comunitario. Para ello, tomaremos como estudio la Unión Europea (UE), en el contexto europeo, así como la Comunidad Andina (CAN) y el Mercado Común del Sur (Mercosur), ambas uniones aduaneras sudamericanas que aspiran explícitamente a alcanzar el estadio de mercados comunes.

El objetivo del presente trabajo es contribuir a la reflexión sobre el modo cómo estas diversas organizaciones de integración regional, más allá de las idiosincrasias y de la evolución de cada proceso integrativo, configuran la libre circulación de personas y definen sus políticas comunes de inmigración.

II. De la libre circulación de trabajadores

En los albores de los procesos de integración europea y suramericana, la libre circulación de personas⁶ y las migraciones internacionales eran temas ausentes. Desde luego porque la construcción de una Unión Aduanera, como lo han sido en su génesis la UE y la CAN y lo sigue siendo el Mercosur⁷, bastaba con la libre circulación de bienes y servicios. Después, ya en el contexto de un mercado común, la movilidad de personas tomó, en una primera fase, un papel de menor relevancia, porque mucho de su desarrollo era un efecto colateral de la evolución de las demás libertades de circulación⁸, además, lo que se buscaba en ese momento era facilitar el tránsito de trabajadores en la zona integrada. Esto último, mediante la planificación y gestión de los flujos migratorios de mano de obra intracomunitaria, esencial para la edificación de un espacio común dotado de cierta homogeneidad jurídica, económica y social, en donde los nacionales de los Estados miembros son vistos como potenciales trabajadores pertenecientes a un mercado único de trabajo, titulares de los mismos derechos y garantías que los trabajadores del Estado en el que se encuentran.

En este sentido, la referencia en los tratados constitutivos de la UE, del Mercosur y de la CAN a la libre circulación de personas era, respectivamente, *expresa* pero circunscrita a la circulación de trabajadores (*maxime*, los

6 La libre circulación de personas *lato sensu* incluye a las libertades de trabajadores y de establecimiento, y a la libre prestación de servicios. Aunque esta última se acerque más a la libre circulación de mercancías, por su naturaleza esencialmente económica, la opción del Tratado de Roma, desde su versión original, de aproximar el régimen jurídico de los servicios al de la libertad de establecimiento (*ex vi* del actual art. 62 TFUE [antiguos art. 55 TCE y 66 TCEE]) se debió al hecho de que los servicios eran percibidos como una actividad que requería a menudo el desplazamiento de personas. Véase GOUCHA SOARES, António, *A liberdade de circulação de pessoas na Europa comunitária. Alargamento jurisprudencial do conceito*, Editorial Fragmentos, Lisboa, 1990, p. 15.

7 Es unánime en la doctrina la caracterización del Mercosur como una unión aduanera imperfecta.

8 En esta fase, muchos de los logros en la libre circulación de personas se deben al avance de la liberalización de los servicios en la zona integrada. Eso se explica, en parte, porque la profundización de los temas económicos no es vista como una amenaza a las soberanías nacionales, con la adopción de medidas destinadas a facilitar la movilidad de prestadores y prestatarios de servicios nacionales de otros Estados miembros. En la UE, véanse el artículo 59 TCEE (actual artículo 56 TFUE y antiguo artículo 49 TCE), y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea [STJCE] de 7 de julio de 1976, *Watson y Belmann*, asunto 118/75, *Rec.* 1976, pp. 1185 y ss. En la CAN, cf., la Decisión 439 *Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina*, de 11 de junio de 1998, (artículos 2 y 12) y, en el Mercosur, la CMC/Dec. N° 16/2003 *Acuerdo para la creación de la 'Visa Mercosur'* que establece las reglas comunes para el movimiento temporal de personas físicas prestadoras de servicios en el Mercosur nacionales de un Estado miembro.



intracomunitarios)⁹, *implícita*¹⁰ u *omisa*¹¹. En estos dos últimos casos, la ausencia de una base jurídica específica y directa no ha impedido, como señalaremos, el posterior y progresivo desarrollo de un marco jurídico específico sobre la libre circulación de personas.

Esta, en el caso europeo, ha sido considerada un pilar esencial para el desarrollo del mercado común y de la propia integración económica¹² y, simultáneamente, por el Tribunal de Justicia, como una libertad fundamental¹³. Por el contrario, para el tribunal comunitario andino la libre circulación es apenas un “*parámetro* de primer orden”¹⁴, el “*paradigma* para el avance de la integración a nivel andino y latinoamericano”¹⁵ y el “*instrumento orientador* para la interpretación y aplicación del derecho comunitario”¹⁶. A su vez, para la jurisprudencia mercosureña, la libre circulación es el “*objetivo esencial*” del tratado constitutivo y de su objetivo de creación de un mercado común¹⁷.

