

La libre circulación de personas en los procesos de integración económica
Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid. 28 y 29 de septiembre 2011.

Marco jurídico de la libre circulación de personas en la Unión Europea

Eugenia LÓPEZ-JACOISTE
Profesora titular de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales
Universidad de Navarra
(ejacoiste@unav.es)

Sumario:

1. Introducción	1
2. ¿Cómo se concibe la libre circulación de personas?.....	2
3. De la libre circulación de “trabajadores” a la libertad de circulación de las “personas”: algunos hitos importantes	3
3.1. Del tratado de Roma hasta Maastricht	3
3.2. De Maastricht hasta Ámsterdam	6
3.3. Novedades cualitativas en el Tratado de Lisboa	8
4. El derecho a la libre circulación de personas	10
4.1. Contenido del derecho	11
4.2. Cómo hacerlo efectivo	13

1. Introducción

El 9 de mayo de 1950, Robert Schuman a la sazón Ministro francés de Asuntos Exteriores propuso la *“puesta en común de las producciones de base y la creación de una Alta Autoridad cuyas decisiones vinculen a Francia, Alemania y los países que se adhieran a ella, esta propuesta establecerá los cimientos concretos de una federación europea indispensable para el mantenimiento de la paz”*. Sin embargo, la futura Unión Europea (UE) no se haría de golpe, sino paso a paso. En 1951 se firmó en París el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero cuyo principal objetivo era la expansión económica, el desarrollo del empleo y la mejora del nivel de vida para los Estados partes, gracias al mercado común – en primer lugar – del carbón y del acero. Posteriormente este modelo de producción y comercialización beneficiosa para los Estados firmantes fue extendiéndose a otros productos básicos para la reconstrucción económica de Europa, tan necesaria tras la II guerra mundial. En 1957 se firman en Roma otros dos acuerdos: el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE) y el Tratado

Constitutivo de la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM). Estos acuerdos avanzan en el proceso de integración europea y asientan “los fundamentos de una unión sin fisuras y más estrecha, entre los países europeos”. Se creó una unión aduanera con un incipiente mercado interior sobre la base de cuatro libertades esenciales: la libre circulación de mercancías, trabajadores, servicio y capitales. Conviene resaltar cómo el Tratado de Roma reconoció la libre la libre circulación de trabajadores, referida a los diversos conceptos de “trabajador”, es decir, a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia, por lo que se debía garantizar al mismo tiempo, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios.

El carácter económico inicial de la libre circulación de los trabajadores va a experimentar cambios importantes en su concepción y configuración, hasta llegar a ser un derecho con sustantividad propia¹. La idea de una futura Europa de los ciudadanos permitió el desarrollo de esta libertad ya no sólo como una libertad económica, sino como un derecho fundamental de los ciudadanos europeos con un doble contenido: como un derecho de libre circulación y residencia de todos los nacionales de los Estados miembros de la UE con independencia de su condición de agentes económicos, y de un derecho de libre circulación sin controles en las fronteras.

En efecto, la libre circulación de los trabajadores prevista en el artículo 3.c) del Tratado TCEE estaba llamada a desempeñar un papel más significativo, distinguiéndose a lo largo de todo el proceso de integración por su función dinamizadora en la construcción europea, que supera el mercado interior y aspira a una construcción política y social. El desarrollo armonioso económico en la Comunidad debería llevar aparejado que el ejercicio de una libertad fundamental no respondiera esencialmente a motivaciones económicas, sino más bien a una extensión de la libertad personal de los nacionales de los Estados miembros en el ámbito comunitario. Este desarrollo supera claramente el marco jurídico inicial del TCEE que ha ido modificándose paulatinamente con el Acta Única Europea (1986), el Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 1992, el Tratado de Ámsterdam de 1997 que comunitaria Schengen; el Tratado de Niza de 2001 y, por último, con el Tratado de Lisboa de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009.

2. ¿Cómo se concibe la libre circulación de personas?

Cuando en la actualidad en la Unión se afirma y garantiza la libre circulación de las personas, se hace con un doble sentido: como una libertad necesaria en el funcionamiento del mercado interior y

¹ GOIZUETA, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, Tirant lo Blanch, 2007, p. 74.

como derecho fundamental de los ciudadanos europeos. Ambos aspectos están estrechamente relacionados, se necesitan y complementan mutuamente para hacer efectivos los objetivos de la Unión.

