

Movilidad Internacional de Personas: MERCOSUR y Unión Europea

Lic Verónica Ichniowski, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Dr Jorge Emilio Núñez, Manchester Law School, Manchester Metropolitan University, United Kingdom

Las migraciones internacionales no son un fenómeno nuevo¹, configurando actualmente un factor determinante de la seguridad de los Estados, una amenaza potencial a sus soberanías y los afecta directamente en sus procesos de desarrollo. No todos los Estados tienen la posibilidad de cerrar sus fronteras, sea por costos políticos, culturales o económicos. Esto produce que algunos se conviertan en países de paso de emigrantes ilegales o que se vean impedidos de poder llevar a cabo políticas de seguridad sobre estos campos.

El presente artículo se centra en dos zonas geográficas, las de Sudamérica y Europa. En particular, analizaremos las migraciones que se dan en dos organizaciones supranacionales como el MERCOSUR y la Unión Europea (UE), y la manera en que estos procesos migratorios son regulados por el derecho. Mantenemos en este artículo que tanto en el caso del MERCOSUR como en el de la UE la ciudadanía comunitaria continua siendo un interrogante puesto que en ninguno de estos casos hay una relación directa entre las organizaciones supranacionales y los individuos. En otras palabras, los textos legales indican en ambos casos la existencia de una ciudadanía comunitaria que debería estar directamente ligada a las migraciones entre Estados miembros (EM). Sin embargo, esta misma ciudadanía comunitaria, en ambos casos (MERCOSUR y UE) solamente existe en tanto el individuo posea la nacionalidad de uno de los EM. En consecuencia, sostenemos, los derechos de ciudadanos comunitarios son en realidad secundarios pues dependen de su condición como nacional de un EM y no del hecho de ser ciudadanos del MERCOSUR o de la UE.

El presente artículo estará compuesto de dos partes principales. La primera, referida al MERCOSUR. La segunda, focalizada en la UE. En el primer caso, el del MERCOSUR, observaremos el fenómeno de las migraciones de individuos nacionales de EM, de terceros estados no miembros, y el caso de la ciudadanía comunitaria. En este punto, incluiremos el análisis de la idea de ciudadanía en la UE. La razón principal en proceder de este modo está dada por el hecho que la ciudadanía europea es el ejemplo jurídico-político más evolucionado a la fecha. Sin embargo, como quedará claro, su par del MERCOSUR es similar en varios aspectos.

A. EL MERCOSUR

1) MIGRACIONES INTERNACIONALES

Como adelantáramos, las migraciones internacionales son un fenómeno que cuenta con una larga historia. En el caso de quienes emigraron hacia América, puede decirse que surgen con la depresión económica de los años 1880 y 1890 que afectó a los países europeos, en especial a los del sudoeste de ese continente. Se acentúan cuando la población europea comienza a buscar nuevos destinos producto de las dos Guerras Mundiales—i.e. nuevamente el destino de las mismas era el continente americano. Hacia 1980 se produce una suave inmigración proveniente del sudeste asiático originada por las pobres condiciones de vida producto de la sobrepoblación lo cual los lleva a buscar nuevos horizontes en América. En general estos movimientos eran estables y mayoritariamente seguían las vías legales para su realización.ⁱⁱ

En 1990ⁱⁱⁱ estos procesos comenzaron a aumentar considerablemente convirtiéndose así en una de las principales problemáticas que tuvo que afrontar la Sociedad Internacional. En el Cono Sur aumentan las migraciones configurada por una minúscula pero incipiente corriente proveniente del África ecuatorial, también se dirigen hacia Europa pero con una mayor intensidad debido a la cercanía que poseen ambos continentes.

A lo dicho hay que agregar la política de “inmigración cero” que han dispuesto en Europa^{iv}, para todo tipo de inmigrantes. Se caracterizan ante todo, como países receptores de inmigración, por la mentada contradicción entre la existencia de fuertes reticencias a la admisión de inmigrantes y el reconocimiento de obligaciones morales y políticas, consustancial a su condición de sociedades democráticas organizadas en Estados de Derecho garantistas. Lo dicho se hizo presente en las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, cuando algunos de ellos se convirtieron en países de inmigración, aunque rechazaran esta condición y optaran por el denominado modelo 'guestworker' de inmigración temporal. Este modelo se mantuvo hasta la guerra de Yom Kippur y la subsiguiente crisis del petróleo que marcó el fin de la larga onda expansiva que había comenzado con la reconstrucción postbélica. Los países europeos entonces receptores de inmigración cerraron las puertas a ésta, especialmente a los flujos laborales, y ese cierre se ha perpetuado hasta la fecha. Las reticencias se agudizaron por las consecuencias no previstas del período anterior, al comprobar que muchos trabajadores invitados habían decidido quedarse, poniendo de manifiesto que la opción por la inmigración temporal resulta difícil de llevar a la práctica en países democráticos. La respuesta fue la adopción de políticas acusadamente restrictivas, hasta el punto de hacerse acreedoras a la expresión inmigración cero.^v Es dable resaltar que este tipo de inmigración

configura foco de tensión de importancia como ilustra la siguiente cita “[a]lgunas de las problemáticas que interfieren directamente en la seguridad de los Estados por consecuencia de las migraciones internacionales son la oposición de los migrantes al régimen de su país de origen, poniendo en conflicto su retorno al país; cuando ponen en riesgo la seguridad del régimen del país receptor; cuando se los considera una amenaza cultural o problemática social económica por parte de los ciudadanos del país receptor; o cuando el país receptor guarda a los migrantes como rehenes para amenazar a sus países de origen.”^{vi}

Haciendo referencia específica a las migraciones intrarregionales siempre estuvieron presentes debido a la conexidad existente en materia cultural, cercanía, entre otros pero siempre con el mismo fin: mejorar los estándares de vida del que poseen en su país de origen.^{vii}

Puede establecerse la existencia de dos procesos combinados que influyen en las migraciones en la región sudamericana: 1) la desaceleración de la migración transatlántica desde hace más de medio siglo y el retorno de una gran cantidad de inmigrantes a sus países de origen conjuntamente con la mortalidad que afecta a los inmigrantes que se encuentran en América y 2) una nueva etapa en donde se realiza una permanente evolución de migrantes entre los países del Cono Sur marcando un hito en el mapa migratorio regional. Sin embargo, desde 1960 y, profundizándose sobre todo en los últimos diez años, se vislumbra un aumento de personas que emigran hacia los Estados más desarrollados del mundo. Por tanto, se apoyan fundamentalmente en dos modelos bien definidos: quienes emigran dentro de la región hacia Uruguay, Brasil, Argentina o Chile y quienes lo hacen hacia Estados extra regionales que poseen estándares de vida más altos.^{viii}

En los primeros años del siglo XXI, se mantienen algunos rasgos que marcaron la migración intrarregional en los últimos decenios, como ser el país de destino (Argentina) a donde llegan las corrientes migratorias cuantitativamente más significativas de la región, aunque también se advierten cambios en relación a la intensidad de estos flujos de personas debido fundamentalmente al debilitamiento del carácter atractivo que tuvo este país a lo largo de gran parte de su historia (CEPAL, 2002a). Cabe señalar que, además, se intensificaron los migrantes desde los Estados de la región hacia Estados Unidos, Canadá, Australia y la Unión Europea.^{ix}

En lo referente a las causales que provocan que las personas emigren resulta de mayor relevancia la evaluación de las potencialidades que presentan los países de destino en comparación con los de sus orígenes lo cual se refleja ante una falta de oportunidades y el deterioro de vastos sectores de la población que fueron producto de la implementación de políticas macroeconómicas desde la década del noventa y excluyeron a gran parte de la sociedad de los Estados acentuando, de este modo la propensión emigratoria en el Cono Sur movilizándose hacia fuera de la región, vg. en Argentina la

crisis económica del 2001 ha sido causa fundamental que se elija la emigración de aquellos grupos sociales que pudieron realizarlo.