-
- 9 El Tratado de Roma (1957) establecía un marco regulador sobre la gestión los flujos intracomunitarios y, especialmente, sobre la movilidad interna de la fuerza de trabajo, un poco a la medida de lo que preveía ya el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y Acero [CECA], en el marco del entonces embrionario, mercado común europeo. Véase GIUBBONI, Stefano, “Immigrazione e politiche dell’Unione Europea: dal Trattato di Roma alla Costituzione per l’Europa”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, N° 106, 2005, p. 207.
 - 10 El Tratado de Asunción (1991), en su artículo 1, señala que el Mercosur “*implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías de cualquier otra medida equivalente*”.
 - 11 El Acuerdo de Cartagena (1969), a diferencia de los bienes (artículo 72) y capitales (artículo 107, letra d), no hace cualquier referencia expresa o implícita a la libre circulación de personas, en ninguna de sus calidades (trabajador, estudiante o investigador, turista, residente).
 - 12 La diferencia está en que en la UE la integración económica es un *instrumento* para la progresiva integración política, en tanto en el Mercosur y en la CA, aunque esta última en menor medida, sobre todo a partir de la introducción del Sistema Andino de Integración [SAI], dicha integración económica es un fin en sí mismo. Sosteniendo tesis contraria, véase VIGIL TOLEDO, Ricardo, “La cooperación entre el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR”, en Fundación Konrad Adenauer (ed.), *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año 11, v. 2, 2005, pp. 779-808, pp. 780 y 794. Es cierto que una hipotética y futura integración política siempre ha estado presente en el pensamiento integracionista latinoamericano de los *founding fathers*, aunque en forma tímida y espaciada en el discurso político. Sin embargo, eso no se ha traducido en una voluntad real de los Estados miembros, sobre todo en el Mercosur, de lograr alguna vez una unión política subregional. Sobre el tema véase, además de la bibliografía allí mencionada, MUKHAMETDINOV, Mikhail, “Mercosur and the European Union Variation Among the Factors of Regional Cohesion”, *Cooperation and Conflict: Journal of the Nordic International Studies Association*, Vol. 42, N° 2, pp. 207-228.
 - 13 Cf., STJCE de 1 de febrero de 1979, *Knoors*, asunto 115/78, ECR (1979), p. 00409, párr. 20; STJCE de 31 de marzo de 1993, *Kraus*, asunto C-19/92, Rec. 1993, p. I-1693, párr. 6; STJCE de 30 de noviembre de 1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, asunto C-55/94, Rec. 1995, p. I-04197, párr. 37.
 - 14 Cf., Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina [STJCA] de 24 de marzo de 1997, *Acción de incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela*, (proceso 3-AI-96), p. 16.
 - 15 Cf., STJCA de 20 de junio de 1997, *Acción de incumplimiento interpuesta por la República de Venezuela contra la República del Ecuador* (proceso 2-AI-96), p. 30. Aunque el Tribunal en concreto se pronuncia sobre la libre circulación de mercancías, la verdad es que el juez comunitario no olvida que “*La organización del mercado común incluye la eliminación de los obstáculos que se oponen a la libre circulación de bienes, de personas, de servicios y de capitales, como punto de partida preponderante para el desarrollo de una estrategia común caracterizada por la coordinación de las políticas de los Estados Miembros, que se fundamenta en la búsqueda de grados superiores de integración para hacer tránsito hacia el mercado común latinoamericano establecido por el artículo 1° del Acuerdo de Cartagena como meta primordial del proceso de integración andina*”.
 - 16 Cf. STJCA de 8 de diciembre de 1998, *Acción de incumplimiento interpuesta por la Secretaría General de la Comunidad Andina contra la República de Colombia, en la cual se alega tratamiento discriminatorio por parte de los Departamentos de dicho país contra los alcoholes y licores originarios de los Países Miembros de la Comunidad Andina, incumpliendo la obligación de trato nacional establecida en el artículo 74 del Acuerdo de Cartagena*, (proceso 03-AI-97), p. 16.
 - 17 En lo que se consideró, en su momento, una oportunidad perdida del Tribunal Arbitral *ad hoc* del Mercosur [TAH] para, activamente, clarificar y desarrollar un concepto comunitario de libre circulación de personas, máxime su naturaleza jurídica, y de esa forma poder deducir, por lo menos, algunas consecuencias jurídicas de su reconocimiento por el Derecho mercosureño, el TAH, llamado a dirimir el conflicto de las “*papeleras*” entre Uruguay y Argentina, se limitó a declarar, sin ambición, que resultaba incuestionable que el derecho de circulación de personas se encontraba implícito en las libertades de circulación de bienes y servicios vigentes en el Tratado de Asunción y en el Protocolo de Montevideo (párr. 102 y 105), añadiendo simplemente que dicha libertad “*constituye un objetivo esencial [del Tratado constitutivo], a punto tal que no se puede concebir un Mercado Común sin ese requisito*” (párr. 108). Cf., Laudo del TAH constituido para entender de la controversia presentada por la República Oriental del Uruguay a la República Argentina sobre *Omisión del Estado argentino en adoptar medidas apropiadas para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales Gral. San Martín y Gral. Artigas que unen la República Argentina con la República Oriental del Uruguay*, de 6 de septiembre de 2006.



Así, y en consecuencia, no es de sorprender que las primeras iniciativas normativas comunitarias se centrasen en el desarrollo y profundización de la dimensión sociolaboral del proceso de integración, en particular en dos ejes fundamentales; la migración laboral intracomunitaria y la seguridad social, ambos subordinados como materias de matriz social, a la lógica económica de la libre competencia¹⁸.

Datan de la primera década de integración europea (1958-1968) y andina (1969-1979) las primeras normas comunitarias destinadas a facilitar las migraciones laborales intracomunitarias¹⁹ y a armonizar reglas mínimas comunes en materia de seguridad social²⁰. La diferencia entre los dos bloques de integración está, entre otras, en la técnica jurídica utilizada, pues la mención expresa en el Tratado de Roma a la circulación de trabajadores permitió que la base jurídica para la adopción de normas comunitarias sobre cuestiones laborales y de seguridad social fuera una sola²¹.

En la CAN, el silencio del Acuerdo de Cartagena al respecto y la inexistencia de una política predefinida y coherente sobre la materia, han dado lugar a una base jurídica genérica y *ad hoc*, compuesta por distintas normas que van desde las competencias institucionales a la armonización de políticas económico-sociales en el contexto del desarrollo del mercado común andino y variable en cada acto jurídico aprobado²².

-
- 18 RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Tratado de Lisboa e o modelo social da União Europeia. Algumas notas* [em línea], pp. 1-14, pp. 2-3. Disponible en: www.icjp.pt/sites/default/files/media/825-1354.pdf [consulta: 30 mayo 2013].
- 19 En la UE se destacaron el Reglamento N° 38/64/CEE del Consejo, de 25 de marzo de 1964, relativo a la *libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad* (DO 62 de 17.04.1964), derogado por el Reglamento (CEE) N° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968 (DO L 257 de 19.10.1968), a su vez, recientemente derogado por el Reglamento (UE) N° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la *libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión* (DO L 141 de 27.05.2011) y la Directiva 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre *suspensión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados Miembros y de sus familias dentro de la Comunidad* (DO L 257 de 19.10.1968). En el seno de la CAN, se creó un foro sociolaboral, el Convenio Simón Rodríguez (1973) y el Protocolo Sustitutorio del Convenio Simón Rodríguez (2001), compuesto por una conferencia, comisiones especializadas de trabajo y una secretaría técnica, que tiene como uno de sus objetivos la definición y coordinación de las políticas comunitarias referentes, entre otros, a las migraciones laborales (artículo 2, letra b). En 17 de febrero de 1977 se aprobó la Decisión 116 por la que se creó el *Instrumento Andino de Migración Laboral*, modificado por la Decisión 545, de 25.06.2003, que establece un estatuto jurídico del trabajador migrante andino (igualdad de trato y no discriminación, procedimientos de contratación, etc.).
- 20 En la UE se encuentra el Reglamento (CEE) N° 1408/71 del Consejo de 14 de junio de 1971 relativo a la *aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad* (DO L 149 de 05.07.1971), derogado por el Reglamento (CE) N° 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 314 de 07.06.2004), a su vez modificado por el Reglamento (CE) N° 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se modifica el Reglamento (CE) N° 883/2004 sobre la *coordinación de los sistemas de seguridad social* y se determina el contenido de sus anexos (DO L 284 de 30.10.2009). En la CAN la primera normativa sobre esta materia fue la Decisión 116, de 17.02.1977, que creó el *Instrumento Andino de Seguridad Social*, sujeta a modificaciones posteriores por las Decisiones 583 y 584 de 07.05.2004 que establecen, respectivamente, el *Instrumento Andino de Seguridad Social* y el *Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo*, que han sustituido, respectivamente, las Decisiones 546 y 547, de 25.06.2003.
- 21 Artículo 48 TCEE (actual art. 45 TFUE y antiguo artículo 39 TCE).
- 22 Tomando como ejemplo las primeras normativas andinas sobre seguridad social y trabajo (las Decisiones 113 y 116), la base jurídica utilizada para la adopción del *Instrumento Andino de Seguridad Social* fue los artículos 3, 7 y 26, mientras que para la adopción del *Instrumento Andino de Migración Laboral* fue el artículo 4, letra k). Lo mismo pasó con las Decisiones 546 y 583 sobre el *Instrumento Andino de Seguridad Social*, adoptadas al amparo de los artículos 1, 3, 12, 16 y 30, y las Decisiones 547 y 548, sobre el *Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo* adoptadas a la luz de los artículos 1, 3, 16, 30 y 51 del Acuerdo de Cartagena, en su texto codificado.



