

El desarrollo de una libre circulación de personas en el Mercosur: balance y perspectivas*

Antonio Cardesa Salzmann

*Investigador posdoctoral
Universitat Rovira i Virgili*

Resumen:

La entrada en vigor del Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte en el Mercosur en julio de 2009 marca un hito en el camino todavía inconcluso hacia el establecimiento de una libre circulación de personas en el proceso regional de integración económica emprendido hace veinte años por los países del Cono Sur. El Acuerdo reconoce a los nacionales de dichos países los derechos de desplazamiento, residencia y acceso a las actividades económicas en igualdad de condiciones a los nacionales del Estado al que se desplazan. Sin embargo, la combinación de lagunas normativas estructurales y el endémico déficit jurídico institucional del Mercosur ponen en entredicho la plena realización y efectividad de la libre circulación de personas entre sus Estados Parte.

Abstract:

The entry into force in July 2009 of the Agreement on Residence for Nationals of the States Parties to the Mercosur marks a milestone on the still unfinished road towards the implementation of the free movement of persons in the regional economic integration process started twenty years ago by Southern Cone countries. The Agreement grants to those countries' nationals the rights of movement, residence and access to economic activities on an equal footing with nationals of the State to which they move. However, the combination of regulatory gaps and the endemic institutional deficit of Mercosur

* Los epígrafes II y III de la presente contribución actualizan y desarrollan aspectos que el presenta autor ha publicado en un capítulo aparecido en la obra coordinada por Francisco ALDECOA LUZÁRRAGA y José Manuel SOBRINO HEREDIA, Migraciones y Desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006, Madrid, Marcial Pons, 2007.

challenge the full realization and effectiveness of the free movement of persons between the states parties.

Palabras clave: Procesos regionales de integración económica – Mercosur – derecho de desplazamiento – derecho de residencia – intergubernamentalidad – supranacionalidad

Keywords: Regional Processes of Economic Integration – Mercosur – right of movement – right of residence – intergovernmentalism – supranationalism

Sumario: I. Introducción. – II. Libre circulación de personas en el Derecho mercosureño: A. El derecho de desplazamiento. B. Los derechos de residencia y de acceso a una actividad económica. III. Medidas de armonización de las legislaciones nacionales para la eliminación de obstáculos técnicos a la libre circulación de personas: A. La coordinación de la aplicación de los sistemas nacionales de Seguridad Social. B. El reconocimiento mutuo de los títulos universitarios y de estudios de nivel medio técnico. IV. Balance y perspectivas: A. Dudas persistentes sobre el significado y la importancia de la libre circulación de personas en el Mercosur. B. Déficits en el desarrollo normativo de la libre circulación de personas. V. Consideraciones finales.

I. Introducción

El proceso de integración económica regional emprendido por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en los inicios de la década de los noventa –el Mercosur– se fundamenta en la consecución de un mercado común, que se define sobre la base de una unión aduanera, y la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los Estados miembros. A diferencia del proceso de integración europeo, que concibe la integración económica como instrumento para una progresiva profundización en la integración política, el proceso de integración mercosureño se limita exclusivamente a la dimensión económica, hasta tal extremo que la falta de cesión de competencias a las instituciones mercosureñas y la falta de integración de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros con el Derecho mercosureño restan operatividad y eficiencia al proceso.

Uno de los ámbitos en los que este desfase entre objetivos de la integración económica y los instrumentos jurídicos puestos en marcha para su consecución se demuestra con mayor claridad es el objetivo de la instauración de una libre circulación de personas en el Mercosur. Partiendo de una mera referencia implícita a dicho objetivo en el Tratado de Asunción, que sólo menciona el objetivo de la consecución de una libre circulación

de bienes, servicios y factores productivos¹, los Estados miembros han ido adoptando de forma progresiva medidas de armonización de la regulación del cruce de frontera de los nacionales de los Estados miembros, la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social y el reconocimiento mutuo de las titulaciones técnicas y universitarias. Sin embargo, este conjunto fragmentario de disposiciones mercosureñas tendentes a facilitar la circulación de las personas en su condición de factores productivos de la economía no aborda todavía una de las cuestiones consustanciales a una auténtica libertad circulatoria en el marco de un proceso de integración económica, a saber, el derecho de residencia de los nacionales de los Estados Parte en el territorio de un Estado Parte distinto del de su nacionalidad. Esta cuestión no es objeto de desarrollo normativo hasta la adopción, a finales de 2002, del Acuerdo sobre Residencia de los Nacionales de los Estados Parte en el Mercosur, que constituye hasta la fecha la clave de bóveda del marco jurídico mercosureño relativo a la libre circulación de personas.

El proceso de ratificación y entrada en vigor de este Acuerdo no estuvo exento de dificultades. La considerable demora que se produjo en su ratificación por parte de Paraguay impidió su efectiva entrada en vigor hasta finales de julio de 2009, y obligó a los demás Estados Parte a su ‘bilateralización’, es decir, a aplicar el contenido de dicho acuerdo sobre la base de tratados bilaterales entre ellos, a la espera de la conclusión del proceso de ratificación. Con el depósito del instrumento de ratificación de Paraguay, entró en vigor no sólo el Acuerdo sobre Residencia de los nacionales de los Estados miembros del Mercosur, sino también el Acuerdo por medio del cual se extiende su ámbito de aplicación a Chile y Bolivia. Además, el pasado mes de julio se firmaron sendos protocolos adicionales para incorporar a Perú y a Ecuador en el Acuerdo sobre Residencia del 2002.

El objeto de la presente contribución consiste en realizar un balance general del desarrollo de la libre circulación de personas en el Derecho del Mercosur, y aventurar una serie de consideraciones también generales sobre las perspectivas de la efectiva implantación de dicha libertad entre los Estados Parte. Por consiguiente, se trazarán en primer lugar los principales desarrollos normativos de la libre circulación de personas en el Mercosur (II y III), para evaluar sobre esta base su significado en el contexto más amplio del proceso regional de integración y señalar algunos de los aspectos más

¹ Art. 1 Tratado de Asunción.

significativos que albergan el potencial de limitar el alcance y restar efectividad a la libre circulación de personas (IV).

II. Libre circulación de personas en el Derecho mercosureño

A. El derecho de desplazamiento

El desarrollo normativo del derecho de desplazamiento llevada a cabo por los Estados Parte y los órganos del Mercosur se ha centrado en la regulación común de la documentación que habilita al cruce de fronteras² y de los controles fronterizos propiamente dichos³. De conformidad con la normativa adoptada, los ciudadanos del Mercosur pueden salir del territorio de un Estado Parte para entrar en el territorio de otro, pasando sucesivamente por el control fronterizo del Estado de salida y el del Estado de entrada. Para ello, el ciudadano Mercosur deberá estar en posesión de alguno de los documentos acreditativos de su identidad y nacionalidad y que aparecen enumerados en el anexo del Acuerdo sobre documentos de viaje de los Estados Parte del Mercosur y Estados asociados. Complementariamente, deberá rellenar la denominada ‘Tarjeta de Entrada y Salida’ (TES) que, con el sello de las Autoridades Migratorias del Estado de salida y el de entrada, servirá respectivamente como registro de entrada y de salida⁴.