Por una parte, la libre circulación de los trabajadores constituye una de las cuatro de las libertades europeas intrínseca al mercado interior y común a todos los Estados miembros de la Unión. Este mercado interior implica libertad de circulación entre los Estados miembros de todos los factores productivos, incluidos, por tanto, los trabajadores, en condiciones de competencia no falseada. Además, con los años significa también un espacio sin fronteras interiores en el que se han suprimido los derechos de aduana entre Estados, se ha creado un arancel aduanero común y donde cualquier nacional de un Estado miembro puede desplazarse libremente con su familia a otro Estado miembro para ejercer una actividad asalariada, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. En definitiva, el mercado interior es un mercado totalmente integrado con las características propias de un mercado nacional, que podríamos llamar el “mercado europeo interno”. Dicho mercado se caracterizaría por la vigencia de misma moneda, la consecución de un sistema fiscal armonizado, de ciertas infraestructuras integradas y de instrumentos jurídicos que permitan a las empresas actuar de manera eficaz en todo el ámbito territorial del mercado.

Por otra, la libre circulación de las personas es un derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión, como consecuencia de un derecho de libertad propia de las personas, en este caso, específica y particular de determinadas personas. El paso decisivo para la calificación jurídica del derecho a la libre circulación de las personas como un derecho fundamental – con autonomía propia en la Unión – se da en la Carta de Derechos Fundamentales. Su capítulo V reconoce y garantiza los derechos de ciudadanía, entre los que figura el derecho de voto, de petición, libertad de circulación y de residencia (art. 45), derecho a la protección diplomática y consular y derecho de acceso al Defensor del Pueblo europeo, entre otros.

3. De la libre circulación de “trabajadores” a la libertad de circulación de las “personas”: algunos hitos importantes

3.1. Del tratado de Roma hasta Maastricht

En los orígenes exclusivamente económicos de las entonces Comunidades Europeas las personas son consideradas por el ordenamiento comunitario como factores de producción. Por ello, para garantizar un único mercado interior de los Estados miembros, libre circulación de personas

trabajadoras se regulaba como una libertad económica², y se garantizaba al igual que la de los otros factores de producción.

El Tratado de Roma, estableció la libre circulación de los trabajadores en su capítulo I del Título III y consideraba como tales a “todos los nacionales de los Estados miembros que desempeñan un empleo remunerado en otro Estado miembro, en cualquier sector de la producción, los servicios y el intercambio, salvo los trabajadores cualificados en el sector del carbón y del acero y de la energía nuclear, cuya libertad de circulación se rige por las disposiciones de la CECA (art. 69 del TCECA) y de la CEEA (art. 96 del TCEEA)”³. Se reconoce, por tanto, esta libre circulación a los nacionales de los Estados miembros que se desplazaban dentro de la Comunidad para ejercer un trabajo asalariado a tiempo completo o parcial siempre que la actividad ejercida fuera real y efectiva²². Por su parte, el antiguo artículo el art. 58 del TCEE regulaba derecho de establecimiento de las personas jurídicas y la libre prestación de servicios. Todos estos derechos y libertades se sustentaban – al igual que en la actualidad – en el principio de prohibición de discriminación. Este principio de no discriminación entre trabajadores de la Unión implica que todos los nacionales de los Estados miembros tengan la misma prioridad en el empleo que la que disfrutaban los trabajadores nacionales. Es decir, impone la igualdad de trato a todos a los trabajadores a la hora de acceder a un puesto de trabajo con independencia de su nacionalidad

A comienzos de los sesenta, al plano socioeconómico que traslucen las libertades económicas de la libre circulación de trabajadores, libre establecimiento y prestación de servicio contempladas en el TCEE, se añade la dimensión política como consecuencia del Preámbulo del TCEE y del artículo 2 TCEE, de promover una unión cada vez más estrecha entre los pueblo europeos. Es a partir de ese momento cuando se incorpora la ámbito comunitario la expresión “Europa de los ciudadanos” que se irá configurando al mismo tiempo que los intentos de establecer una Unión Europea. El antiguo artículo 48 del TCEE sólo disponía que “quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad”. No se pronunciaba expresamente sobre los titulares esta libertad así como tampoco concretaba otros extremos, como por ejemplo, el relativo a los desplazamientos internos, o situaciones de múltiple nacionalidad.