En el Mercosur, la efectividad de la libre circulación de “factores productivos”, en los que se incluye el trabajo, también exigió, desde temprano, la adopción de un marco institucional²³ y jurídico²⁴ sociolaboral, en general, y migratorio, en particular.

En este sentido, la libre circulación de personas por razones laborales ha sido una fuerza impulsora de la dimensión social de la integración, que tuvo en la igualdad de trato y no discriminación (*maxime*, en razón de la nacionalidad) su principio rector, denominador común de un acervo de derechos de matriz social, no solamente laboral²⁵, y fundamento para la ampliación de la protección conferida por dichos derechos sociales otorgados en un Estado miembro a los trabajadores en ese Estado, nacionales de otro Estado miembro²⁶. Esto se explica, en gran parte, porque el principio comunitario de la igualdad de trato y de no discriminación asume en el dominio del trabajo y de la seguridad social, una relevante dimensión económica, pues es percibido como un instrumento jurídico eficaz para garantizar el efectivo ejercicio de la libre circulación de trabajadores y minimizar el fenómeno del “dumping social” en el seno del mercado común²⁷.

III. Al lento y progresivo reconocimiento constitucional del derecho de libre circulación de personas

A medida que se avanza en el mercado común y se profundiza el proceso de integración, se va construyendo, de forma evolutiva, el concepto de “circulación de personas” –paulatinamente extendido a otros colectivos

23 Durante la primera etapa de transición (1991-1995) se crearon en el seno del Grupo del Mercado Común (GMC) –órgano ejecutivo intergubernamental– distintos Subgrupos de Trabajo (SGT) –organismos auxiliares del GMC con funciones de análisis y coordinación legislativa en diferentes temas–; uno de ellos era el SGT 11 (GMC/Res. N° 11/91), más tarde reenumerado SGT 10 (GMC/Res. N° 20/95), designado de “Asuntos Laborales”, posteriormente “Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social” y, desde 1996 “Asuntos Laborales, Empleo y Seguridad”. Este grupo, formado por representantes de los gobiernos, empleadores y trabajadores, tiene entre sus áreas de trabajo las migraciones laborales (por ejemplo, la armonización de normas para la libre circulación de trabajadores en el Mercosur). Para más detalles sobre el Grupo de Trabajo 10. Véase GODIO, Julio, *El Mercosur, los trabajadores y el ALCA. Un estudio sobre la relación entre el sindicalismo sociopolítico y la integración en el Cono Sur*, 1ª edición, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2004, en especial, pp. 101-111.

El Protocolo de Ouro Preto (1994), integrando en la estructura institucional del Mercosur un conjunto significativo de organismos consultivos preexistentes, origina una redefinición orgánica en lo relativo a la circulación de personas/trabajadores, destinando la temática de los trabajadores fronterizos para el entonces creado Foro Consultivo Económico-social (FCES), órgano de representación de los sectores económicos y sociales de los Estados miembros (arts. 28 a 30 del Protocolo de Ouro Preto) y la posterior Comisión Sociolaboral (GMC/Res. N° 15/99). Las migraciones laborales son absorbidas por el Consejo del Mercado Común (CMC) en el ámbito de las Reuniones de Ministros del Interior (RMI) de los Estados miembros y Estados asociados (cf. las Actas N° 1/97 y N° 2/97 de la RMI, Asunción, Paraguay, 30 de mayo de 1997), que para el efecto crearon en su 14ª reunión en Montevideo, el Foro Especializado Migratorio (FEM) que, entre sus competencias, elabora estudios sobre los flujos migratorios intra y extracomunitarios y proyectos de normas y/o acuerdos en materia migratoria (cf. Acta N° 02/03 de la XIV RMI, Montevideo, Uruguay, 21 de noviembre de 2003).

Por último, refiérase el Observatorio del Mercado de Trabajo, órgano técnico permanente, auxiliar del GMC, de estructura tripartita, consultivo y de información sobre los temas relacionados con el mercado de trabajo, que también aborda en su agenda de trabajo los temas migratorios desde la perspectiva laboral.

24 Cabe destacar en este ámbito, la Declaración sociolaboral de 10.12.1998, que tiene su origen en la propuesta de Carta Social y de Derechos Fundamentales presentada, en 1993, por la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur, y el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur (CMC/Dec. N° 19/97, de 15.12.1997), en vigencia desde el 01.06.2005.

25 El principio de igualdad y no discriminación encuentra su consagración legal en todos los instrumentos jurídicos referidos en las notas 19, 20 y 24 supra.

26 POIARES MADURO, Miguel, “Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU”, in ALSTON, Philip/BUSTELO, Mara/HEENAN, James, *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, New York, 1999, pp. 449-472, p. 456. Es de ello un claro ejemplo el artículo 12 de la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro (DO L 343, de 23.12.2011).

27 Sobre situaciones de “dumping social” en el contexto de la libre circulación de servicios, véanse la STJCE de 11 de diciembre de 2007, *Viking*, asunto C-438/05, Rec. 2007, p. I-10806 y la STJCE de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, asunto C- C-341/05, Rec. 2007, p. I-11845.



(v.g., turistas²⁸, estudiantes²⁹, refugiados y apátridas³⁰, pensionistas) y no solo a los trabajadores comunitarios, *i.e.*, nacionales de los Estados miembros que se desplazan de un Estado miembro a otro con el objetivo de desarrollar una actividad profesional³¹— hacia la *judicialización y constitucionalización* del derecho de libre circulación de las personas, entendido como el derecho de todo el nacional de los Estados miembros de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

El largo camino hacia la consagración jurídica de la libre circulación de personas como derecho de la ciudadanía comunitaria demanda, tarde o temprano, el abandono de la perspectiva economicista por un abordaje político de la mencionada libertad, ya que solo desvinculándose la libre circulación de personas del desempeño de una actividad económica es posible su reconocimiento jurídico como derecho de la universalidad de los ciudadanos comunitarios, con independencia de que ejerzan o no una actividad profesional.