Mención especial merece la regulación del denominado *tránsito vecinal fronterizo*⁵. Los ciudadanos nacionales de un Estado Parte o sus residentes legales, nacionales de otro país del Mercosur, que se encuentran domiciliados en localidades contiguas de dos o más Estados Parte⁶, pueden solicitar la obtención de una *credencial de Tránsito Vecinal*

² Cfr. Acuerdo sobre documentos de viaje de los Estados Partes del Mercosur y Estados asociados, de 30 de junio de 2008 (Decisión CMC n° 18/08).

³ Decisión CMC n° 4/00, en virtud de la cual se adopta la versión modificada del Acuerdo de alcance parcial para la facilitación del comercio, concertado entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay (Acuerdo de Recife). Ver también la Decisión CMC n° 46/00, relativa a la instalación de canales privilegiados de entrada en aeropuertos para ciudadanos del Mercosur y la Decisión CMC n° 47/00, relativa a la instalación de canales privilegiados de entrada en aeropuertos para ciudadanos del Mercosur, de la República de Bolivia y de la República de Chile.

⁴ Art. 4 Resolución GMC n° 74/96, relativa a la tarjeta de entrada y salida.

⁵ Decisión CMC n° 18/99, relativa al Tránsito Vecinal Fronterizo entre los Estados Parte del MERCOSUR y Decisión CMC n° 14/00, relativa a la Reglamentación del Tránsito Vecinal Fronterizo entre los Estados Parte del MERCOSUR. Las Decisiones CMC n° 19/99 y 15/00 hacen extensivo el contenido normativo de las decisiones precitadas a los Estados asociados al MERCOSUR (República de Bolivia y República de Chile).

⁶ El Artículo primero de la Reglamentación del TVF (Decisión CMC n° 14/00) remite la delimitación concreta de los beneficiarios del régimen TVF, en cuanto a nacionalidad de origen y situación migratoria

Fronterizo (TVF). La posesión de dicha credencial –que no sustituye a los documentos contemplados en el Acuerdo sobre documentos de viaje– “[permite] a su titular cruzar la frontera con destino a la localidad contigua del país vecino, mediante un procedimiento ágil y diferenciado de las otras categorías migratorias”⁷. Una vez cruzada la frontera, el titular de la credencial podrá circular libremente dentro del área de cobertura geográfica delimitada por los Estados Parte colindantes mediante acuerdos bilaterales o trilaterales dentro de un plazo que, por lo general, no excede de setenta y dos horas⁸.

Como puede apreciarse, la normativa del Mercosur que incide en el derecho de desplazamiento aborda en esencia la armonización de las legislaciones internas en los ámbitos materiales antes indicados –control de fronteras y documentación que habilita al cruce de fronteras–, con el fin de facilitar la circulación transfronteriza de los nacionales de los Estados Partes del Mercosur.

En este sentido, el marco normativo del Mercosur relativo a dichos ámbitos materiales dista mucho de la regulación existente en materia de derecho de desplazamiento en el contexto de la integración europea, donde la libre circulación de personas –desprovista ya de la condicionante del ejercicio de una actividad económica– se ejerce en el marco del denominado *Espacio de libertad, seguridad y justicia*⁹. Dentro de este espacio, el ejercicio del derecho de desplazamiento por parte de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia que no tengan la nacionalidad de ninguno de los Estados Miembros no está sometido a más condición que la de la posesión de un documento de identidad o un pasaporte válidos¹⁰.

La diferencia esencial entre las regulaciones del Mercosur y de la Unión Europea relativas al derecho de desplazamiento reside fundamentalmente en el mantenimiento –aunque sensiblemente flexibilizado– de los controles en el cruce de las fronteras interiores entre los Estados Partes del Mercosur, mientras que la libre circulación de personas en el *Espacio de libertad, seguridad y justicia* implica, precisamente, la supresión de los controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores¹¹.

en el país de residencia, a la celebración ulterior de acuerdos bilaterales o trilaterales, según corresponda, entre los Estados Partes que posean fronteras comunes.

⁷ Art. 2 Decisión CMC n° 18/99.

⁸ Art. 4 Decisión CMC n° 18/99 y arts. 2 y 3 Decisión CMC n° 14/00.

⁹ Art. 3.2 Tratado de la Unión Europea (TUE).

¹⁰ Cf. Arts. 4 y 5 de la Directiva 2004/38/CE.

¹¹ Arts. 26.2 y 77.1 TFUE. Ver también los Arts. 20 y sigs del Reglamento (CE) n° 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) (DO, L 105, de 13 de abril de 2006, pp. 1-32).

Dicho esto, en si mismo, el mantenimiento de los controles sobre las personas en cruce de las fronteras interiores del Mercosur no pone en entredicho el ejercicio del derecho de desplazamiento.

En este sentido cabe recordar que –si bien con notables imperfecciones– el mercado común europeo empezó a funcionar antes de la celebración y entrada en vigor de los Acuerdos de Schengen¹². Ello pone de relieve una vez más el estadio todavía temprano de evolución del proceso de integración económica entre los Estados Parte del Mercosur, cuyo objetivo –insistimos una vez más– es, por otro lado y a diferencia del proceso de integración europea, de naturaleza esencialmente económica.

B. Los derechos de residencia y de acceso a una actividad económica

Hasta la fecha, los Acuerdos emanados de la XXIIª Reunión de Ministros del Interior del Mercosur, de la República de Bolivia y de la República de Chile, aprobados para su firma mediante la Decisión CMC n° 28/02, constituyen el paso más significativo emprendido en el seno de la estructura orgánica del Mercosur para la implantación de la libre circulación de personas, en la medida en que se aborda por primera vez la cuestión de los derechos de residencia y de acceso a las actividades económicas.

La Decisión CMC n° 28/02 aprueba efectivamente cuatro acuerdos alcanzados por los Ministros del Interior en materia de regulación migratoria interna de los ciudadanos del Mercosur¹³ y en materia de residencia para nacionales de los Estados Parte del Mercosur¹⁴. Interesa destacar aquí el Acuerdo de la Reunión de Ministros del Interior n° 13/02 sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del Mercosur.

¹² Los Acuerdos a los que se hace referencia son el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes y el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990.