2. MIGRACIONES INTERBLOQUE

Es menester destacar que se afianzan los movimientos de personas entre Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay modificándose uno de los criterios del patrón migratorio: la composición, que ha dado lugar a un incremento significativo de la inmigración regional en el total de la población nacida en el extranjero.^x

Los principales Estados elegidos del MERCOSUR: Argentina y Brasil, sobretodo van a ser provenientes de Paraguay y Bolivia, principalmente por la calidad de vida conjuntamente con el factor económico, debido a que son los Estados con menores ingresos comparativamente con los demás países del bloque.^{xi}

El territorio de la región se constituye en un escenario en el que una parte creciente de sus nacionales se moviliza en función de un conjunto de mecanismos que actúan sobre los mercados de trabajo (locales, zonales, regionales y nacionales), generando sectores de población proclives a desplazarse hacia lugares en donde se vislumbran mayores oportunidades de empleo. En muchas circunstancias, estos procesos se ven facilitados y potenciados por las redes sociales y migratorias que unen a los lugares de origen y destino.^{xii}

Actualmente con los procesos de integración es más sencillo el desplazamiento ya que la libre circulación de personas permite que emigren a los “Estados más desarrollados” del bloque, hecho que es importancia significativa para el MERCOSUR ya que durante las últimas décadas no sólo ha aumentado en flujo migratorio entre los Estados partes del MERCOSUR sino que también se producen mayormente de manera ilegal.

La problemática que acarrearán las migraciones no es simple de solucionar para la Comunidad Internacional, las fronteras de los países se ven constantemente afectadas por los canales ilegales de inmigración, los mismos producen diferentes sucesos que empeoran aún más la situación no solo de los países sino de los individuos que migran. Sin embargo, la comunidad internacional no sólo ha tenido que afrontar estas problemáticas, sino que también la migración internacional es víctima de una manipulación estratégica por parte de países receptores para diversos fines, como ser: la ocupación armada, el asentamiento de bases militares, entre otros tantos. Obviamente, estas

actividades persiguen satisfacer el interés nacional, esto es, tienen por finalidad obtener algún rédito, sea este de carácter económico, político y/o bélico.

3. LAS NUEVAS AMENAZAS A LA SEGURIDAD DE LOS ESTADOS

En la década de 1990 comenzó a forjarse una concepción en donde la guerra y sus efectos empezaban a ser parte del discurso al desarrollo. Esta nueva forma de entender la seguridad y el desarrollo se encuentra representada en las declaraciones políticas de las instituciones financieras internacionales, organizaciones intergubernamentales, de los gobiernos donantes, agencias de Naciones Unidas, de las organizaciones no gubernamentales (ONG) internacionales e importantes compañías privadas. Además ha impactado en lo que se refiere a asistencia humanitaria, resolución de conflictos y reconstrucción post bélica. Manuel Castells asegura que el capitalismo mundial ya no funciona basándose en la expansión y la incorporación sino que emplea una nueva lógica de consolidación y exclusión.^{xiii}

Una de las mayores preocupaciones que poseen los Estados en materia de seguridad es el cambio de paradigma que posee la misma ya que hay diversos factores que confluyen para la preocupación de los mismos entre ellos figura el deterioro medioambiental el cual conlleva a migraciones tempestivas y para lo cual no se encuentran preparados para afrontar dichos sucesos. Este tipo es la llamada “migrantes medioambientales”, siendo los mismos una de las nuevas categorías de personas que emigran, aunque no voluntariamente. Por ejemplo África aparece, según diversos estudios, como la región más propensa a sufrir el impacto del cambio climático, lo que sumado a que este continente se caracteriza por su pobreza extrema, las guerras civiles, y las enfermedades endémicas entre otras, es de esperar una emigración masiva desde este continente; aunque se posee la gran incógnita es hacia donde se dirigirá.

La situación se complica aún más ya que una de las consecuencias de este azote será también la aplicación de las instituciones de asilo o de refugiados: “los refugiados ambientales”.

Es imprescindible examinar la interdependencia de ciertos factores críticos como ser: el crecimiento de la población y su probable redistribución, la producción de alimentos, la industrialización, el agotamiento de los recursos naturales no renovables, el nivel máximo tolerable de contaminación, la evolución probable del cambio climático y sus consecuencias en el campo psico-social, político, económico, científico-tecnológico y militar.

El informe “In search of Shelter” (En busca de un refugio), establece que “en el futuro será difícil separar las migraciones motivadas por factores políticos o económicos de las derivadas de catástrofes naturales causadas por el cambio climático, desplazamientos que, por lo demás, ya existen ahora”.

4. MARCO REGULATORIO DE MIGRANTES EN EL MERCOSUR

Cabe señalar que los procesos de integración conllevan, quieran o no, migraciones por poseer factores sociales compartidos aunque existen otros elementos que entorpecen –la ilegalidad, el recelo hacia los extranjeros-. Sin embargo, las transfronterizas conforman una evidencia de la historia en Latinoamérica como así también de la integración regional, característica compartida con la Unión Europea.

Unos de los principales problemas de estos procesos es la libre circulación de personas ya que confluyen circunstancias que provocan cierta incertidumbre y que deben regularse de manera que no afecten a los estados partes como ser la seguridad, el turismo, el transporte y los mercados laborales. Es dable resaltar que en comienzo estos temas fueron tratados bilateralmente, aún antes de la conformación del MERCOSUR, aunque se profundizan en la década de 1990 tanto a nivel Internacional, Americano pero sobre todo a nivel Interbloque.

El aumento de los migrantes ha modificado políticas macroeconómicas y en los mercados laborales de los Estados receptores produciendo cambios en el proceso de integración específicamente en el plano económico.

Con el correr de los años se enfatiza la necesidad, que presentaba el MERCOSUR y otros procesos de integración regional, de defender los Derechos Humanos de los migrantes. En un principio se establecía que la movilidad de los factores eran sólo de Norte a Sur, por lo que se plantea la necesidad de desarrollar nuevos regionalismos: el llamado MERCOSUR ampliado.

5. LA SEGURIDAD EN EL MERCOSUR

Cabe señalar, que el bloque posee una zona geográfica, la cual se presenta como una dificultad de envergadura: la gran permeabilidad de las fronteras que siempre se padeció con deficientes controles y principalmente en la llamada triple frontera-Argentina, Brasil y Paraguay-. Es sabido que la misma ha sido foco de investigaciones por diversas agencias de distintos Estados no

pertenecientes al bloque por presunciones que en la zona se encontraban terroristas, narcotraficantes, tráfico de personas con fines de trata de personas y de venta, entre otras causales.

Es sin duda es un problema de relevancia que aqueja al bloque, por eso es que el MERCOSUR firma el Acuerdo de Recife (decisión CMC 04/00) sobre control de fronteras y su protocolo adicional (decisión CMC 05/00) para poder poseer una mayor vigilancia de las mismas: sobre cuestiones controles migratorios, sanitarios, productos. También se establecen los horarios de atención (resolución GMC 77/99). Existen diversas decisiones y resoluciones provenientes del Consejo del Mercado Común (CMC) para optimizar los controles.

Además se firma acuerdo Marco sobre Cooperación en Materia de Seguridad regional la (Dec. CMC N° 16/06) entre los miembros originarios, Colombia, Ecuador, Venezuela, Perú, Chile y Bolivia.

A pesar de los esfuerzos realizados por parte de los Estados, continua padeciendo la región la permeabilidad de sus fronteras estableciéndose tareas conjuntas entre el MERCOSUR originario con Chile y Bolivia, sobre todo en materias tan vulnerables como el tráfico de personas; narcotráfico, terrorismo, contrabando; robo de automotores; crimen organizado; ilícitos ambientales; migraciones; delitos económicos y financieros.

6. TRAFICO DE PERSONAS Y TRATA DE PERSONAS

En lo que atañe al **tráfico ilegal de personas**, se realizan de manera conjunta diversas acciones tendientes a erradicar hechos que lamentablemente se ve casi cotidianamente: Venta de bebés, niños y adultos (éstos generalmente con fines de esclavitud sexual) por lo que se acordó intensificar los controles tanto de fiscalización policial y sobre todo un exhaustivo control de documentación de menores. Dichas medidas se encuentran intensificadas en todas las fronteras.

En lo que se refiere al control del **tráfico ilícito de migrantes**, en un gran porcentaje de personas ingresan ilegalmente siendo su mano de obra es mucho más económica. Cabe resaltar la existencia de la decisión CMC N° 37/04 que busca intensificar las acciones tendientes a prevenir, detectar y penalizar para combatir este tipo de migración.