En la UE, el paso decisivo en el proceso de constitucionalización de la libre circulación de personas como derecho fundamental se da con su reconocimiento como derecho autónomo de ciudadanía (artículo 20, N° 1 y 2, TFUE)³² *i.e.*, la ciudadanía europea se convierte en fundamento jurídico de la libre circulación³³ y su inclusión en un catálogo de derechos y libertades exclusivo de los ciudadanos comunitarios (artículo 45 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [CDFUE])³⁴. En otras palabras, la consagración del estatuto del ciudadano de la Unión con «vocación (...) [para] convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros³⁵ que acogió la libre circulación de personas como un derecho fundamental permitió que se estableciera entre ambos un vínculo jurídico indisoluble.

En este sentido, también se puede aseverar que el valor constitucional de la libre circulación de personas y su consagración como un derecho fundamental comunitario, va de la mano de la profundización del propio proceso de integración de acuerdo a un modelo jurídico-institucional esencialmente supranacional, con la inevitable cesión de soberanía.

28 Por vía jurisprudencial en la UE (cf., la STJCE de 31 de enero de 1984, *Luisi e Carbone contra Ministerio del Tesoro*, asuntos acumulados 286/82 e 26/83, *Rec.* 1984, pp. 00377 y ss.); por vía legislativa en la CAN (cf., Decisión 463 “Régimen para el desarrollo e integración del turismo en la Comunidad Andina” [artículo 10^o] y en el Mercosur (cf., CMC/Dec. N° 10/06 que aprueba el *Acuerdo para un plazo de 90 días a los turistas nacionales de los Estados partes del Mercosur y Estados socios*).

29 En la UE, véase la STJCE de 13 de febrero de 1985, *Gravier c. Ville de Liege*, asunto 293/83, *Rec.* 1985, pp. 593 y ss.; en el Mercosur, cf., la CMC/Dec. N° 21/06 que aprueba el “Acuerdo sobre gratuidad de visados para estudiantes y docentes de los Estados partes del Mercosur”.

30 Cf., STJCE de 11 de octubre de 2001, *Khalil e a.*, asuntos acumulados C-95/99 a C-98/99 y C-180/99, *Rec.* 2001, p. I-7413.

31 El TJCE consideró que el concepto de “trabajador” mencionado en los artículos 48 a 51 del TCEE y en el Reglamento 1612/68 tiene alcance comunitario, por lo que no puede definirse mediante remisiones a la normativa de los Estados miembros, pues en el supuesto de que dicho término tuviera que regirse por el Derecho interno, cada Estado tendría entonces la posibilidad de modificar el contenido del concepto de “trabajador migrante”, y de privar a su arbitrio a determinadas categorías de personas de la protección del Tratado» y “los artículos 48 a 51 quedarían privados de todo alcance, y las finalidades antes enunciadas del Tratado frustradas, si el contenido de dicho término pudiera ser unilateralmente fijado y modificado por el Derecho interno”, cf. STJCE de 19 de marzo de 1964, *Unger*, asunto 75/63, *Rec.*, p. I-0031.

32 El concepto de “ciudadanía europea” fue introducido por el Tratado de Maastricht (1992), planteado por primera vez en la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de París de 10 y 11 de diciembre de 1974, donde se defendió la necesidad de reconocer “derechos especiales” a los nacionales de los Estados miembros, y desarrollado en el Informe Tindemans presentado en el Consejo Europeo de 29 de diciembre de 1975, proponiéndose una “Europa del ciudadano”, mediante el reconocimiento y protección de los derechos de las personas y la implementación de medidas impulsoras de una “solidaridad europea”, visibles a través de símbolos externos y destinadas a propiciar la movilidad de personas en la UE, véase FERRÁN, Gabriel, “El informe Tindemans sobre la Unión Europea”, *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 3, N° 2, 1976, pp. 327-348, pp. 335-336.

33 LIBERAL FERNANDES, Francisco, *Liberdade de circulação de trabalhadores na Comunidade Europeia*, Teses e Monografias 3, Coimbra Editora, 2002, p. 95.

34 La CDFUE, elaborada en 2000 por una convención, fue adoptada por el Tratado de Niza (2001), pero solo con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 adquirió efecto jurídico vinculante al reconocérsele “el mismo valor jurídico que los Tratados” (artículo 6, N° 1, TUE).

35 Cf., STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, asunto C-184/99, *Rec.* 2001, párr. 31.



Esto explica por qué sobre la CAN y el Mercosur, procesos de integración menos avanzados, hay consenso en la doctrina acerca de que la idea de que la libre circulación de personas está todavía lejos de asumir una dignidad constitucional³⁶. No obstante, algunos pasos, aunque insuficientes, han sido dados en esa dirección tanto por la CAN, por vía de su derecho comunitario derivado³⁷, como por el Mercosur³⁸. Además, en este último, la libre circulación de personas, frente a los silencios del derecho mercosureño, es comprendida por la jurisprudencia esencialmente como un derecho humano y, por ende, la solución de controversias al respecto pasa sobre todo por la invocación del derecho internacional convencional y de derechos humanos, y no tanto del derecho comunitario³⁹, aunque el cumplimiento de este último impide que los Estados miembros procedan a una interpretación restrictiva del concepto de libre circulación⁴⁰.

Por otro lado, ambos bloques de integración se encuentran en una fase muy inicial del proceso de construcción de una futura ciudadanía supranacional, consecuencia de la creciente relevancia de la agenda social que están experimentando los procesos de integración de la región⁴¹, que incluye entre su catálogo de derechos fundamentales la libre circulación. De este modo, en la CAN tenemos la "Carta Andina para la Promoción y Protección de Derechos Humanos"⁴² que consagra en su artículo 51 el «derecho al libre tránsito y circulación de los migrantes y sus familias». Sin embargo, tratase de un instrumento de promoción de los derechos humanos en la Comunidad desprovisto de fuerza vinculante por sí misma, que no pretende ser un mecanismo de control de las instituciones comunitarias andinas ni establecer un nuevo nivel supranacional de protección de los derechos humanos⁴³.