¹³ Acuerdo n° 11/02; el Acuerdo n° 12/02 hace extensible el contenido del acuerdo anterior a los ciudadanos de Bolivia y Chile. Ambos acuerdos sobre regulación migratoria interna contemplan la posibilidad de la regulación de la situación migratoria de los ciudadanos Mercosur que se encuentren en el territorio de un Estado Parte distinto al de su nacionalidad, sin necesidad de salir del país (Artículos 1 y 2 común a ambos Acuerdos). La regularización implica, en su caso, la concesión a los ciudadanos Mercosur afectados por parte del Estado del correspondiente permiso de residencia temporaria o permanente, siempre “de conformidad con las categorías migratorias previstas en [su legislación interna]” (Artículo 3 común a ambos Acuerdos).

¹⁴ Acuerdo n° 13/02, hecho extensible a los ciudadanos de Bolivia y Chile por medio del Acuerdo n° 14/02.

De conformidad con su art. 14, el Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Parte entró en vigor el 28 de julio de 2009, después de que los cuatro Estados Parte comunicaran formalmente su ratificación al Gobierno de Paraguay, casi siete años después de su adopción. La importante demora de su entrada en vigor, debida en esta ocasión a las reticencias de determinados sectores en Paraguay a su ratificación, propició que los demás Estados Parte procediesen a su aplicación sobre una base bilateral a partir de mediados de 2006¹⁵.

Superada esta situación anómala, el Acuerdo sobre Residencia armoniza los regímenes jurídicos nacionales de los Estados en materia de concesión de la residencia legal a los ciudadanos Mercosur que deseen residir y ejercer una actividad económica en su territorio¹⁶. En particular, el Acuerdo contempla la concesión de un permiso temporal de residencia a los nacionales de cualquier Estado Parte del Mercosur que dirijan su solicitud a la autoridad consular o migratoria competente. Merece ser destacado que el Acuerdo únicamente exige que la solicitud sea acompañada de documentación acreditativa de la identidad y nacionalidad de la persona, de la ausencia de antecedentes policiales, judiciales o penales y, en su caso, de certificación médica¹⁷.

Cumplidos estos requisitos, el Estado de acogida deberá conceder inicialmente un permiso de residencia temporal, de una vigencia de dos años. Dentro de los noventa días anteriores al vencimiento del permiso temporal, su titular puede solicitar la renovación del permiso que – de ser concedido – es un permiso de residencia permanente. Desde el punto de vista de las formalidades a cumplir para la tramitación de la residencia permanente, sólo se añade frente a la documentación exigida para el permiso temporal, la acreditación de “medios de vida lícitos que permitan la subsistencia del peticionante y su grupo familiar conviviente”¹⁸.

¹⁵ Esta bilateralización del Acuerdo sobre Residencia se produjo mediante los siguientes acuerdos: Acuerdo operativo entre la Dirección Nacional de Migraciones de la República Argentina y el Departamento de Extranjeros de la República Federativa del Brasil para la aplicación del Acuerdo sobre residencia para Nacionales de los Estados Parte del Mercosur, hecho en Puerto Iguazú, el 29 de noviembre de 2005, que entró en vigor el 3 de abril de 2006; el Acuerdo operativo entre la Dirección Nacional de Migración de la República Oriental del Uruguay y el Departamento de Extranjeros de la República Federativa del Brasil, hecho en Montevideo el 23 de junio de 2006, que entró en vigor el 23 de octubre de 2006; y el Acuerdo operativo entre la Dirección Nacional de Migraciones de la República de Argentina y la Dirección Nacional de Migración de la República Oriental del Uruguay relativo a la aplicación bilateral del Acuerdo sobre residencia para nacionales de los Estados Partes del Mercosur, de 20 de julio de 2006, que entró en vigor ese mismo día.

¹⁶ Art. 1 Acuerdo sobre Residencia.

¹⁷ Art. 4 Acuerdo sobre Residencia.

¹⁸ Art. 5, c) Acuerdo sobre Residencia.

Así pues, pueden beneficiarse además del nacional de un Estado Parte del Mercosur, los miembros de su familia, con independencia de la nacionalidad de los mismos¹⁹. No obstante, el Acuerdo no ofrece una definición concreta del concepto de familia, por lo que habrá que estar a la solución que en cada caso establezca la legislación de los Estados Parte, y de la interpretación que de la misma hagan los tribunales nacionales.

De conformidad con el art. 8 del Acuerdo, la obtención del permiso temporal de residencia y, en su caso, del permiso de residencia permanente, otorga a su titular el “derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en el territorio del país de recepción, previo al cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de restricciones excepcionales impuestas por razones de orden público y seguridad pública”²⁰. Del mismo modo, el titular tiene “derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, en las mismas condiciones que los nacionales de los países de recepción, de acuerdo con las normas legales de cada país”²¹. De esta manera, el art. 8 del Acuerdo constituye la disposición central del mismo, que vincula entre sí los derechos de desplazamiento, residencia y acceso a las actividades económicas de conformidad con el principio de equivalencia de condiciones con los nacionales del Estado de residencia, estableciendo así el núcleo duro de la libre circulación de personas en el Mercosur.

Este estatuto del titular del permiso de residencia se complementa con el reconocimiento de la igualdad de derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas de los nacionales del Estado de acogida. En particular, el Acuerdo establece el principio de igualdad de trato con los nacionales del país de recepción “en lo que concierne a la aplicación de la legislación laboral, especialmente en materia de remuneraciones, condiciones de trabajo y seguros sociales”²² y reconoce el derecho fundamental de los hijos del inmigrante al acceso a la educación en las mismas condiciones que los nacionales del país de acogida, sin que la posible situación irregular de los padres pueda servir de excusa para limitar el acceso a las instituciones de enseñanza preescolar o a las escuelas públicas²³.

En el contexto más específico de las actividades económicas por cuenta ajena, el principio de igualdad de trato entre el trabajador migrante y el trabajador nacional ya se

¹⁹ Art. 9.2 Acuerdo sobre Residencia.

²⁰ Art. 8.1 Acuerdo sobre Residencia.

²¹ Art. 8.2 Acuerdo sobre Residencia.

²² Art. 9.2 Acuerdo sobre Residencia.

²³ Art. 9.6 Acuerdo sobre Residencia.

encontraba recogido en la Declaración Sociolaboral del Mercosur de 10 de enero de 1998²⁴. En cualquier caso, el establecimiento de este principio en la Declaración Sociolaboral no tiene el mismo alcance que en el Acuerdo sobre residencia para nacionales del Mercosur. En éste, el principio no se restringe a la igualdad de derechos y condiciones de trabajo, sino que se contempla –además– la equivalencia en las condiciones de acceso al mercado laboral como elemento inherente a la libre circulación de trabajadores en el mercado común. Por su parte, la Declaración Sociolaboral es, como su nombre indica, un instrumento de naturaleza declarativa, que responde en cierto modo a la necesidad de acción institucional por parte del Mercosur para adoptar un mínimo marco común en el ámbito de la reglamentación de las relaciones laborales, como factor necesario de sostenibilidad social del proceso de integración²⁵.