Al observarse que este flagelo continuaba -y podría establecerse que se ha intensificado- se realiza la Declaración Presidencial en 2008 Sobre la Directiva de Retorno, donde los miembros y asociados del MERCOSUR manifestaron su firme compromiso con la promoción y respeto de los derechos

humanos de emigrantes y familiares no distinguiendo la condición de migración, origen, género o edad, formularon el rechazo de sancionar la migración irregular –especialmente en sectores más vulnerables- reivindicaron el aporte social, cultural y económico que han realizado los emigrantes del MERCOSUR con destino diversos Estados de la Unión Europea por lo que objetaron la aprobación de la “directiva de retorno” con el fin de promover el retorno voluntario de los inmigrantes ilegales que aprobó la Unión Europea por lo que le plantearon reforzar el dialogo y la cooperación internacional tendiente a minimizar los motivos que provocan las migraciones promoviendo el desarrollo de los países de origen, facilitar la inclusión de los emigrados y establecer condiciones favorables para que se produzca el retorno voluntario. Destacaron que sólo el justo reconocimiento por parte de los países desarrollados de la reciprocidad histórica en materia de migraciones garantizará.

Producto del tráfico ilegal de personas se produce inevitablemente: la **trata de personas** que va desde niños, adolescentes y adultos tanto con fines de explotación sexual, comercial y laboral. Adosado a lo expuesto es menester resaltar que dichas personas también constituyen el centro más débil y de fácil acceso para aquellos que se dedican a este “tipo de comercio” lo cual constituye un indicador del incremento del número de mujeres migrantes en las últimas décadas. Por lo que, los estados del bloque, teniendo presente el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, han realizado diversas acciones con el fin de erradicar este grave flagelo, a saber: Decisión CMC N° 12/06 (campaña de información y prevención del delito de trata de personas); recomendación CMC N° 03/08 (campaña de concientización de la trata de niñas, niños y adolescentes).

7. REGULACION PARA EL TRABAJO DE MIGRANTES EN EL MERCOSUR

Cabe señalar en este punto que el tema migratorio ha variado internamente en el MERCOSUR ya que desde la firma del Tratado de Asunción hasta el 31 de diciembre de 1994 coexistía el acuerdo político de incluir a las migraciones en la definición de libre circulación de personas de manera general como así también de los trabajadores. Pero con la firma del Protocolo de Ouro Preto se esfuma como prioridad la libre circulación de trabajadores como un problema de política internacional y multinacional hacia la antigua idea de las migraciones laborales tradicionales, o sea restringiéndola al ámbito nacional.

En el marco de mejorar las condiciones de vida de los trabajadores de la región se han realizado a nivel del bloque diversas medidas tendientes a la consecución de ese fin como así también lo establecido en el Tratado de Asunción, en 1998^{xiv} los cuatro Presidentes acordaron diversos principios que deben aplicarse en las relaciones sociolaborales, entre los que pueden citarse: el de *no discriminación* (al trabajador se le debe garantizar la igualdad efectiva de derechos, de trato y oportunidades según lo establecido normativamente); *trabajadores, migrantes y fronterizos* (debe garantizarse los mismos derechos y condiciones que los reconocidos para los nacionales de conformidad con la normativa interna de cada estado. Los miembros del bloque se obligan a establecer normas comunes en lo referente a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y mejorar la calidad de vida y oportunidades de trabajo); *libertad de asociación; fomentar el empleo; protección de los desempleados; formación profesional y desarrollo de recursos humanos; salud y seguridad en el trabajo tanto física como mental.*

Con la mencionada Declaración y con el objetivo de optimizar las condiciones de los trabajadores, surge la Recomendación CMC N° 01/05^{xv} donde se exhorta a los Estados verifiquen determinadas condiciones generales de trabajo, las cuales se verán plasmadas en la Decisión CMC N° 32/06^{xvi} en la que se establece que se deberá verificar el cumplimiento de las condiciones mínimas en lo que respecta al trabajo, entre las que puede citarse: Registro de los trabajadores de acuerdo con la documentación laboral exigible y en los organismos de seguridad social correspondientes; Cumplimiento de la normativa que regula la jornada de trabajo legal o convencional; Condiciones de Higiene y Seguridad, entre muchas otras, con el objetivo de mejorar las condiciones del trabajador. Conjuntamente con la citada, en año anterior se establece la recomendación CMC N° 02/05^{xvii} en donde se les recomienda a los Estados partes que cumplan con el Convenio N° 81 (OIT)^{xviii} y la adopción de ciertos requisitos mínimos para poder ser inspector de trabajo.

A través de la Recomendación CMC n° 03/09^{xix} se plantea la reestructuración del trabajo rural familiar, tornándolo humanamente sustentable desde el punto de vista de la salud como así también de la ayuda técnica-productiva y económica.

La Declaración Socio- Laboral del MERCOSUR, también contempla que los miembros del bloque deben eliminar el trabajo forzoso, obligatorio y servidumbre como así también el trabajo infantil y de menores estableciéndose la edad mínima para la admisión en el trabajo será lo establecido en cada Estado, pero no puede ser inferior a aquella que cesa la escolaridad obligatoria como también deben poseer todo lo necesario para que sea un trabajo saludable. Aseverando lo dicho en el 2002 se realiza en el MERCOSUR la Declaración Presidencial sobre Erradicar el Trabajo Infantil y, basándose en ésta se establece la Resolución GMC N° 36/06^{xx} donde se crea una unidad ejecutora

del Plan Regional cuya responsabilidad es coordinar, planificar y evaluar todas las acciones de prevención y erradicación del trabajo infantil.

En lo que respecta a la **seguridad social**, el primer instrumento existente es la decisión CMC N° 19/97^{xxi} en donde se establece la obligación de reconocer a los trabajadores migrantes y familiares los mismos derechos que a los nacionales debido a que el fin de la decisión es facilitar la circulación de los trabajadores, también se aplica a aquellos que posean cualquier otra nacionalidad siempre que hayan prestado servicios en algún estado parte, sometiéndose en el Estado donde preste sus servicios. Los aportes previsionales realizados en un Estado parte deberán reconocerse en otro a la hora de otorgarse las prestaciones por invalidez, edad avanzada, vejez o muerte. Además debe garantizarse una red mínima de amparo social sin discriminación.^{xxii}

8. TRABAJADORES MIGRANTES

El deterioro del mercado laboral en Sudamérica tanto por la contracción de empleos o por la baja calidad de los mismos, influyó negativamente en gran parte de los trabajadores nacionales y migrantes.

Debido a las amplias fluctuaciones de la economía, se han engendrado diferencias entre los mercados laborales de los distintos países de la región. Sin embargo, existe en todos estos la propensión hacia el incremento del desempleo, la desprotección del trabajador y la baja calidad en la obtención de un trabajo. Desde esta lógica, el proceso migratorio se encontraría determinado por los períodos de ampliación y contracción de las economías nacionales.

Sin embargo, la realidad parece ser otra. Los destinos elegidos son: Argentina^{xxiii} y Uruguay^{xxiv} si bien presentan un alto grado de desocupación producto de diversas modificaciones económicas, incrementándose el sector terciario deteriorándose la industria pero no equilibrándose el mercado laboral y acentuándose la desocupación, informalidad laboral y la subocupación; Paraguay^{xxv}; Chile.^{xxvi}

La población que inmigra hacia los miembros del MERCOSUR es mayormente femenina ya que los mercados de los mismos se basan en una fuerte fragmentación de la fuerza de trabajo, adquiriendo el sector terciario una importancia que va en crecimiento por lo que el mismo recepta la gran parte de la población económicamente activa aumentando, de manera significativa y dado, que las mujeres desempeñan estas tareas, sus posibilidades de poseer un mejor trabajo han ido en aumento.

9. INFLUENCIA EN LOS PAISES DE ORIGEN Y RECEPTORES

La emigración de personas que presentan altos grados de instrucción y calificación posee un grave efecto negativo en sus **países de origen**, constituye una pérdida de recursos humanos y consiguientemente una notable descapitalización, por tanto en países en desarrollo caería la especialización en la división del trabajo, generando un vacío intelectual. No obstante cabe resaltar que podría establecerse que el envío de remesas que realizarían éstos, cooperaría para poseer consecuencias positivas si bien existen dudas sobre la utilización de las mismas. Aunque puede afirmarse, según diversos estudios, se utilizan para gastos de consumo e inversión.