En cuanto al Mercosur, los Estados miembros han aprobado un plan de acción para la conformación progresiva de un "Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur"⁴⁴, el cual deberá estar íntegramente implementado a más tardar el año 2021,

-
- 36 SALDÍAS, Osvaldo, "La libre circulación de personas y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina", ponencia presentada en el Seminario "La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados", organizado por el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, los días 28 y 29 de septiembre de 2011, pp. 1-16, p. 12; CARDESA SALZMANN, Antonio, "El desarrollo de una libre circulación de personas en el Mercosur: balance y perspectivas", ponencia presentada en el Seminario "La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados", organizado por el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, los días 28 y 29 de septiembre de 2011, pp. 1-24, p. 14.
- 37 Cf. la Decisión 503 sobre el Reconocimiento de documentos nacionales de identificación, de 22 de julio de 2001, preámbulo, párr. 4 ("la libre circulación por los territorios de la Subregión Andina (...) es un derecho de los nacionales andinos y de los extranjeros con residencia permanente en cualquier País Miembro, a fin de consolidar progresivamente la identidad andina") y la Decisión 545 sobre el Instrumento Andino de Migraciones Laborales, artículo 20, letra b) ("Los Países Miembros se comprometen a: (...) b) No adoptar nuevas medidas que restrinjan el derecho a la libre circulación y permanencia para los trabajadores migrantes andinos").
- 38 El Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile (CMC/Dec. N° 28/02, de 06.12.2002) reconoce explícitamente la libertad de residencia para los nacionales de aquellos países (cf. artículo 1 ("Los nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte podrán obtener una residencia legal en este último, de conformidad con los términos de este Acuerdo, mediante la acreditación de su nacionalidad y presentación de los requisitos previstos en el artículo 4° del presente").
- 39 Así pasó en el ya citado laudo del TAH sobre el conflicto de las "papeleras" (Argentina c. Uruguay) de 6 de septiembre de 2006 y en un fallo del Juzgado Federal de 1° instancia [JFP] de Posadas (Argentina), en el marco de una acción de amparo contra la Dirección Nacional de Migraciones (JFP Melgarejo, Javier Ezequiel s/amparo, expediente N° 261/04, de 15.11.2004) interpuesto por un ciudadano argentino estudiante en Paraguay, a quien las autoridades argentinas le habían impedido la salida (de Argentina) y entrada (a Paraguay) por el paso fronterizo de Puente San Roque de Santa Cruz por falta de la documentación prevista en la Resolución Mercosur N° 75/96. En ambas decisiones se invocó la Convención de Viena sobre los Tratados (1969) y la Convención Americana de Derechos Humanos.
- 40 "[L]a interpretación pro homine y progresiva del derecho humano de circular no admite la aplicación restrictiva que el Estado a través de sus organismos le imprime, ni desde el prisma del derecho convencional (...) con jerarquía constitucional ni tampoco del derecho comunitario de la integración (...) con jerarquía suprallegal". Véase FUNDAÇÃO KONRAD ADENAUER E SECRETARIA DO MERCOSUL (eds.), *Segundo Relatório sobre a aplicação do Direito do Mercosul pelos Tribunais Nacionais* (2004), Uruguay, 2006, pp. 121-124.
- 41 Ver al respecto, SERBIN, Andrés, "¿Convidados de piedra? Ciudadanía e integración regional", *Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Gran Caribe*, N° 7, 2008, pp. 109-138.
- 42 Adoptada por el Consejo Presidencial Andino en Guayaquil (Ecuador), el 26 de julio de 2002.
- 43 CASAL H., Jesús María, *Los derechos humanos y su protección: estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 226.
- 44 Cf., Mercosur/CMC/Dec. N° 64/10, de 16 de diciembre de 2010.



y en el que la libre circulación de personas se deberá conformar como derecho de ciudadanía y, simultáneamente, en un criterio para la creación de políticas comunitarias de visas, inmigración y fronteras (artículos 2 y 3).

IV. La libre circulación de personas y la política comunitaria de inmigración

Antes de entrar en el tema de este tercer acápite, se estima necesario hacer tres consideraciones previas:

1. La libre circulación de personas presenta una doble dimensión⁴⁵, pues tanto se refiere a la circulación de personas entre los Estados miembros (dimensión interna) como a la circulación de personas entre países comunitarios y terceros países (dimensión externa). A diferencia de la libre circulación de mercancías en que ambas dimensiones suelen aparecer reglamentadas casi integralmente por el derecho comunitario, en la libre circulación de personas, una buena parte de las materias relativas a la entrada y permanencia de los nacionales de Estados terceros (dimensión externa) siguen reservadas a la competencia soberana de los Estados.
2. La libre circulación de personas en su acepción más amplia incluye, además de la libertad de desplazamiento (acepción estricta), los derechos de residencia, acceso al mercado de trabajo y de establecimiento.
3. La existencia de un espacio de libre circulación no es sinónimo de desaparición ni de fronteras ni de su control, sino que de armonización de reglas de cruce y control fronterizos, que, en el caso europeo, se desplazaron del centro hacia la periferia de la zona integrada, y cooperación operativa.

A la vista de lo expuesto, cabe señalar que en la UE la libre circulación de personas se logró mediante:

1. La abolición gradual de los controles aduaneros y policiales con vistas a la creación, en el seno del *mercado único*⁴⁶ de un espacio sin fronteras interiores (“espacio Schengen”⁴⁷) a cambio de una frontera exterior común.
2. La unificación de normas y procedimientos sobre el cruce de las fronteras⁴⁸, la instauración de un sistema integrado para su gestión⁴⁹ y la armonización de las condiciones de entrada y visados para estancias cortas (no superiores a tres meses en períodos de seis meses) y tránsito⁵⁰.

45 Las libertades de circulación de mercancías, capitales y servicios también presentan esta doble dimensión.

46 También denominado de “mercado interior”, fue introducido por el Acta Única Europea (1987) y se define como un “espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada” (artículo 26 TFUE).

47 El “espacio Schengen” es el resultado de un largo y lento proceso de negociaciones desarrollado al margen y en paralelo al derecho comunitario, nacido de la decisión (Acuerdo de Schengen de 1985) de aplicar en el conjunto de los Estados miembros un preexistente modelo de cooperación regional en materia de fronteras (Acuerdo franco-alemán de Saarbrücken de 1984). Hoy son partes de ese espacio 23 de los Estados miembros de la UE (con excepción de Reino Unido e Irlanda –practican una política de *opt-out*–, Bulgaria, Rumania –por imposición de un período de moratoria– y Croacia) y los países de la Asociación Europea de Libre Comercio (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza).

48 Cf., Reglamento (CE) Nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), publicado en el DO L 105, de 13.4.2006 (la última modificación ha sido dada por el Reglamento (CE) Nº 265/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de marzo de 2010 (DO L 85, de 31.03.2010).

49 La competencia nacional por el control y la vigilancia de las fronteras exteriores es complementada a escala comunitaria por la creación de Frontex, la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (Reglamento (CE) Nº 2007/2004 del Consejo, de 3 de octubre de 2004 [DO L 349, de 25.11.2004], modificado por el Reglamento (UE) Nº 1168/2011, de 25 de octubre de 2011 [DO L 304, de 22.11.2011]), con vistas a asegurar una efectiva seguridad fronteriza.