III. Medidas de armonización de las legislaciones nacionales para la eliminación de obstáculos a la libre circulación de personas

Antes incluso de emprender la regulación jurídica los derechos de residencia y de acceso las actividades económicas, los órganos del Mercosur abordaron la coordinación de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Parte en dos ámbitos materiales en los que la disparidad de legislaciones aplicables es particularmente susceptible de obstaculizar la libre circulación de personas. Los ámbitos materiales a los que se hace referencia son, por un lado, los regímenes de protección social, sometidos a los sistemas y legislaciones de Seguridad Social de los distintos Estados, y el reconocimiento de los títulos de formación profesional y de enseñanza superior.

A. La coordinación de la aplicación de los sistemas nacionales de Seguridad Social

²⁴ De conformidad con su art. 4.1, “todo trabajador migrante, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e *igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales del país en el que estuviere ejerciendo sus actividades, de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país*” (énfasis propio).

²⁵ Ver en este sentido, BONET PÉREZ, J., “El proceso de integración del Mercosur y la reglamentación de las relaciones laborales”, en DÍAZ BARRADO, C. y FERNÁNDEZ LIESA, C. (coords.), *Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, AEPDIRI, Universidad de Cáceres, BOE, Madrid, 2000, pp. 85-97.

Un factor importante que desincentiva la migración y que, por consiguiente, supone un obstáculo a la realización de la libre circulación de personas viene dado por la posible pérdida o disminución de los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social por la falta de reconocimiento de los períodos de cotización realizados en distintos Estados por razón de la migración.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa, para hacer frente a este obstáculo técnico, los países del Mercosur han optado por una solución muy similar a la adoptada en el marco de la Unión Europea²⁶, basada en la coordinación de los sistemas y legislaciones nacionales relativas a la Seguridad Social en función de una serie de principios y criterios comunes²⁷. A esta lógica responde la Decisión CMC n° 19/97, relativa al Acuerdo multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur, que incluye a su vez el Reglamento administrativo para su aplicación²⁸.

El ámbito de aplicación de esta Decisión cubre las prestaciones contributivas pecuniarias y de salud existentes en los sistemas de Seguridad Social de los Estados Parte, a las que puedan tener derecho los trabajadores que presten o hayan prestado servicio en cualquiera de dichos Estados, así como sus familiares²⁹. El Acuerdo multilateral organiza la coordinación de los sistemas de Seguridad Social se realiza en función de unos principios estructurales, cuyo desarrollo se remite al Reglamento administrativo.

Con carácter general, es de aplicación en cada caso particular el Derecho del Estado Parte en cuyo territorio ejerce la actividad laboral el trabajador³⁰. Sobre esta base, las prestaciones pecuniarias y las prestaciones de salud siguen un régimen distinto.

Las prestaciones sanitarias son otorgadas al trabajador migrante y a sus familiares previa autorización de la institución competente para otorgar dichas prestaciones (entidad gestora) en su Estado de origen³¹. Por lo que respecta a la concesión de las prestaciones pecuniarias “por vejez, edad avanzada, invalidez o muerte” por parte del Estado en el que se produce el supuesto que da derecho a las mismas, se establece el principio de totalización de los períodos de seguro o cotización cumplidos por el

²⁶ Ver en este sentido el Art. 48 TFUE y el Reglamento (CE) n° 883/2004.

²⁷ DEL VALLE GÁLVEZ, J.A., “La libre circulación de trabajadores”, en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coords.), *Derecho comunitario material*, Madrid, McGrawHill, 2000, pp. 95-105, p. 104.

²⁸ Ver Anexo II de la Decisión CMC n° 19/97.

²⁹ Arts. 2 y 3 Acuerdo multilateral de Seguridad Social.

³⁰ Art. 4 Acuerdo multilateral de Seguridad Social.

³¹ Art. 6 Acuerdo multilateral de Seguridad Social.

trabajador migrante en el territorio de los distintos Estados Parte del Mercosur³². El Acuerdo multilateral hace referencia también al establecimiento de mecanismos de transferencia de fondos entre los Estados Parte para asegurar la obtención de las prestaciones de vejez, edad avanzada, invalidez o muerte derivadas de regímenes de jubilaciones y pensiones de capitalización individual³³.

Por último, el Acuerdo multilateral crea una Comisión Multilateral Permanente, compuesta por representantes de las autoridades competentes de los Estados, con competencia en materia de verificación de la aplicación del Acuerdo y de su Reglamento administrativo y de solución de controversias relativas a su aplicación, sin perjuicio del recurso de los Estados al sistema de solución de controversias del Mercosur³⁴.

B. El reconocimiento mutuo de los títulos universitarios y de estudios de nivel medio técnico

El Consejo del Mercosur abordó la cuestión del reconocimiento de los títulos de formación profesional y de enseñanza superior en sus Decisiones CMC n° 4/95 y n° 7/95, mediante las cuales se aprobaron respectivamente el “Protocolo de integración educativa sobre reconocimiento de títulos universitarios para la prosecución de estudios de post-grado en las Universidades de los Países del Mercosur” y el “Protocolo de integración educativa y reválida de diplomas, certificados, títulos y reconocimiento de estudios de nivel medio técnico”.

Ambos instrumentos tienen por objeto el reconocimiento mutuo de los títulos universitarios y de estudios de nivel medio técnico otorgados por las Universidades e instituciones educativas oficialmente reconocidas por cada uno de los Estados Parte³⁵. Sin embargo, el reconocimiento de títulos contemplado por ambas decisiones en sus

³² Art. 7 Acuerdo multilateral de Seguridad Social.

³³ Art. 9 Acuerdo multilateral de Seguridad Social.

³⁴ Art. 16 Acuerdo multilateral de Seguridad Social.

³⁵ Art. 1 del Protocolo de integración educativa sobre reconocimiento de títulos universitarios para la prosecución de estudios de post-grado en las Universidades de los Países del Mercosur (Dec. CMC n° 4/95) y Art. 1 del Protocolo de integración educativa y revalida de diplomas, certificados, títulos y reconocimiento de estudios de nivel medio técnico (Dec. CMC n° 7/95).

respectivos ámbitos de aplicación queda limitado a los solos efectos de la continuación de estudios.

En consecuencia, puede afirmarse que las Decisiones CMC n° 4/95 y n° 7/95 constituyen medidas encaminadas a la consecución de una cierta integración educativa, pero carecen de eficacia como medidas de eliminación de obstáculos a la libre circulación de personas, en tanto en cuanto el reconocimiento mutuo de los títulos no se extiende al ámbito de la habilitación para el ejercicio de una actividad económica relacionada con los títulos universitarios y de estudios de nivel medio técnico³⁶, con excepción del ámbito profesional académico. En efecto, el único sector en el que parece haberse instaurado el reconocimiento mutuo es el de los títulos de grado y de posgrado que habilitan al ejercicio de actividades académicas. Dicho esto, el Acuerdo que rige el reconocimiento de títulos en este ámbito sólo se encuentra en vigor entre Argentina, Brasil y Paraguay, ante la falta de ratificación por Uruguay, y se limita “al sólo efecto del ejercicio de actividades de docencia e investigación” en las instituciones académicas de otro Estado Parte, con lo cual parece excluirse el acceso al ejercicio de funciones de gobierno de dichas instituciones³⁷.