En referencia a **la influencia que se producen en los Estados Receptores**, es dable resaltar que la preponderancia que poseen en el mercado de trabajo es casi ínfimo debido al hecho que los empleos, remuneraciones y condiciones de contratación -sobre todo en lo referente a la protección social- que presentan los mismos son aquellos que se encuentran entre los más bajos de la gradación socioprofesional encontrándose afuera de los marcos normativos vigentes realizando trabajos en servicios, comerciales, construcción y agrícolas en inestables situaciones, agravándose con la informalidad laboral que afectan de mayor manera a éstos. Por ende, puede afirmarse que su situación ha decaído, especialmente en los últimos años, incrementando y acentuando la desigualdad que presentan los trabajadores inmigrantes de los nacionales.

Si se presenta en la sociedad mayor desocupación en el grupo de inmigrantes que los nacionales se refleja claramente que se está frente a una condición de exclusión por ser foráneo y la existencia de un grupo de empleos que se encuentran reservadas para ellos independientemente de sus cualidades individuales. Sin embargo, en la generalidad de los casos no se observa una acentuada exclusión de su fuerza de trabajo pero sí se produce la exclusión por no acceder a una buena calidad laboral – tanto económica como institucional-, intensificándose cuando la migración no es legal.

Es importante considerar como es **mirada la inmigración por parte de la sociedad receptora**, la misma se ve en gran parte influenciada por la pertenencia a un determinado grupo étnico (nacionalidad) adosado a la condición de foráneo. Lo dicho no sólo provoca la exclusión social de los mismos sino que configura un motivo congruente para entender cabalmente el estrato que ocupa en esas sociedades ubicándolos en una posición desventajosa.

Conjuntamente a lo dicho, quienes comparten espacios sociales con el que es natural, los inmigrantes afrontan enormes dificultades debido a actos discriminatorios o de menosprecio, máxime cuando la apreciación de la mayoría éstos se desplazan por carencias que poseen

implantándose en otra sociedad, incumpliendo la normativa de la misma y abiertos a adquirir el trabajo que se les presente.

Es moneda corriente la proclama que realizan las sociedades con el fin de evitar el ingreso de nuevos migrantes hacia sus estados fomentando la construcción de representaciones vejatorias de los mismos favoreciendo la inclusión diferenciada respecto de los nacionales.

10. RESIDENCIA Y CIUDADANIA

RESIDENCIA EN OTRO ESTADO DEL BLOQUE

Producto del progreso de la libre movilidad es llevado a cabo por los miembros en el 2002 se firma el Proyecto de Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Países Partes del MERCOSUR.

El procedimiento para ser residente legal en otro Estado miembro es absolutamente burocrático debiendo presentar la documentación requerida ante la autoridad competente (Consulado del receptor, si se está en su país de origen, migraciones, si ya se encuentra en dicho Estado), será en principio temporaria (dos años) pudiendo convertirse en definitiva. Al adquirirla poseerá los mismos derechos y libertades que un nacional así mismo en el ámbito laboral se deberá darle igual trato, especialmente en remuneración, condiciones de trabajo y seguro social.

CIUDADANÍA EN EL MERCOSUR

Como punto de partida cabe señalar que el MERCOSUR, creado por el Tratado de Asunción, poseía como el fin de regular cuestiones netamente comerciales^{xxvii} y tendientes a cuestiones aduaneras. Posteriormente se ha ido avanzado en lo referente al libre tránsito de bienes, servicios y personas intrabloque como así también afianzar cuestiones sobre el mantenimiento de la democracia como pilar fundamental. Recién para el 2005 comienza a delinearse un intento de poder fomentar un cierto sentido de pertenencia al bloque de la ciudadanía de cada Estado Parte y asociados^{xxviii}. El Parlamento, según lo establecido, se completará la segunda fase de transición el 31 de diciembre del corriente año en donde los ciudadanos votaremos conjuntamente en todos los Estados Miembros a los Mercoparlamentarios.^{xxix} Sin embargo no puede hablarse de una ciudadanía del bloque sino que por el contrario se sigue manteniendo la distinción entre los Estados Miembros del bloque: “Es propósito del Parlamento: 1) representar a los pueblos del MERCOSUR, respetando su pluralidad ideológica y política”^{xxx}; realizando dicha votación sería la primera vez que la Ciudadanía participará del proceso de integración.-

Para reafirmar lo anteriormente dicho es dable mencionar que se firman diversos acuerdos con el mero fin comercial^{xxxii}, de colaboración en materias jurídicas y educativas. En la década comenzada en el 2010 se amplían los miembros del MERCOSUR-en calidad de plenos o adherentes-. Cabe resaltar que sigue caracterizándose por ser netamente gubernamental y el proceso se ha estancado Sin embargo, a pesar de lo dicho la sociedad civil organizado ha intentado abrirse camino para poder participar –especialmente influir- en el proceso, hecho no sólo complejo por las características mencionadas sino también por los temas que le ocupan, alejados de los temas propios de las organizaciones sociales o problemas del ciudadano común.

Es menester resaltar, en diciembre del 2010 se aprueba un Plan de Acción tendiente a la Creación del Estatuto del Ciudadano del MERCOSUR, más precisamente el llamado MERCOSUR Social, que se terminará de concretar en 10 años con el fin de establecer una serie de derechos pero por sobre todo establecer la idea de pertenencia al bloque, estableciéndose distintas medidas tendientes a que el objetivo primigenio del MERCOSUR sea *“consolidar la integración política, económica y social entre los países que lo integran, fortalecer los vínculos entre los ciudadanos de los países miembros, a fin de mejorar su calidad de vida, incorporando en su marco al sector productivo para incrementar su competitividad a nivel regional e internacional”*^{xxxiii}

Por todo lo expuesto, lejos se encuentra el MERCOSUR de poseer un concepto de ciudadanía propiamente dicha como bloque.

B. LA UNION EUROPEA

Ciudadanía Europea

Es cierto que no existe mención alguna acerca de la ciudadanía europea en el Tratado inicial de la Comunidad Europea. Podemos sin embargo hablar de una especie de "ciudadanía europea" surgida en la historia temprana de la CE al reconocer el principio de libre circulación (de personas y de establecimiento, en particular), inicialmente vinculado al objetivo económico de estrecha vinculación con el mercado común.^{xxxiii} Los trabajadores, en un principio concebidos como meros factores de producción sea por cuenta propia, prestadores y destinatarios de los servicios, poco a poco son reconocidos sino como seres humanos que se benefician de los derechos positivos en virtud de la legislación comunitaria. En palabras del por entonces Abogado General (AG) Trabucchi en *F v Belgium (7/75)*: "el trabajador migrante no es considerado por el Derecho comunitario como una mera fuente de trabajo, pero es visto como un ser humano." Partiendo de una integración

negativa y en el marco conjunto de una ciudadanía de y para el mercado resultante de la integración más positiva, se vislumbran desde el comienzo pasos concretos hacia la creación de una ciudadanía europea más plena.

Un momento de avance para la creación de ciudadanía europea fue el Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política que precedió a la adopción del Tratado de la Unión Europea en Maastricht. En septiembre de 1990, el gobierno español presentó una propuesta denominada "El camino a la ciudadanía europea."

El Tratado de la Unión Europea (TUE) de 1992 señala el paso de la Comunidad Económica Europea a una entidad con orientación más política como la Unión Europea (UE). En otras palabras, la UE estaba destinada desde el inicio a tener una nueva política comunitaria, en particular entre los Estados Miembro (EM) el pueblo de los EM. De allí que la ciudadanía es parte integral de los esfuerzos para crear una "Europa de los ciudadanos", para que la UE resulte estar más cerca de los individuos en los EM, y en consecuencia ayudar a dar a la UE una nueva dimensión política. El mismo art. 3 del TUE es claro al expresar que la Unión se fijó el objetivo de reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de los EM a través de la ciudadanía. La expectativa detrás del articulado es que el ejercicio de los derechos ciudadanos contribuiría a forjar la identidad de la Unión.