50 Cf. el Código Comunitario sobre Visados (Reglamento (CE) Nº 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 [DO L 243 de 15.09.2009]); el Reglamento Nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001 [DO L 81 de 21.3.2001]) y actos modificativos (Reglamento (CE) Nº 2414/2001 1.1.2002 [DO L 327 de 12.12.2001]; Reglamento (CE) Nº 851/2005 25 de junio de 2005 [DO L 141 de 4.6.2005]; Reglamento (CE) Nº 1932/2006 de 19 de enero de 2007 [DO L 405 de 30.12.2006]).



3. La adopción de “medidas de acompañamiento” destinadas a compensar la apertura de las fronteras internas y para prevenir y luchar contra la delincuencia organizada transnacional⁵¹.

En cambio, en la CAN y en el Mercosur no se prescindió de los controles fronterizos en el interior de la zona de libre circulación, que se mantienen, sino que la vía elegida para facilitar y simplificar los movimientos intracomunitarios y transfronterizos fue la armonización jurídica del cruce y control de fronteras (entrada y salida, documentación, etc.)⁵², complementada por la coordinación de la aplicación de los sistemas de seguridad social⁵³ y el reconocimiento mutuo de los títulos académicos⁵⁴.

En esta medida, no tiene cabida hacer la distinción funcional entre fronteras internas –exentas de control– y fronteras exteriores –donde se realizarían los controles de entrada y salida–, por cuanto el régimen jurídico a que está sometidas unas y otras es lo mismo. Ni tampoco la existencia de una normativa uniformadora relativa al cruce y controles de las personas en las fronteras, nos permite hablar de una política común de fronteras en los mismos moldes que su congénere europea, pues solo la ausencia de controles en el interior del espacio de libre circulación,

51 Esas medidas compensatorias se agrupan *grosso modo* en tres: (1) la mejoría de la coordinación policial (v.g., asistencia entre servicios de policía en cuanto a la vigilancia y control fronterizos), (2) el refuerzo de la cooperación judicial (v.g., reconocimiento mutuo de sentencias y decisiones judiciales en cuestiones penales) y (3) el establecimiento de bases de datos europeas centralizadas con vistas a la gestión de las fronteras y la migración (el *Sistema de Información Schengen* [base de datos común sobre personas buscadas o desaparecidas, bienes robados u ocultados fraudulentamente y prohibiciones de entrada], el *Sistema de Información de Visados* y el *Sistema EURODAC* [base de datos de impresiones dactilares para identificación de los solicitantes de asilo e inmigrantes ilegales]).

52 Cf., en la CAN, la Decisión 397, de 16.09.1996, que crea la *Tarjeta Andina de Migraciones* (TAM) y Resolución 527, de 11.07.2001, sobre la *Modificación del Contenido y Formato de la TAM*; Decisión 501 que crea las *Zonas de Integración Fronteriza* (ZIF) en la Comunidad Andina; la Decisión 502, de 22.06.2001, que crea los *Centros Binacionales de Atención Fronteriza*; la Decisión 503, de 22.06.2001, que reconoce los documentos nacionales de identificación como documentos de viaje; la Decisión 504, de 22.06.2001, que crea el *Pasaporte Andino*; Decisión 525, de 07.07.2002, sobre las *Características técnicas específicas mínimas de nomenclatura y seguridad del Pasaporte Andino*; la Decisión 526, de 07.07.2002, que establece las *Ventanillas de entrada en aeropuertos para nacionales y extranjeros residentes en los Países Miembros*.

En el Mercosur, véanse el Acuerdo sobre documentos de viaje de los Estados partes del Mercosur y Estados asociados de 30 de junio de 2008 (CMC/Dec. N° 18/08) y el Acuerdo modificatorio de su Anexo (CMC/Dec. N° 14/11, de 28.06.2011), el Acuerdo de alcance parcial para la facilitación de comercio, concertado entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, denominado “Acuerdo de Recife” (CMC/Dec. N° 4/00, de 29.06.2000 que aprueba la versión modificada); Instalación de canales privilegiados de entrada en aeropuertos para ciudadanos del Mercosur (CMC/Dec. N° 46/00); Instalación de canales privilegiados de entrada en aeropuertos para ciudadanos del Mercosur, de la República de Bolivia y de la República de Chile (CMC/Dec. N° 47/00); la Resolución GMC N° 74/96 relativa a la Tarjeta de entrada y salida (TES); la Resolución N° 40/98 que prevé las características comunes a las que debería tenderse para armonizar la emisión de pasaportes; las Decisiones sobre Tránsito Vecinal fronterizo entre los Estados partes y Asociados (CMC/Dec. N° 18/99 y 19/99, ambas de 07.12.1999 y CMC/Dec. N° 14/00 y 15/00, ambas de 29.06.2000); el Acuerdo para la concesión de un plazo de noventa (90) días a los turistas nacionales de los Estados partes del Mercosur y Estados asociados (CMC/Dec. N° 19/99, de 20.07.2006). Para un análisis más detallado sobre la normativa supra mencionada véase, respectivamente, QUINDIMIL LÓPEZ, Jorge Antonio, “La libre circulación de personas en la Comunidad Andina a la luz del estatuto jurídico de la ciudadanía andina” y CARDEZA SALZMANN, “El desarrollo de una libre circulación de personas en el Mercosur: balance y perspectivas”, ponencias presentadas en el Seminario “La libre circulación de personas en los sistemas de integración económica: modelos comparados”, organizado por el Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid, los días 28 y 29 de septiembre de 2011, pp. 1-23 y 1-24.

53 Cf., notas 20 y 24 *supra*.

54 Cf., las Decisiones CMC 4/95 que aprueban el Protocolo de integración educativa sobre reconocimiento de títulos universitarios para la prosecución de estudios de posgrado en las universidades de los países del Mercosur y 7/95 que aprueba el Protocolo de integración educativa y revalidación de diplomas, certificados, títulos y reconocimiento de estudios de nivel medio técnico. El procedimiento de reconocimiento mutuo de grados y títulos para obtención de equivalencia académica previsto en aquellas decisiones, queda circunscrito a los fines de prosecución de estudios, no constituyendo, por ello, un medio idóneo para obtener la autorización (licencia) de ejercicio de una profesión en un país del área a partir de títulos obtenidos en otros países. Por esa razón se afirma que estas decisiones “carecen de eficacia como medidas de eliminación de obstáculos a la libre circulación de personas”, CARDEZA SALZMANN, Antonio, “El desarrollo...”, *op. cit.*, p. 12. En la CAN desde fines de los 90 se viene discutiendo la adopción de un régimen de reconocimiento de títulos, licencias, certificaciones y acreditaciones en la Comunidad Andina (Decisión 439, de 11.06.1998, sobre el Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina), existiendo un comité de expertos para el efecto.



condición verificable apenas en la UE, permite la aparición de fronteras comunes –la frontera exterior de cada Estado se convierte en frontera común– y el desplazamiento de la responsabilidad de ese control al Estado miembro por el que se cruza la frontera exterior común.