IV. Balance y perspectivas

El conjunto de tratados complementarios al Tratado de Asunción que se han esbozado someramente en los epígrafes precedentes ponen de relieve que los Estados Parte del Mercosur han creado paulatinamente un marco jurídico común que alberga el germen de una libre circulación de personas, cuyo núcleo esencial viene configurado por el reconocimiento a los nacionales de los Estados Parte los derechos de desplazamiento, residencia y acceso a las actividades económicas en igualdad de condiciones con los nacionales del Estado de residencia, como consecuencia del compromiso alcanzado entre dichos Estados para la progresiva creación de un mercado común caracterizado por la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos.

³⁶ MANSUETI, H. R., *Derecho del trabajo en el Mercosur: aspectos laborales de la integración, normas del trabajo comparadas, asimetrías, armonización*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1999, p. 164.

³⁷ Arts. primero y quinto del Acuerdo de admisión de títulos y grados universitarios para el ejercicio de actividades académicas en los Estados Partes del Mercosur, de 14 de junio de 1999 (Decisión CMC n° 4/99).

Sin embargo, los logros alcanzados en el desarrollo conceptual y normativo de la libre circulación de personas en el Mercosur topan con una serie de obstáculos que encuentran su origen tanto en la tibieza de la propia formulación jurídica de las libertades inherentes al concepto de mercado común que esboza el Tratado de Asunción, como en lo que la doctrina ha coincidido en denominar el déficit institucional del Mercosur, caracterizado por un uso excesivo de métodos de cooperación intergubernamental, sin alcanzar los niveles mínimos de supranacionalidad que podrían dotar de mayor impulso y efectividad a este proceso de integración económica regional³⁸.

En particular, esa tibieza Tratado de Asunción en la formulación de los objetivos de integración hace que los desarrollos normativos antes señalados no terminen de dispersas algunas dudas persistentes sobre el significado y la importancia de la libre circulación de personas para el proceso de integración del Mercosur. Al mismo tiempo, los tratados complementarios que desarrollan la libre circulación de personas en el Mercosur omiten la regulación de aspectos esenciales, tales como el régimen de las excepciones admisibles a los derechos de desplazamiento, residencia y acceso a las actividades económicas, que relegan su regulación al Derecho interno de los Estados, dificultando de esta manera una genuina integración de los ordenamientos jurídicos en este contexto y poniendo en entredicho la propia efectividad de la libre circulación de personas.

A. Dudas persistentes sobre el significado y la importancia de la libre circulación de personas en el Mercosur

Pese a que los instrumentos jurídicos analizados en los epígrafes precedentes han contribuido a un considerable desarrollo normativo de la libre circulación de personas en el Mercosur, cabe cuestionar en primer lugar la importancia constitucional de dicho objetivo, y de la seriedad en el propósito de su efectiva instauración por parte de los Estados miembros y de las propias instituciones mercosureñas, a la luz de su propia

³⁸ MARTÍNEZ PUÑAL, A., *El Sistema Institucional del Mercosur: de la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*, Santiago de Compostela, Tróculo Ediciones, 2005, pp. 148-150. Ver también MANGAS MARTÍN, A., “Unión Europea y Mercosur: perspectiva jurídico-institucional y política”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1996-1997, pp. 77-104.

formulación jurídica en el Derecho originario del Mercosur, y de la interpretación que se ha hecho del mismo.

Como se ha señalado con anterioridad, el objetivo de la libre circulación de personas es implícito al concepto de mercado común que acoge el Tratado de Asunción, sin que dicho tratado lo contemple expresamente. De esta manera, aunque la instauración de un mercado común es sin duda un objetivo primordial de significado constitucional para el Mercosur, la referencia velada, no expresa a la libre circulación de personas parece otorgarle una importancia y un significado residual respecto de la libertad circulatoria de los demás factores productivos, y en particular, de la libre circulación de bienes y servicios. Dicho de otro modo, la formulación jurídica del objetivo de la creación del mercado común no viene acompañada de elementos que permitan deducir por la vía hermenéutica el valor o significado constitucional de la libre circulación de personas para el proceso de integración mercosureño.

Esta apreciación, que se basa en el mero análisis formal de las disposiciones del Tratado de Asunción, parece verse corroborada por la conducta de los Estados miembros y las propias instituciones mercosureñas. Por un lado, el tiempo transcurrido hasta la adopción del Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur parece confirmar esa subordinación de la libertad circulatoria de las personas a la instauración de la libre circulación de bienes y servicios. Manteniendo una perspectiva comparativa con el proceso europeo de integración, es cierto que también la Unión Europea y sus Estados miembros tardaron un tiempo considerable en la instauración de las libertades comunitarias inherentes al mercado común, entre ellas la libre circulación de personas. En este sentido es preciso recordar que los Estados miembros mantuvieron durante décadas normativas y prácticas administrativas que obstaculizaban considerablemente la efectividad de las libertades comunitarias que implicaban la movilidad transfronteriza de las personas y que el vencimiento de estas resistencias fue en gran medida mérito del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que declaró en vía prejudicial el efecto directo de las disposiciones de los tratados constitutivos que consagraban esas libertades comunitarias.

Ahora bien, el sistema institucional del Mercosur carece de un órgano jurisdiccional equiparable al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El sistema de solución de controversias que se establece en el Protocolo de Olivos no permite a los tribunales arbitrales el ejercicio de funciones de jurisdicción constitucional, que les permita erigirse en supremos intérpretes del Derecho mercosureño, garantizando de este modo

su interpretación y aplicación homogénea en todos los Estados Parte. De esta manera, los tribunales arbitrales no pueden asumir el papel activo de promotor de la integración que viene desempeñando el TJUE desde los inicios del proceso europeo de integración³⁹.

No obstante, volviendo al contexto específico de la libre circulación de personas en el Mercosur, también es cierto que el tribunal arbitral ad hoc encargado de solucionar la controversia entre Uruguay y Argentina en el asunto relativo a la “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” no parece haber aprovechado la ocasión que se le brindó para clarificar –ni que fuese a modo de *obiter dictum*– el significado y la importancia de la libre circulación de personas en el Mercosur⁴⁰. El asunto al que se hace referencia constituye una de las ramificaciones de la controversia entre ambos países por la instalación de una fábrica de celulosa del lado uruguayo del Río Uruguay, en el tramo que traza la frontera común entre ellos. En un mismo día, el 4 de mayo de 2006, Argentina demandó a Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia por el incumplimiento de varias disposiciones del Estatuto del Río Uruguay⁴¹ y de distintos tratados multilaterales para la protección del medio ambiente⁴², mientras que Uruguay solicitó la constitución de un tribunal arbitral ad hoc bajo el sistema de solución de controversias del Mercosur⁴³.