Según el art. 20(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se crea la ciudadanía de la Unión. De esta forma, toda persona que ostente la nacionalidad de un EM será ciudadano de la Unión. Para ser más claro, la ciudadanía será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional (añadido por el Tratado de Ámsterdam). Por lo tanto, para ser ciudadano de la UE uno debe primero ser nacional de algún EM. Ergo, la determinación de la nacionalidad es de competencia exclusiva de cada uno de los EM — **Micheletti (C-369/90)**. En otras palabras, la ciudadanía europea es parasitaria, en el sentido que complementa y no sustituye la ciudadanía nacional.

El art.20 (2) TFUE establece que los ciudadanos de la UE disfrutan de una serie de derechos y están sujetos a las obligaciones establecidas en los Tratados. Entre otros, los ciudadanos de la UE gozan de una serie de derechos políticos, civiles y socioeconómicos. Algunos de ellos figuran en los arts .21-24 del TFUE, otros en la legislación secundaria que se adopten en virtud del art.25 del TFUE.

El presente artículo demuestra que las disposiciones escritas en los Tratados respecto de la ciudadanía europea no agregan nada sustancial a los derechos comunitarios que ya existen en la legislación de la Unión. De todas formas, como puede preverse, la Corte ha tratado de añadir a los

derechos de ciudadanía. Para ser más preciso, no ha sido suficientemente audaz en la interpretación del art. 21 del TFUE y el derecho independiente de la libre circulación. Pero, por otro lado, ha sido muy progresiva en la creación de un amplio derecho a la igualdad de los ciudadanos de la Unión en virtud del art. 18 del TFUE. De alguna manera, sin embargo, la Corte limitó el contenido de estas decisiones al entender que los EM tienen la capacidad de imponer condiciones objetivas sobre el acceso a los beneficios.

1) Las disposiciones respecto de ciudadanía incluidas en el Tratado de 1992 no aportan nada sustantivo a los derechos comunitarios ya existentes en el derecho de la UE

El art. 22 TFEU confiere derecho a votar y a presentarse a las elecciones municipales y las elecciones al Parlamento Europeo en las mismas condiciones que los nacionales de los EM. Sólo es practicable cuando un ciudadano de la Unión ejerce el derecho de libre circulación en otro EM. En este caso, la ciudadanía sólo es significativa si resulta en que los no-nacionales participan activamente y ejercen los derechos del art. 22 TFUE. El derecho de sufragio activo en las elecciones municipales y las elecciones al Parlamento Europeo son conferidos por la legislación nacional de los EM. Son muchas las preguntas que surgen: ¿Por qué no establecer normas uniformes sobre votación y presentarse como candidato, al menos para las elecciones europeas? ¿Por qué no conceder a los ciudadanos el derecho a participar en las elecciones nacionales, siendo que éstas son más significativas en la toma de decisiones políticas en los EM? ¿Por qué no desarrollar los partidos políticos europeos para que operen a nivel transnacional? ¿Qué sucede con el reconocimiento de los derechos de asociación y asamblea? ¿Qué postura debe tomarse con respecto al derecho a asociarse y formar partidos políticos que operen a nivel europeo para defender derechos?

El art. 24 TFEU confiere derecho de petición ante el Parlamento Europeo y para presentar quejas ante Defensor del Pueblo—i.e. ombudsman. El derecho de petición ante el Parlamento no es nuevo en el marco de la Unión. El derecho de petición ante el Parlamento y a quejarse ante el Defensor del Pueblo no son derechos inherentes exclusivamente a la condición de la ciudadanía de la UE, sino más bien un derecho general, incluso para los nacionales de terceros estados (NTE). En el caso de peticiones al Parlamento, los ciudadanos sólo actúan para la protección de los propios intereses. En el caso de quejas al Defensor del Pueblo, no hay necesidad de mostrar propios intereses afectados. El Defensor del Pueblo no está legalmente facultado para involucrarse en casos de mala administración llevada a cabo por las autoridades nacionales en la aplicación de la legislación comunitaria.

El art.23 TFEU confiere el derecho a la protección por parte de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier EM, en igualdad de condiciones que los nacionales de los EM, en el territorio de terceros países en el que el EM del cual el ciudadano de la UE es nacional no está representado. La asistencia es ofrecida en casos de fallecimiento, accidente grave, enfermedad, arresto, detención o cuando la víctima es objeto de los delitos violentos. Incluye socorro y la repatriación de los "ciudadanos en dificultades" de la Unión. El derecho a la protección diplomática no es general. El ciudadano no tiene derecho a la protección de todos los EM en cualquier tercer país. Sólo a la protección cuando el propio EM no está representado. De esta manera, el artículo se aplica en un número muy limitado de situaciones. Asimismo, ha requerido la negociación de acuerdos entre EM individualmente y terceros países.

El art.21 (1) TFUE: "Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones establecidas en el presente Tratado."

Coincidentemente con lo expresado en párrafos anteriores, O'Keefe (1994)^{xxxiv} ha dicho que las disposiciones sobre ciudadanía incluidas en Maastricht no agregan sustancialmente a lo que ya existe en el Derecho Comunitario o de la Unión. De hecho, reiteran derechos existentes (libertad de circulación y residencia, y el derecho de petición ante el Parlamento). O se generalizan los derechos ya existentes, aunque de manera desigual, en las leyes nacionales de los EM (sufragio activo y derechos en las elecciones europeas y locales). Se incluye el nuevo derecho de protección diplomática y consular (ya previsto en el Convenio Europeo de Funciones Consulares 1967). También se incluye el nuevo derecho de queja ante el Defensor del Pueblo. Al igual que el derecho de petición, se comparte efectivamente con NTE, y por lo tanto no es realmente distintivo de la condición de ciudadano de la Unión. .

Es cierto que la Corte ha intentado añadir a los derechos de ciudadanía a través de su interpretación casuística. En relación a este punto Clossa (1992)^{xxxv} sostiene que "[e]l concepto de ciudadanía de la Unión encarnado por el TUE ha formalizado o constitucionalizado ciertos derechos ya existentes en el ámbito comunitario; ha introducido algunos nuevos derechos y, sobre todo, ha proporcionado una base sólida para una nueva ampliación del catálogo de los derechos vinculados a la ciudadanía."

De suyo, O'Keefe (1994)^{xxxvi} mantiene que "[l]a importancia del TUE y las disposiciones sobre ciudadanía no reside en su contenido tanto como en la promesa que éstas traen consigo para el futuro. El concepto es dinámico, capaz de ser añadido o reforzado, pero no disminuido ... La Corte

podrá modelar las garantías constitucionales de las disposiciones sobre ciudadanía a través de su jurisprudencia."

El AG Leger en **Boukhalfa (C-214/94)** sostuvo que "[c]orresponde a la Corte asegurar que el pleno alcance de la ciudadanía sea logrado."

De la lectura del catalogo de derechos incluidos en los artículos del TFUE y de las opiniones recién revisadas podemos entrever, por lo tanto, que se reconoce que las disposiciones existentes respecto de la ciudadanía son minimalistas y no añaden nada sustancial a los derechos existentes de la Unión. En consecuencia, corresponde a la Corte crear más sustancia en lo que hace a ciudadanía así como también la creación de nuevos derechos.

2) ¿Hasta donde el art. 21 (1) TFEU concede un derecho directamente eficaz e independiente a la libre circulación?

En **Wijensbeek (C-378/97)**, el AG Cosmos expresó que el art. 21(1) TFEU tiene autonomía jurídica y es mucho más que una simple declaración no vinculante de las disposiciones vigentes del Derecho comunitario primario y secundario. El derecho contenido en el mismo, de acuerdo con la letra y el espíritu del Tratado, era "original, vinculante y fundamental" respecto a su naturaleza, expresada en términos constitucionales y inextricable de la meta de alcanzar el mercado común o cualquier otro objetivo económico. Según AG Cosmos, "el art. 21 TFEU consagra el derecho de un tipo diferente, un verdadero derecho de circulación, derivado de la condición de ciudadano de la Unión, que no es subsidiario en relación con la unificación europea, ya sea económica o no." Por otra parte, en su opinión, su preciso e incondicional carácter no se vio comprometido por estar atado a las condiciones impuestas a la libre circulación de las personas en otras partes del Tratado puesto que tal visión reduccionista siempre tiene que traducirse en falta de efectividad de la prestación y la negación del derecho fundamental a la ciudadanía.