Por otro lado, en la UE la libre circulación de personas y la ausencia de controles en las fronteras internas benefician tanto a los ciudadanos comunitarios como a los de terceros Estados, si bien que en distintos grados, razón por la que su reglamentación comunitaria los tiene a ambos por destinatarios⁵⁵.

Explicado de una mejor forma, lo que se verifica en la UE es la extensión de la libre circulación a los nacionales de terceros países, que respecto a la libertad de desplazamiento⁵⁶ los incluía desde el comienzo, justificando el desplazamiento de la responsabilidad de los controles internos hacia la frontera exterior única y la existencia de una política común de visas⁵⁷, y de forma progresiva en cuanto a la libertad de escoger residencia, entrada y acceso al empleo, pero solo en cuanto familiares de ciudadanos comunitarios⁵⁸, residentes de larga duración⁵⁹, trabajadores por cuenta ajena⁶⁰ (trabajadores muy calificados⁶¹ y temporales, personas trasladadas por sus empresas y en período de prácticas remuneradas), asimismo estudiantes⁶², víctimas de delitos de trata de personas o del tráfico ilegal de inmigrantes que cooperen con las autoridades⁶³, etc. Sin embargo, dada la disparidad de regímenes entre ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados, cierta doctrina prefiere, respecto a estos últimos, hablar de un derecho de “movilidad”⁶⁴.

A su vez, en la CAN y en el Mercosur la normativa sobre libre circulación de personas se centra casi en exclusiva sobre los movimientos realizados por los nacionales y/o los extranjeros con residencia legal en los Estados partes y asociados cuando se desplazan dentro del territorio de la zona integrada. Es decir, el ámbito personal del derecho

55 IZQUIERDO SANS, Cristina, “Fronteras exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen”, *Anuario de Derecho Internacional*, N° 16, 2000, pp. 133-189, p. 136.

56 Es decir, un nacional de un tercer país una vez superado los controles en una de las fronteras exteriores de la UE se beneficiará de un derecho de desplazamiento por los territorios de los Estados signatarios del acervo de Schengen.

57 Cf., puntos 55-56 del Libro Blanco de la Comisión para el Consejo para “La consecución del mercado interior” (COM (1985)310, 14.06.1985), pp. 17-18.

58 Cf., 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, por la que se 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 (DO L 158, de 30.04.2004).

59 Cf., Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16, 23.1.2004).

60 Cf., Comunicación de la Comisión sobre un Plan de Política en Materia de Migración Legal (COM (2005) 669 final, de 21.12.2005). Esta comunicación constituye un plan de acción donde se presentan cinco propuestas de directivas sobre migración regular, a saber, una Directiva marco sobre los derechos de los nacionales de países terceros con un empleo legal y cuatro directivas complementarias relativas a la entrada y estancia de determinadas categorías de nacionales de terceros países (trabajadores muy cualificados, trabajadores de temporada, personas trasladadas por sus empresas y personas en períodos de prácticas remuneradas). Hasta la fecha apenas se aprobó la Directiva sobre trabajadores muy cualificados (denominada de “Directiva *bluecard*”).

61 Cf., Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (DO L 155, de 18.6.2009).

62 Cf., Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de diciembre de 2004 relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DO L 375, de 23.12.2004).

63 Cf., Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes (DO L 261, 6.8.2004).

64 IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, *La libre circulación de los extranjeros en la Unión Europea: el régimen de movilidad en las Directivas de la UE en materia de inmigración*, Editorial Reus, Madrid, 2010, *passim*.



de libre circulación (en sentido estricto y amplio), por comparación con la UE, es más restricto, pues no se aplica a los extracomunitarios⁶⁵.

En los espacios de integración regional analizados, la inmigración no estaba presente en los tratados constitutivos, ni era una competencia comunitaria originaria⁶⁶, sino que la progresiva emergencia de una política común de inmigración correspondió a un “desarrollo natural”⁶⁷ del propio proceso de integración y tuvo en la libre circulación de personas su fundamento jurídico⁶⁸ y “parámetro morfológico”.

Por eso, la política europea de inmigración es en esencia una “política compensatoria” por la existencia del espacio Schengen y la desaparición de los controles fronterizos en su interior, a la que ha que dotar de mecanismos e instrumentos que protejan las fronteras exteriores de la inmigración irregular y de todo tipo de criminalidad transnacional organizada. Es decir, en la UE el espacio de libertad fue *compensado* con la coexistencia de un espacio de seguridad y justicia, donde converge una amplia panoplia normativa sobre fronteras (interiores y exteriores), inmigración, asilo, cooperación policial y judicial (artículos 77 a 80 TFUE).

Adicionalmente, su condición de región de destino de los principales flujos migratorios internacionales ha contribuido a la edificación de una política migratoria común que apunta, por un lado, a la *securitarización* de la inmigración irregular, a la que urge combatir, y por otro, a la *instrumentalización* de la migración legal de acuerdo a las prioridades de política económica y necesidades del mercado laboral y el refuerzo del control en las fronteras⁶⁹.

En cambio, en la zona comunitaria andina y mercosureña, regiones donde la mayoría de sus Estados partes son sobre todo países de origen de inmigración, sus políticas de inmigración común, en el contexto de una libre circulación de personas reducida en la práctica a los desplazamientos intracomunitarios por los nacionales de sus Estados miembros, están centradas en la regulación de la migración (laboral) legal, con destaque para los trabajadores altamente cualificados⁷⁰, y en el establecimiento de garantías de respeto por los derechos fundamentales de los (trabajadores) migrantes comunitarios en los países de acogida de las zonas integradas.

V. Reflexiones finales

La profundización del proceso de integración y la evolución del propio concepto de libre circulación de personas en el sentido de su extensión a otros destinatarios, y no solo a los nacionales de los Estados miembros y, en el caso

65 Una excepción es, por ejemplo, la Decisión 503 de la CAN, que se aplica asimismo a los nacionales de terceros países detentores de algunos de los documentos en ella mencionados que circulen en calidad de turistas y siempre que la legislación del Estado en que se pretende entrar no les exija pasaporte o visado (artículo 8).

66 A este propósito, amerita una breve referencia a la recién creada Unión de las Naciones Suramericanas (Unasur), para decir que, a diferencia de la UE, CAN o Mercosur, su Tratado Constitutivo acogió, desde el principio, la inmigración como uno de los objetivos esenciales de su proyecto de “integración y unión cultural, social, económica y política”. El artículo 3, letra k), del Tratado Constitutivo de Unasur de 23 de mayo de 2008, celebrado en Brasilia (“la cooperación en materia de migración, con un enfoque integral, bajo el respeto irrestricto de los derechos humanos y laborales para la regularización migratoria y la armonización de políticas”) da, así, acogida a una pretensión ya manifestada en la Declaración de Cochabamba “Colocando la Piedra Fundamental para una Unión Sudamericana” adoptada el 9 de septiembre de 2006.