En su escrito de alegaciones, presentado el 3 de julio de dicho año ante el tribunal arbitral ad hoc, Uruguay solicitaba, entre otras cosas, que se declarase el incumplimiento de varias obligaciones que incumben a Argentina en virtud del Tratado de Asunción y del Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios, así como el incumplimiento de principios y normas de Derecho internacional en materia de protección de los derechos humanos, como consecuencia de la actitud permisiva de las

³⁹ MARTÍNEZ PUÑAL, *El sistema institucional del Mercosur...*, cit., p. 394.

⁴⁰ Cfr. Laudo del Tribunal Arbitral “Ad Hoc” de Mercosur 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.

⁴¹ Estatuto del Río Uruguay, de 26 de febrero de 1975.

⁴² Cfr. *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, Cour Internationale de Justice, Requête introductive d’instance enregistrée au Greffe de la Cour le 4 mai 2006.

⁴³ Laudo del Tribunal Arbitral “Ad Hoc” de Mercosur de 6 de septiembre de 2006, párr. 4.

autoridades argentinas ante la conducta de particulares que –en señal de protesta por la instalación de las referidas fábricas de celulosa a orillas del Río Uruguay– bloquearon reiteradamente el tránsito por los puentes internacionales antes mencionados durante el período comprendido entre diciembre de 2005 y mayo de 2006. En particular, Uruguay sostenía que la actitud omisiva de las autoridades argentinas había contribuido a crear obstáculos a la libre circulación de mercancías y de servicios, y a la libre circulación de personas, incumpléndose de en cuanto a ésta última “... compromisos vigentes entre las Partes en virtud de instrumentos jurídicos internacionales relativos a derechos humanos así como también exigibles en la Argentina por sus normas internas...”⁴⁴.

En su contestación, Argentina negó la mayor y alegó que, en última instancia, la actitud que Uruguay calificaba de omisiva obedecía a una ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y de libre reunión –derechos que en el ordenamiento jurídico argentino son tutelados como derechos fundamentales de rango constitucional– y el derecho a la libre circulación de factores productivos que nacen del Derecho mercosureño, que y que sólo revisten rango de legalidad ordinaria en el ordenamiento argentino⁴⁵. En su laudo, el tribunal arbitral estimó parcialmente la demanda de Uruguay, apreciando en particular que

... la ausencia de las debidas diligencias que la Parte Reclamada debió haber adoptado para prevenir, ordenar o, en su caso corregir los cortes de las rutas que unen a la República Argentina con la República Oriental del Uruguay [...] no es compatible con el compromiso asumido por los Estados Partes en el tratado fundacional del MERCOSUR, de garantizar la libre circulación de bienes y servicios entre los territorios de sus respectivos países⁴⁶.

Resulta significativo destacar que, de hecho, Uruguay fundó su alegación sobre la vulneración de las obligaciones de Argentina en relación con la libre circulación de personas no tanto en el Tratado de Asunción y el Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios, como en las obligaciones internacionales derivadas de tratados internacionales suscritos en materia de protección de derechos humanos, y en el propio ordenamiento jurídico interno de dicho país. Dos tipos de razones explican la falta de invocación del Derecho mercosureño en este contexto.

⁴⁴ Ibid., párr. 27.

⁴⁵ Ibid., párr. 44.

⁴⁶ Ibid., parte dispositiva, decisión segunda.

Por un lado, el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte todavía no estaba en vigor. En efecto, Uruguay no había procedido a comunicar su ratificación del Acuerdo hasta el 8 de marzo de 2006⁴⁷, y ambos países no procedieron a la aplicación bilateral del mismo entre ellos hasta el 20 de julio del mismo año, escasos días después de la interposición del escrito de alegaciones de Uruguay. Por otro lado, por su propia naturaleza, los hechos que Uruguay imputaba a las autoridades argentinas difícilmente eran susceptibles de poner en riesgo la aplicación de las disposiciones del Acuerdo sobre Residencia de haber estado en vigor en el momento en que se produjeron. En este sentido, tal como ponía de manifiesto Argentina en su escrito de contestación, la libre circulación de personas “... no está aún operativa en el ámbito del MERCOSUR”⁴⁸, de modo que el Acuerdo sobre Residencia no era aplicable a los hechos subyacentes a la controversia.

En estas circunstancias también se explica que al analizar la compatibilidad de la actuación de las autoridades argentinas con el Derecho mercosureño, el tribunal arbitral ad hoc se limitase a evaluar su conformidad exclusivamente con la libre circulación de bienes y servicios, afirmando que “... tampoco resulta procedente analizar en forma específica, la libre circulación de personas en el ámbito del MERCOSUR en virtud de que, en forma indirecta, tal derecho resulta cubierto por las libertades de circulación antes tratadas”⁴⁹. Seguramente, la solución de la controversia conforme al Derecho vigente no requería más.

Sin embargo, el razonamiento del tribunal arbitral ad hoc es criticable por su excesiva prudencia o, si se prefiere, por su falta de audacia. A pesar de su entonces todavía incipiente grado de desarrollo normativo en el Derecho mercosureño, el mero hecho del planteamiento de la libre circulación de personas en los escritos de alegaciones de las partes en la controversia hubiese exigido, en nuestra opinión, que el tribunal aprovechara para emitir un pronunciamiento de principio sobre una cuestión que se presume de suma importancia para el proceso mercosureño de integración y que – precisamente por ese estadio embrionario de su gestación– requería una clarificación de su significado e importancia.

⁴⁷ Información obtenida de la página web oficial del Ministerio de Relaciones Externas de la República de Paraguay www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/mercosurprincipal.htm (consultada el 15 de septiembre de 2011).

⁴⁸ Laudo de 6 de septiembre de 2006, párr. 47.

⁴⁹ Ibid., párr. 105.

De hecho, el tribunal arbitral prosigue su argumentación sobre esta cuestión con la exégesis del art. 1 del Tratado de Asunción, llegando a afirmar que las libertades comunitarias implícitas en el concepto de mercado común –la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos– constituyen “... un objetivo esencial del acuerdo, a punto tal que no se puede concebir un Mercado Común sin ese requisito”⁵⁰. Si ello es así, sorprende que el tribunal no tomase en consideración el Acuerdo sobre Residencia que, aunque no fuese de aplicación a la controversia *ratione materiae* ni *ratione temporis*, estaba siendo objeto de un proceso de bilateralización entre las partes en la controversia y constituía ya entonces un desarrollo normativo significativo de una de esas libertades de circulación consustanciales al Mercosur. En particular, aunque no fuese aplicable a los hechos enjuiciados por no estar en vigor, el tribunal arbitral sí podría haber hecho mención al mismo para clarificar con carácter óbiter el alcance y el significado de la libre circulación de personas en relación con las demás libertades comunitarias inherentes al mercado común diseñado en el Tratado de Asunción. En este sentido, aún teniendo presentes las limitaciones de los tribunales arbitrales ad hoc del sistema mercosureño de solución de controversias, el laudo de 6 de septiembre de 2006 puede ser considerado como una magnífica oportunidad perdida para asentar ni que fuese un precedente jurisprudencial para una interpretación teleológica del art. 1 del Tratado de Asunción que cimentase el significado constitucional de la libre circulación de personas en el Mercosur.