El AG creyó que el art. 21 (1) TFUE contenía el derecho fundamental a la libre circulación de ciudadanos de la Unión, independientemente de las disposiciones de libre circulación existentes relativas a la consecución del mercado común. Sin embargo, esto sólo fue persuasivo y constituyó un dictamen no vinculante. De hecho, esta postura no fue adoptada por la Corte de Justicia en los casos siguientes.

En **Baumbast (C-413/99)**, un nacional alemán fue trabajador en el Reino Unido hasta 1995. En 1995, al jubilarse, solicitó la renovación del permiso de residencia, pero éste le fue rechazado por el

Ministerio del Interior. La razón principal fue que ya no era un trabajador en el país ni era capaz de cumplir con las condiciones de derecho general de residencia en virtud de la Directiva 90/394 [actualmente derogada y sustituido por las disposiciones de la Directiva 2004/38 art. 7 (1) (b)]. Para mayor ilustración, el ciudadano alemán contaba con recursos suficientes, pero carecía de seguro de enfermedad.

La Corte sostuvo, por un lado, que el derecho a residir en otro EM ha sido otorgado directamente a todo ciudadano de la UE por "disposición clara y precisa" del Tratado. De alguna manera insinuado que el ciudadano de la Unión podría depender de este derecho directamente, y era un derecho fundamental de la ciudadanía de la Unión.

Sin embargo, la Corte, por su parte, también declaró que este derecho se otorga sujeto a condiciones y limitaciones establecidas en el Tratado en otros lugares. Asimismo, dejó en claro que estas condiciones están sujetas a su propia interpretación del derecho fundamental a la libre circulación. En otras palabras, las condiciones han de interpretarse a la luz del principio de proporcionalidad.

"El derecho a residir en el territorio de los Estados miembros en virtud del art.18 (1) CE (ahora art. 21 (1) TFUE) ... se reconoce directamente a todo ciudadano de la Unión por una disposición clara y precisa del Tratado de la CE (actualmente, del TFUE). Puramente, como nacional de un Estado miembro, y en consecuencia, un ciudadano de la Unión, el Sr. Baumbast, por tanto, tiene el derecho a invocar el artículo 18 CE (1) (ahora art. 21 (1) TFUE)."

Sin embargo, la Corte reconoció que el derecho directamente aplicable concedido en virtud del art. 21 (1) TFUE (ex art.18 (1) CE) estaba condicionado a las limitaciones y condiciones establecidas en el Tratado y el derecho derivado.

Este fue el primer pronunciamiento de la Corte, aparentemente tratando de colocar el derecho fundamental a circular y residir libremente en toda la Unión por encima de las consideraciones puramente económicas. Sin embargo, aunque a primera vista parezca que la Directiva 90/394 y otras disposiciones primarias como el art. 45 TFUE están subordinadas a los efectos del derecho contenido en el art. 21 TFEU, y parezca atribuirle efecto directo, la esencia de esta parte de la decisión fue que el derecho contenido en el art. 21 (1) TFUE puede ser ejercido y aplicado a través de esas disposiciones, de conformidad con los principios generales del derecho de la Unión, en particular el de proporcionalidad.

En base a los hechos del caso, la Corte sostuvo que para rechazar el derecho de residencia a Baumbast que le confiere directamente el art. 21 (1) TFUE, a través de la aplicación de la Directiva 90/364, en un terreno que su seguro de enfermedad no cubre el tratamiento de emergencia en el Reino Unido sería una "interferencia desproporcionada" con el ejercicio de este derecho fundamental. La Corte, por lo tanto, efectivamente decidió que no había derecho a la libre circulación con arreglo art. 21 (1) TFUE a través de la Directiva 90/364 y que esto estaba sujeto a los principios generales del derecho de la Unión.

A pesar del pronunciamiento de la Corte sobre la atribución directa del derecho en virtud del art. 21 TFUE, cabe preguntarse si el art.21 (1) TFUE tenía en realidad efecto directo en sí mismo. Se puede decir que preveía un derecho fundamental a la libre circulación cuando se combina con otras disposiciones (por ejemplo, efectos del art. 45 TFUE, art. 49 TFUE, la Directiva 2004/38 hoy en día) del derecho de libre circulación. El ejercicio de este derecho fundamental requiere que dichas disposiciones deben interpretarse a la luz del principio de proporcionalidad. (fíjate el enter)

En **Olazbal (C-100/01)**, la Corte siguió esta línea interpretativa. En **Stylianakis (C-92/01)** sostuvo que el derecho de circulación y de residencia del art. 21 TFUE está sujeto a las limitaciones y condiciones establecidas en el Tratado y la legislación secundaria. La Corte, con la aplicación de normas de la Unión existentes y más específicas, encontró que no había, de hecho, necesidad alguna de interpretar el significado y efecto del art. 21 TFUE, reforzando así la contingencia y la dependencia del derecho contenido en el mismo a otras disposiciones del Tratado y la legislación.

Sin embargo, estos casos dejan de afirmar la posición de "compromiso" que se ofrece en Baumbast; que el art. 21 (1) TFEU contiene el derecho claro y fundamental a la libre circulación, pero que está sujeto a las limitaciones y condiciones, interpretado a la luz del principio de proporcionalidad. En otras palabras, no haber interferencia desproporcionada en el ejercicio del art. 21 (1) TFUE en la interpretación de las condiciones de la libre circulación.

Desde Baumbast y los casos posteriores de **Zhu y Chen (C-200/02)**, **Trojani (C-456/02)** y **Comisión v Bélgica (C-408/03)** parece, sin embargo, que el art. 21 TFUE no constituye un derecho incondicional e independiente de efecto directo a la libre circulación. Si bien la libre circulación de acuerdo con la Corte puede constituir derecho fundamental de ciudadanía de la Unión en virtud del art. 21 TFUE, conferido directamente a los ciudadanos de la UE, sólo podrá ejercerse en relación con lo dispuesto en otras partes del Tratado y del derecho derivado (por ejemplo, efectos del art.45 TFUE, la Directiva 2004/38, etc.), a la luz del principio de proporcionalidad. Por lo tanto, no parece haber derecho de libre circulación incondicional para aquellos que son económicamente inactivos

(aunque siendo ciudadano de la Unión se tiene derecho de residencia permanente en virtud del art.16 Directiva 2004/38 después de la residencia legal de 5 años, y todos los ciudadanos de la Unión tienen derecho de residencia en los EM por hasta 3 meses sin tener que cumplir con las condiciones económicas de acuerdo con el art.6 Directiva 2004/38). De esta manera, solamente parece ser adecuado para aquellos que puedan demostrar que son actores económicos dentro de la libre circulación de acuerdo a las disposiciones del Tratado y la legislación. Dicho esto, a causa de la aplicación del principio de proporcionalidad, el derecho de libre circulación existente está siendo interpretado de manera más flexible a fin que no se constituyan en obstáculos innecesarios al derecho fundamental a la libre circulación y de alguna forma las condiciones económicas adjuntas se suavizan.

Parece que, en ausencia de una más audaz y más activista Corte, el art.21 (1) TFUE no confiere derecho independiente a circular y residir. A pesar de la naturaleza fundamental del derecho contenido en el mismo y la proclamación de la Corte en el sentido que ha sido otorgado directamente a los ciudadanos de la Unión, debe aceptar el efecto parasitario del art. 21 (1) TFUE. En efecto, la Directiva 2004/38 fue una medida adoptada específicamente para el propósito de dar efecto legal al art. 21 (1) TFUE. La Directiva 2004/38, que regula el derecho a la libre circulación de ciudadanos de la Unión, condiciona el art. 21 (1) TFUE en base a consideraciones económicas (véase art.7 (1) Directiva 2004/38—i.e. derecho a la libre circulación de los trabajadores, por cuenta propia, los que tienen recursos suficientes, los estudiantes con recursos suficientes). Además, debido a que el art. 21 (1) T.F.E.U. está sujeto a limitaciones y depende de la Directiva para la ejecución, parece no satisfacer la prueba para tener efecto directo (es decir, constituir una provisión clara y precisa, e incondicional).