67 CRÉPEAU, François/CARLIER, Jean-Yves, “Intégration régionale et politique migratoire. Le ‘modèle’ européen entre coopération et communautarisation”, *Journal du Droit international*, N° 4, 1999, pp. 953-1019, p. 961.

68 Esto es particularmente evidente en caso de la Unión Europea, donde [l]a razón inspiradora de las competencias en materia de inmigración, es la propia libertad de circulación de personas. Véase IGLESIAS SÁNCHEZ, Sara, *La libre circulación...*, *op. cit.*, p. 371.

69 Cf., Pacto europeo sobre inmigración y asilo de 24 de septiembre de 2008 (Doc. N° 13440/08 ASIM 72)

70 Es el caso del Mercosur, donde se creó un modelo de visa específico para facilitar la circulación de gerentes y directores ejecutivos, administradores, directores, gerentes, científicos, investigadores, profesores, artistas, deportistas, etc. (CMC/Dec. 16/03 “Acuerdo para la creación de la «Visa Mercosur»”, de 15.12.2003).



Europeo, de su transcendencia más allá de la simple supresión de controles en las fronteras internas, ha generado un progresivo proceso "posontológico"⁷¹ de *comunitarización* de la inmigración que varía en el mismo sentido que dicha profundización y evolución.

En otras palabras, vimos cómo en relación a la UE, la CAN y el Mercosur, la inmigración no constituyó una prioridad, ni mucho menos una competencia comunitaria originaria, sino que esa transferencia supranacional de competencias (de los Estados hacia las instituciones comunitarias) se fue desarrollando de forma paulatina, en función de una comprensión evolutiva y expansiva de la libre circulación de personas, originalmente entendida como objetivo económico de carácter instrumental u operatorio⁷² de la realización del propio mercado común para trascenderse, en el caso europeo, en un "elemento político capital del proyecto de la integración"⁷³.

En este sentido, se puede afirmar que la libre circulación de personas y la política de inmigración común es un reflejo de su correspondiente proceso de integración. Eso no quiere decir que el presente de la libre circulación de personas y de la política de inmigración en la UE será el futuro de la libre circulación de personas y de las políticas comunes de inmigración en la CAN y en el Mercosur, pues estos procesos de integración presentan especificidades únicas que no son compartidas por la UE.

Refiérase, además, que no existe todavía en la actualidad, ni siquiera en la UE como ejemplo de integración más avanzado, una comunitarización total de la inmigración, en el sentido de una auténtica política común de inmigración. Tal se debe tanto a la resistencia de los Estados miembros a abdicar *in totum* a favor de las instituciones comunitarias de sus soberanas competencias en cuanto a la regulación y gestión de los flujos migratorios, como a la falta de consenso político en cuanto al modo en que a nivel supranacional se debe llevar a cabo dicha política, confrontándose allí dos visiones distintas, las que adoptan una perspectiva preferencialmente securitaria, de un lado, y las que privilegian la integración y cooperación con los países de origen, de otro⁷⁴.

Lo cierto es que nada parece impedir el avance del "proceso de transnacionalización *de facto* de las políticas de inmigración", centrado en acuerdos y convenios internacionales y en el que los Estados, en cuanto a la definición de sus políticas migratorias, tienen un papel más limitado, sea por la transferencia de competencias en esta materia a organismos supranacionales, el reconocimiento en el orden jurídico internacional de ciertos derechos de los inmigrantes⁷⁵ o en la creación de redes regionales o foros de consulta a través de los cuales se comprometen, de forma concertada, a promover reglas de buena gobernanza en el ámbito migratorio y soluciones armonizadas sobre problemas comunes en cuanto a la gestión de fronteras, lucha contra la inmigración irregular, retorno, migración laboral, integración, etc.⁷⁶.

71 GEDDES, Andrew, «The Europeanization of What? Migration, Asylum and the Politics of European Integration», in Thomas Feist and Andreas Ette (Eds.), *The Europeanization of National Policies and Politics of Immigration: between autonomy and the European Union*, Palgrave Macmillan, New York, 2007, p. 51.

72 GORJÃO-HENRIQUES, Miguel, "Aspectos gerais dos acordos de Schengen na perspectiva da livre circulação de pessoas na União Europeia", *Temas de Integração*, Nº 2, 1996, pp. 47-95, p. 52.

73 VALLE GÁLVEZ, Alejandro del, "La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 3, 1998, pp. 41-78, p. 41.

74 CASTLES, Stephen, "The Factors that Make and Unmake Migration Policies", *International Migration Review*, vol. 38, Nº 3, 2004, pp. 852-884, p. 875.

75 Asimismo, SASSEN, Saskia, *Transnational economies and national migration policies*, IMES, Amsterdam, 1996, pp. 1 y 24; *Losing control? Sovereignty in an age of globalization*, Columbia University Press, New York, 1996, p. 72.

76 Ejemplo de ello son el proceso de Budapest, en Europa, el proceso de Puebla, en Norteamérica y América Central, el proceso de Manila y la Declaración de Bangkok, en Asia; la Conferencia Sudamericana de Migraciones y el Diálogo sobre Migración en el marco del Proceso del África meridional. Estos procesos de cooperación también se verifican entre bloques regionales de integración, como el caso de la propuesta de creación del Observatorio de la Migración en el seno de la Asamblea Parlamentaria Eurolatinoamericana (Eurolat).



Siendo una materia que afecta directamente al núcleo de la soberanía estatal, el derecho de los Estados a decidir quiénes y de qué forma pueden formar parte de ellos ha sido siempre un motivo sustancial de la resistencia de los Estados a ceder sus competencias en esta materia en favor de organizaciones supranacionales. Sin embargo, solo el entendimiento de la migración como un “fenómeno global, complejo e integral”⁷⁷ que afecta a todos los Estados permite que esta pase de ser considerada un asunto de “interés común” a ser un tema de “interés comunitario”⁷⁸.

77 CASTLES, Stephen, “Migration and Community Formation under Conditions of Globalization”, *International Migration Review*, vol. 36, Nº 4, 2002, pp. 1143-1168, p. 1144; LUCAS, Javier de, “Sobre las políticas de inmigración en un mundo globalizado”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 7, 2003, pp. 23-52, p. 26.

78 Sobre la diferencia entre ambos conceptos véase ZAPATA, Ricard, “Elementos para un enfoque europeo de la inmigración y la ciudadanía”, en AA. VV., *España en la construcción de una política europea de inmigración. 1º seminario de Inmigración y Europa*, Fundación CIBOB, Barcelona, 2004, pp.83-107, pp. 83-84.