B. Déficits en el desarrollo normativo de la libre circulación de personas

Como se ha dicho con anterioridad, las disposiciones de desarrollo del Tratado de Asunción, a las que se ha hecho alusión en los epígrafes precedentes, ponen de relieve que –sobre el plano formal– el Mercosur dispone de los instrumentos normativos básicos para la instauración de una libre circulación de personas. No obstante, estas disposiciones de desarrollo presentan algunas lagunas que obstaculizan considerablemente su aplicación coherente y uniforme en los distintos Estados Parte, poniendo de esta manera en entredicho la efectividad de la libre circulación de personas. Estos déficits normativos a los que se hace referencia afectan en particular a dos

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 108.

ámbitos materiales específicos, a saber, la regulación de los límites a la discrecionalidad de los Estados en la invocación de las excepciones de orden público, seguridad pública y salud pública, por un lado, y la eventual aplicación del principio de equivalencia de las condiciones en el acceso a aquellas actividades que se desarrollan en la administración pública o que pueden implicar el ejercicio de poder público.

1) Límites por razón de orden público, seguridad pública y salud pública

Tanto el Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios, como el Acuerdo sobre Residencia de Nacionales de los Estados Parte contemplan la posibilidad de que los Estados limiten, con carácter excepcional, el ejercicio de los derechos de desplazamiento y de residencia inherentes a la libre circulación de servicios y de personas por razón de orden público y de seguridad pública. Entre los dos instrumentos, el más prolijo en la regulación de esta excepción es el Protocolo de Montevideo, que especifica que su invocación sólo se justifica "... cuando se plantee una amenaza inminente y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad"⁵¹. Por otro lado, el Acuerdo sobre Residencia de los Nacionales de los Estados Parte se limita a mencionar dichas excepciones entre las normas generales sobre los derechos de desplazamiento y de residencia, "... sin perjuicio de restricciones excepcionales impuestas por razón de orden público y seguridad pública"⁵². En cuanto a la excepción de salud pública, el Acuerdo sobre Residencia se limita a una mención tangencial a la facultad de los Estados de exigir "... certificado médico expedido por autoridad médica migratoria u otra sanitaria oficial del país de origen o recepción... del que surja la aptitud psicofísica del peticionante...", siempre y cuando lo exijan "... las normas internas del país de recepción" como requisito para la expedición del permiso de residencia⁵³.

Esta parquedad en la previsión de estas excepciones no es nada fuera de lo común, y coincide de hecho con la del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a la hora de regular este mismo aspecto en el contexto de las libertades comunitarias vinculadas al mercado interior⁵⁴. Sin embargo, estas disposiciones del Tratado de Funcionamiento

⁵¹ Art. XIII, a) Protocolo de Montevideo sobre Comercio de Servicios del Mercosur.

⁵² Art. 8.1 Acuerdo sobre Residencia de los Nacionales de los Estados Parte.

⁵³ Art. 4.1, f) Acuerdo sobre Residencia.

⁵⁴ Cfr. arts. 45.3, 52 y 62 TFUE.

fueron objeto de desarrollo normativo por las Instituciones europeas a través de la Directiva 64/221/CEE, primero, y de la Directiva 2004/38/CE, más tarde, en las que se establecían unos criterios comunes para la invocación de las excepciones de orden público, seguridad pública y salud pública que restringen considerablemente la discrecionalidad de los Estados miembros, estableciendo además garantías procedimentales mínimas para las personas eventualmente afectadas por una medida de denegación de entrada o de expulsión como consecuencia de la aplicación de una de dichas excepciones⁵⁵. Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido una interpretación muy restrictiva de las mismas, en atención precisamente a su naturaleza de excepciones a reglas fundamentales del Tratado⁵⁶.

Por el contrario, el Acuerdo sobre Residencia no establece ningún tipo de limitación a la discrecionalidad de los Estados Parte en la invocación de estas excepciones a la libre circulación de personas. Aunque su naturaleza de excepción a una regla –en principio fundamental– del Derecho originario del Mercosur está fuera de toda duda⁵⁷, los déficits institucionales del proceso de integración, a saber, su excesiva intergubernamentalidad, y la ausencia de un mecanismo de remisión prejudicial, relega el control de dicha discrecionalidad en exclusiva a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Sólo en casos particularmente graves y masivos de abuso de estas excepciones –como podría sugerir el asunto antes analizado de la controversia entre Uruguay y Argentina– podría un Estado plantearse el recurso al sistema mercosureño de solución de controversias. Sin embargo, esta vía no parece ser idónea para casos individuales de aplicación indebida de estas excepciones, que seguramente constituyen en este contexto el grueso de los problemas en la aplicación de la libre circulación de personas.

2) El acceso a los empleos en la administración públicas y a las actividades que impliquen ejercicio de poder público

Por último, el Acuerdo sobre Residencia de los Naciones de los Estados Parte en el Mercosur tampoco aclara si el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y de equivalencia de las condiciones de acceso a las actividades

⁵⁵ Cfr. arts. 27-33 Directiva 2004/38/CE.

⁵⁶ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 1974, as. 41/74, Van Duyn c. Home Office, Recueil 1974, p. 1337, párr. 18.

⁵⁷ Cfr. nota núm. 52.

económicas ha de operar en el ámbito de aquéllas actividades por cuenta propia que pueden implicar el ejercicio de poder público, o aquéllas otras actividades por cuenta ajena que son ejercidas en el marco de la administración pública y que, por lo general, quedan reservadas a los nacionales del Estado.

Este es un aspecto que si fue recogido en el Tratado CEE y que se mantiene en la actualidad en el TFUE como excepciones lícitas al principio de equivalencia en las condiciones de acceso a las actividades económicas⁵⁸. Sin embargo, al igual que sucedía en relación con las excepciones por orden público, seguridad pública y salud pública, el Tribunal de Justicia ha restringido el alcance de estas excepciones mediante una interpretación funcional y teleológica de las disposiciones del tratado relativas a las libertades comunitarias vinculadas al mercado interior, especificando que las actividades cubiertas por dicha excepción se limitan a aquéllas que

... comportan una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de intereses generales del estado o de otras colectividades públicas y que, por ese mismo hecho, suponen en sus titulares la existencia de un vínculo particular de solidaridad respecto del estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que constituyen el fundamento del vínculo de nacionalidad⁵⁹.