3) La Corte y la interpretación del artículo 18 TFUE

Resulta muy significativo que la Corte, en el periodo de activismo judicial y creatividad a partir de Martínez Sala y Grzelczyk, ha concedido a los ciudadanos de la Unión, en el ejercicio de su derecho a la libre circulación, el derecho de igualdad de acceso a todas las ventajas y beneficios que se relacionen al ejercicio de este derecho fundamental. La Corte ha desarrollado nuevo y comprensivo derecho de igualdad de trato entre ciudadanos de la Unión que se encuentran fuera de los términos formales de los arts. 21-24 TFUE. Es de hecho posiblemente el derecho más importantes que los ciudadanos de la Unión pueden invocar— resultado de la nueva era de activismo judicial emprendida por la Corte.

Martínez Sala (C-85/96): sobre la base del Derecho de la Unión podría un desempleado de nacionalidad española, con domicilio en Alemania, que tenía legalmente el derecho a residir allí, bajo una disposición de derecho internacional (en este caso, el Convenio Europeo de Asistencia Médica y Social), solicitar una prestación o beneficio social para hijos abierta exclusivamente a los nacionales alemanes y los extranjeros que tengan un permiso de residencia en Alemania, siendo que no tenía derecho a un permiso de residencia? La respuesta de la Corte fue un rotundo sí. ¿Cómo y por qué?

Primero, el mero hecho de su residencia legal, aquí bajo una disposición de derecho internacional, fue suficiente para dar fe de ejercicio de su derecho de libre circulación en virtud del art.21 TFUE. Esto la llevó dentro del ámbito de aplicación personal del Tratado.

Segundo, debido a esto, ella fue capaz de invocar el principio de no discriminación previsto en el art.18 TFUE, respecto a toda situación comprendida dentro del ámbito de aplicación material del Tratado. En lo que corresponde citar: "de ello se desprende que un ciudadano de la Unión... que resida legalmente en el territorio de los Estados miembros de acogida, puede confiar en el art.18 TFUE en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado."

El beneficio estaba comprendido en el ámbito de aplicación material del Tratado, ya que constituía una "ventaja social" con arreglo al art.7(2) Regulación 1612/68.

Como ciudadano de la Unión, que reside legalmente en un EM, Martínez Sala fue capaz de solicitar la prestación o beneficio, ya que entraba en el ámbito de la legislación de la Unión y fue, por lo tanto, sujeto al principio general de no discriminación previsto en el art. 18 del TFUE. El beneficio fue entendido como una "ventaja social" con arreglo al art.7(2) Reglamento 1612/68. N consecuencia, no tuvo que demostrar que ella era una trabajadora para reclamarlo; simplemente un ciudadano de la Unión que reside legalmente. En otras palabras, ser un ciudadano de la Unión que reside legalmente le permitió reclamar beneficios en igualdad con los nacionales alemanes.

Sin duda el efecto del fallo en Martinez Sala es muy importante pues otorga a cualquier ciudadano de la Unión que resida legalmente en otro EM el derecho general de no discriminación (por razón de la nacionalidad) en todas las situaciones comprendidas dentro del ámbito material del derecho de la UE.

En relación a este punto Kostakopoulou ha dicho que "[a]l poner ‘carne sobre los huesos de ciudadanía de la Unión Europea’, la Corte mostró su capacidad para fijar un nuevo sentido constructivo a la condición de ciudadanía de la Unión, anulando así los intereses de los Estados

miembros. Más importante aún, lo hizo al poner en duda el vínculo entre la existencia de la condición de ciudadano y de la actividad económica o de la autosuficiencia.”

En **Grzelczyk (C-184/99)**, encontramos un nacional francés estudiando en Bélgica. Anteriormente había trabajado allí. Solicitó el minimex, una renta mínima de subsistencia. Este beneficio estaba abierto a todos los nacionales belgas y para todos los ciudadanos comunitarios que calificaban como trabajadores. Las autoridades belgas le negaron la aplicación.

La Corte Europea, en cambio, decidió que Grzelczyk tenía derecho al ingreso mínimo de subsistencia basado en un razonamiento más amplio que el adoptado en Martínez Sala—un ciudadano de la Unión que reside legalmente en el territorio de acogida de otro EM (en este caso en virtud de la legislación de la Unión, un estudiante de acuerdo a la derogada Directiva 93/96) es capaz de utilizar el art. 18 TFUE en todas aquellas situaciones que sean de ámbito material de la ley de la Unión. En otras palabras "aquellas situaciones que impliquen el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado y las relativas al ejercicio del derecho a circular y residir libremente en otro Estado miembro."

Mientras que en Martínez Sala, la prestación en cuestión fue entendida dentro del ámbito material del Derecho comunitario, ya que era una "ventaja social" en el Reglamento 1612/68, en Grzelczyk, la razón por la que el beneficio entra en el ámbito de aplicación material de la legislación comunitaria se debe a alguna relación/vínculo material con el ejercicio de su derecho fundamental a desplazarse y residir en otro EM.

Siguiendo Grzelczyk, parece que un ciudadano de la Unión que reside legalmente en otro EM, ya sea en virtud de las disposiciones del Derecho nacional, europeo o internacional, ha ejercido el derecho de libre circulación en virtud del art. 21 TFUE. Él/ella entra en el ámbito personal o legislación de la UE.

Como resultado, él/ella puede basarse en el art. 18 TFUE, un derecho general de no discriminación respecto a los nacionales, para reclamar todas aquellas ventajas que caen dentro del ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión—es decir, las ventajas que están relacionadas a su derecho fundamental a la libre circulación y residencia en otro EM.

En **Collins (C-138/02)**, observamos a un buscador de empleo irlandés en el Reino Unido. Su reclamación de subsidio de desempleo fue denegada por las autoridades británicas en base a que no contaba con residencia habitual en el Reino Unido. De acuerdo con los hechos del caso, estaba

ejerciendo el derecho a buscar trabajo en virtud del art. 45 TFUE y **Antonissen (C-292/89)**, pero no había aún entrado en el mercado laboral.

La dualidad estaba dada por el hecho que Collins entró en el ámbito personal de la legislación de la UE, y el beneficio, en el ámbito material de la misma—se encontraba legalmente en el Reino Unido como buscador de empleo, y el beneficio estaba vinculado a su derecho fundamental a desplazarse y residir libremente en otro EM. Bajo el art. 18 TFUE, era capaz, a primera vista, de disfrutar de un mismo trato jurídico, con independencia de su nacionalidad, para reclamar este beneficio destinado a facilitar su acceso al mercado laboral.

Sin embargo, "el derecho a la igualdad de trato ... no se opone a una normativa nacional que supedita la concesión de un solicitante de empleo a un requisito de residencia, en la medida en que este requisito se justifique sobre la base de consideraciones objetivas (es decir, la necesidad de mostrar un genuin vínculo entre la persona que busca trabajo y el mercado geográfico laboral del Estado) que son independientes de la nacionalidad de las personas afectadas y proporcional al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional."

El condicionar el derecho a subsidio al requisito de residencia habitual en el Reino Unido parece suficiente para garantizar una verdadera relación entre la persona que reclama beneficios y el empleo en el mercado del EM. La condición se aplicó independientemente de la nacionalidad y se consideró que era proporcional al objetivo de garantizar una verdadera relación entre el solicitante y el mercado laboral.

En **Bidar (C-209/03)**, un nacional francés en el Reino Unido, se denegaron préstamos estudiantiles porque se cumplía con los requisitos de arraigo o residencia de 3 años. La residencia de 3 años para reclamar préstamo estudiantil fue proporcional a ostentar un verdadero vínculo, pero no así el requisito de arraigo que resulta imposible para los no nacionales.

Forster (C-158/07), de nacionalidad alemana, en Holanda, trabajó allí entre 2000 y 2003. Como trabajador, tenía derecho a subsidios para estudiar; pero la concesión le fue retirada más tarde porque no estaba empleado entre julio y diciembre de 2003. Como no trabajador podría haber tenido derecho a subsidios para estudiar si contaba con residencia ininterrumpida de 5 años. De suyo, la subvención le fue denegada porque no podía cumplir con el requisito de residencia. Este requisito de residencia sólo se aplica a los no nacionales—a diferencia de Collins y Bidar. La Corte consideró que el requisito de residencia ininterrumpida de 5 años era apropiado para el propósito de encontrar que el solicitante había logrado un necesario nivel de integración en la sociedad de acogida en el EM. para tener derecho al subsidio en sus estudios. Dicho esto, este caso se debe

utilizar como ejemplo, no como regla, en cuanto a la evaluación de si la persona ha establecido el nivel suficiente de integración dentro del EM anfitrión.