Por el contrario, el silencio que guardan a este respecto las disposiciones mercosureñas relativas a la libre circulación de personas relega una vez más la integración de estas lagunas al ordenamiento jurídico interno de los distintos Estados miembros. Asimismo, en ausencia de una instancia que garantice una interpretación y aplicación uniforme del Derecho del Mercosur, la disparidad de criterios jurisdiccionales nacionales en su aplicación pone seriamente en entredicho la consecución del objetivo de la libre circulación de personas que se presume inherente al concepto mismo de mercado común.

Así por ejemplo, frente a la interpretación restrictiva que impone el Tribunal de Justicia a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, dos sentencias relativamente recientes del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJ CABA) en materia de acceso de los extranjeros al

⁵⁸ Cfr. arts. 45.4, 51 y 62 TFUE.

⁵⁹ Sentencia de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum c. Land Baden-Württemberg, as. 66/85, Recueil 1986, p. 2121, párr. 27. Véase también respecto de la libertad de establecimiento la sentencia de 21 de junio de 1974, Jean Reyners c. Bélgica, as. 2/74, Recueil 1974, p. 631, párr. 45.

ejercicio de la notaría y a los empleos en la enseñanza pública, no sólo suponen ejemplos de una interpretación proteccionista de las disposiciones de Derecho interno sobre el acceso a los empleos en la administración pública, o a las actividades que pueden implicar el ejercicio de poder público, sino que ponen de manifiesto que el Derecho mercosureño no ofrece parámetros hermenéuticos para dar cabida al principio de equivalencia en las condiciones de acceso a dichas actividades.

Las sentencias a las que se hace referencia desestiman sendas acciones declarativas de inconstitucionalidad promovidas por la Asociación por los Derechos Civiles contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por considerar que el requisito de la nacionalidad argentina establecido en el Estatuto del Docente Municipal⁶⁰ y en la Ley Orgánica Notarial⁶¹ para el acceso al cuerpo de docentes de la enseñanza pública y para el acceso al cuerpo de notarios, respectivamente, vulneraba los arts. 16 y 20 de la Constitución Nacional, así como el art. 11 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁶². Entre estas disposiciones típicas del constitucionalismo latinoamericano, todas ellas relativas al principio de igualdad y de prohibición de la discriminación, merece ser destacado el art. 16 de la Constitución Nacional, que establece que todos los ‘habitantes’ de la República Argentina “...son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...”, con independencia de su nacionalidad.

Sin embargo, frente a los votos de los magistrados Alicia E.C. RUIZ y Julio B.J. MAIER que consideraban fundada la acción planteada por la Asociación de Derechos Civiles basándose en la tradición constitucional argentina, la mayoría del TSJ CABA – compuesta por los magistrados Ana María CONDE, José Osvaldo CASÁS y Luis F. LOZANO– consideraron en ambos casos que el requisito de la nacionalidad para el acceso a las actividades reguladas por ambas leyes impugnadas supera el examen de constitucionalidad. A nuestros efectos resulta particularmente ilustrativo el razonamiento expuesto por el magistrado LOZANO en la sentencia relativa a la acción

⁶⁰ Ley n° 668, relativa al Estatuto del Docente Municipal, de 8 de noviembre de 2001(Boletín Oficial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 27 de noviembre de 2001).

⁶¹ Ley n° 404 Orgánica Notarial, de 15 de junio de 2000 (BO CBA de 24 de julio de 2000).

⁶² TSJ CABA, sentencia de 31 de marzo de 2005, *Asociación por los Derechos Civiles c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, expediente núm. 3103/04; y sentencia de 9 de agosto de 2006, *Asociación por los Derechos Civiles c/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, expediente núm.4172/05.

declarativa de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Notariado, en la que afirma lo siguiente:

No abrigo dudas acerca de que el futuro va a disipar las fronteras, y no el futuro lejano. El MERCOSUR compromete la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos. Y seguramente no concluirá, con él, el proceso de integración. Sin embargo, levantar espontánea y unilateralmente la frontera no constituye mecanismo que lleve a la integración. Por el contrario, probablemente tendría un efecto inverso. ... En síntesis, el legislador no puede escoger la condición de extranjero por sí sola para impedir el ingreso de un habitante a la función pública. Pero, al mismo tiempo, ser extranjero puede ser relevante para el ejercicio de aquellas funciones en que el compromiso con la Nación requiera un vínculo más intenso y permanente que el que da haber elegido su territorio como asiento del domicilio, en alguna de sus formas. Estas razones son suficientes para desechar que se trate de una discriminación odiosa en detrimento de los extranjeros, en los términos del art. 20 CN⁶³.

V. Consideraciones finales

La entrada en vigor del Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Parte del Mercosur en julio de 2009 marca un hito en el camino todavía inconcluso hacia el establecimiento de una libre circulación de personas en el Mercosur. Basándose en la regulación preexistente sobre el cruce de fronteras, la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social y el reconocimiento mutuo de titulaciones, el Acuerdo sobre Residencia vincula e interrelaciona los derechos de los nacionales de los Estados Parte a desplazarse a otro Estado Parte, residir en él y acceder en él al ejercicio de las actividades económicas en igualdad de condiciones con los nacionales del mismo. De esta manera, puede afirmarse que el Derecho mercosureño vigente contiene los elementos normativos que componen el núcleo duro de una libre circulación de personas.

Sin embargo, la falta de precisión o, si se prefiere, la tibieza en la formulación jurídica de esta libertad comunitaria en el Derecho originario mercosureño plantea dudas sobre el significado y la importancia que esta libertad tiene desde un punto de vista constitucional dentro del proceso de integración. Esta tibieza no sólo se pone de manifiesto en el único laudo de los tribunales arbitrales del sistema de solución de controversias del Mercosur que incide tangencialmente en la materia. Por el contrario,

⁶³ Cfr. sentencia de 9 de agosto de 2006, voto del magistrado Dr. Luis F. LOZANO, párr. 2.3.

las lagunas que presenta el Acuerdo sobre Residencia en aspectos de suma importancia para la efectiva instauración de una libre circulación de personas, tales como la regulación de las limitaciones que los propios Estados pueden imponer al ejercicio de los derechos de desplazamiento, residencia y acceso a las actividades económicas, denota una cierta precariedad del compromiso político que subyace a su reconocimiento. A ello hay que añadir, por último, la endémica debilidad institucional del Mercosur, en particular, de su sistema de solución de controversias que, basado en el arbitraje, carece de los presupuestos institucionales y de las competencias necesarias para asumir una función de interpretación auténtica del Derecho mercosureño, para garantizar su aplicación coherente y uniforme por los tribunales nacionales de los Estados Parte. Estas consideraciones finales conducen a dibujar una perspectiva de escasa efectividad de la libre circulación de personas en el Mercosur, mientras sus Estados Parte no intensifiquen su compromiso político con el proceso regional de integración, acompañando los acuerdos alcanzados en materia de integración económica con los pasos necesarios de correlativa integración política.