Según Chalmers *et al*, "Forster parece atacar la idea misma de la ciudadanía de la Unión Europea y vuela en la cara de otros casos recientes sobre las condiciones de residencia, como Bidar y Collins en que la Corte hizo un punto en hacer hincapié en que las normas en cuestión, en la medida en que eran aceptables, eran igualmente aplicables a los nacionales."

Conclusiones

Los derechos civiles, políticos y socio-económicas que se encuentran establecidos en los arts. 21-24 TFUE son mínimos. Es posible prever que la ciudadanía se verá complementada por la Corte con el transcurso del tiempo. Pero, a partir de decisiones como Baumbast, parece que el derecho de libre circulación en virtud del art. 21 TFUE no constituye un derecho verdaderamente independiente a la libre circulación desvinculado de la situación económica. Dicho esto, el mismo Tribunal ha interpretado el amplio derecho a la igualdad en las decisiones en Martínez Sala y Grzelczyk, en adelante. Otra fase de activismo judicial, hasta que las decisiones de Collins & Bidar acotaron el profundo efecto de las decisiones anteriores y permitieron a los EM exigir el cumplimiento del período de residencia antes de reclamos exitoso para mostrar suficiente vínculo con el territorio. Con Forster se ha estrechado el derecho a la igualdad más allá al afirmar que los requisitos de residencia sólo pueden ser impuestas a los nacionales.

Por lo tanto, existen derechos formales minimalistas unidos a la ciudadanía de la UE contenidas en el Título "Ciudadanía". Sólo un derecho de iniciativa de los ciudadanos se ha añadido desde 1992. Estos derechos civiles y políticos se consideran muy limitados. Pero la Corte creó un importante y amplio derecho a la igualdad de trato entre los ciudadanos que cada vez más se ha visto disminuida por criterios objetivos no discriminatorios relativos a demostrar un vínculo suficiente con el territorio y, por ahora, parece por criterios discriminatorios para el mismo propósito.

Es posible que la ciudadanía de la UE se encuentre todavía en sus comienzos con muchos años por delante. La existencia del art. 25 TFEU sugiere que el catálogo de ciudadanía también podría crecer y ganar importancia: "el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar disposiciones encaminadas a completar los derechos enumerados en el artículo 20 (2)."

En lo que se refiere a la idea de ciudadanía del MERCOSUR es totalmente antagónica a la que se posee la Unión Europea ya que como se expuso lejos se está de poseer una ciudadanía común y sigue rigiéndose netamente por la individualidad de sus Estados Miembros.

De igual modo puede apreciarse la inexistencia de políticas migratorias comunes lo cual es absolutamente necesario máxime que la mayor cantidad de migrantes en la región son provenientes del mismo bloque. Por tanto se debería avanzar mucho más rápido y de manera firme en el llamado MERCOSUR ciudadano, estableciendo normativa conjunta en diversas materias pero sobre todo en lo que respecta a migraciones y trabajo, primeramente, para luego poder arribar a una ciudadanía del bloque propiamente dicha.

ⁱ Krasner, Stephen D. (1999), *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton: Princeton University Press, en partic. pp. 221-223.

ⁱⁱ Rodríguez Martínez, Miriam y Valido Alou Ana M. (2003), *Migración Internacional y Seguridad Nacional: ¿términos en pugna?*, CEMI (Centro de Estudios Internacionales), La Habana.

ⁱⁱⁱ Posteriores a conflictos bélicos de importancia (vg. Ex Yugoslavia; Ruanda; Angola) o en el caso del desplazamiento interno forzado de personas (por ejemplo el caso de Colombia; Eritrea; Etiopía; Irak; India).

^{iv} Por ejemplo, las provenientes desde África como así también de los países del Este Europeo.

^v Arango, Joaquín, *Dificultades y dilemas de las políticas de inmigración*, Universidad Complutense e Instituto Universitario Ortega y Gasset, p. 19.

^{vi} Rodríguez Martínez, Miriam y Valido Alou Ana M. (2003), *Migración Internacional y Seguridad Nacional: ¿términos en pugna?*, CEMI (Centro de Estudios Internacionales), La Habana, pág. 8

^{vii} OIT: “Migraciones laborales en Sudamérica: el Mercosur ampliado” ESTUDIOS SOBRE MIGRACIONES INTERNACIONALES N° 63, p. 8-9

^{viii} *Ibid.*

^{ix} *Ibid.*, p. 10.

^x *Ibid.*, p. 8.

^{xi} *Ibid.*, p. 7.

^{xii} *Ibid.*, pp. 10-11.

^{xiii} Duffield, Mark: (2001), “Las nuevas guerras en el mundo global. La convergencia entre desarrollo y la seguridad”, p.31

-
- ^{xiv} Declaración socio-laboral del MERCOSUR (Río de Janeiro-1998).
- ^{xv} Condiciones Mínimas del Procedimiento de inspección del trabajo en el MERCOSUR
- ^{xvi} Condiciones mínimas del procedimiento de inspección del trabajo en el MERCOSUR, la cual es de cumplimiento obligatorio.
- ^{xvii} Requisitos mínimos de perfil del inspector de trabajo
- ^{xviii} OIT: “Convenio sobre inspección en el trabajo” (1947).
- ^{xix} Directrices para una Política de Gestión de Riesgos y Seguro Rural para la agricultura Familiar
- ^{xx} Plan Regional para la Prevención y erradicación del Trabajo infantil en el MERCOSUR
- ^{xxi} Acuerdo Multilateral De Seguridad Social Del Mercado Común Del Sur.
- ^{xxii} Declaración socio-laboral del MERCOSUR (Río de Janeiro-1998).
- ^{xxiii} Quien capta la gran mayoría de los migrantes pero existe una disminución y ha aumentado el regreso hacia sus países de origen.
- ^{xxiv} País expulsor, pero absorbe mano de obra inmigrante para las actividades agrícolas (brasileños) y urbanas (argentinos).
- ^{xxv} Economía netamente exportadora de productos agropecuarios, se precarizó el empleo y se acentuó la desocupación debido al proceso modernización y la debilitación del suelo empero conserva un importante número de inmigrantes con ciertas características peculiares: rural brasileña en su zona fronteriza y argentina en lo que respecta a las personas calificadas como mano de obra, a la vez que sigue expeliendo a sus habitantes.
- ^{xxvi} Adaptó su economía pero imposibilitando el fácil acceso al mercado laboral a los jóvenes(mayor índice de desocupación) pero fomenta la recepción de trabajadores regionales
- ^{xxvii} Asimismo se han firmado diversos convenios comerciales con Estados extrabloque: México; Unión Europea, India, Comunidad Andina, entre otros
- ^{xxviii} Protocolo Constitutivo del Parlamento del Mercosur
- ^{xxix} Es dable mencionar que aún no hay fecha establecida de dicha elección.
- ^{xxx} Protocolo Constitutivo del MERCOSUR, artículo 2.
- ^{xxxi} Los Acuerdos alcanzados con India, Israel y SACU.
- ^{xxxii} Cartilla del Ciudadano del Mercosur, Compilación Normativa relacionado con el ciudadano del MERCOSUR, edición 2010, pág. 7
- ^{xxxiii} Craig, P. & De Burca, G. (2011), *EU Law: Text, Cases and Materials* 5th ed., Oxford University Press; Foster, N. (2013), *Foster on EU Law*, 4th ed., Oxford University Press, 2013; y muchos otros.

^{xxxiv} O’Keefe, D. (1994), “Union Citizenship” en O’Keefe, D. & Twomey, P. (ed.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Law Publishing Ltd., Chichester.

^{xxxv} Closa, C. (1992), “The Concept of Citizenship in the Treaty of European Union.” 29 *C.M.L.Rev.* 1137.

^{xxxvi} O’Keefe (1994), *op. cit.*