El derecho derivado y la copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidad, fueron ampliaron progresivamente el “horizonte de la libre circulación permitiendo conquistas

² BORRAJO INIESTA, I., “Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma”, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO, (dirs.) Vol. II, Madrid, Civitas, 1986, p. 165

³ ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La libertad de circulación de trabajadores”, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, E. GARCÍA DE ENTERRÍA; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO, (dirs.), Vol. II, Madrid, Civitas, 1986, p. 104.

sustanciales que están en la base de lo que actualmente conocemos como ciudadanía europea”⁴ . A pesar del efecto directo de las disposiciones del Tratado, tal y como el TJUE había proclamado y defendido, las instituciones comunitarias no tardaron en concretar y materializar como hacer efectiva de forma uniforme las disposiciones del TCEE. Así, el Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad establece el principio general de supresión de cualquier discriminación, directa o indirecta, por motivos de nacionalidad en el empleo, la remuneración y demás condiciones de trabajo, el acceso a la vivienda y el derecho del trabajador a reunirse con su familia. Además, prevé la creación de un mecanismo de puesta en relación de las ofertas y demandas de empleo a cargo de servicios especializados que colaboren a escala europea. Esta norma, que constaba de 48 artículos, se estructura en cuatro partes. La primera se ocupa del acceso al empleo, su ejercicio y la igualdad de trato; la segunda se ocupa de regular la colaboración entre Estados y con la Comisión, los mecanismos de compensación, las medidas para el equilibrio del mercado de trabajo y la Oficina Europea de Coordinación; la tercera se ocupa de regular el Comité Consultivo y el Comité Técnico, que son los organismos encargados de asegurar una estrecha colaboración entre los estados miembros en materia de circulación y empleo de trabajadores; y, la cuarta, se dedica a las disposiciones transitorias y finales. Este reglamento ha sido modificado posteriormente en sucesivas ocasiones⁵, pero sigue siendo uno de las grandes normas de derecho derivado aplicable en esta materia.

Una de las primeras grandes reforma de los tratados constitutivos de la Comunidad fue el Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986. Esta reforma pretendió consolidar la libre circulación de personas desde la perspectiva de la realización del “mercado interior” mediante la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Fue una reforma eminentemente económica y de “reorganización interna”, si bien no alteró sustancialmente las formas de entenderse y aplicarse la libre circulación de los trabajadores como factores económicos bajos los principios de no discriminación y trato nacional. Fue el Derecho derivado⁶ quien permitió la extensión de la libertad personal comunitaria a los miembros de la familia de los trabajadores comunitarios, aún cuando

⁴ DURÁN LÓPEZ, F., *Libertad de circulación y de establecimiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CE*, La Ley, Madrid, 1986, 150 p.

⁵ En 1979 se aprobó el Reglamento (CEE) n° 312/76 del Consejo; el Reglamento (CEE) n° 2434/92 del Consejo; en 2004 a través de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y en 2011 a través de Reglamento N° 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión Europea

⁶ Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. Todas ellas derogadas en la actualidad como consecuencia de la aprobación de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros,

éstos no ostentaran la nacionalidad de uno de los Estados parte. En 1970, la Comisión dictó un Reglamento por el que se reconocía, a título directo, el derecho de residencia en un Estado parte de aquellos nacionales comunitarios que hubieran ejercido en él un trabajo asalariado⁷. Posteriormente la Directiva del Consejo 73/148 consagró el derecho de libre circulación, por una parte, de los nacionales comunitarios que realizaran algún desplazamiento intracomunitario con el objeto de recibir un servicio y, por otra, de los miembros de la familia, sea cual sea su nacionalidad, del destinatario de la prestación del servicio⁸.

3.2. De Maastricht hasta Ámsterdam

La reforma del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, supone un salto cualitativo en el proceso de integración europeo, ya que introduce una “nueva arquitectura Europa”. Su Primer Pilar reconoce los derechos de libre circulación y residencia de las personas como elementos fundamentales de los ciudadanos europeos. Se podría decir que con en Maastricht la ciudadanía europea se “constitucionaliza” un derecho político de la Unión. Tanto en el Preámbulo, como en su antiguo artículo A se señala que esta ciudadanía es como elemento esencial para acercar la Unión al ciudadano y en su antiguo artículo B se configura como un instrumentos más al servicio de las libertades comunitarias ligadas al mercado interior. En el inciso cuarto del citado artículo B se alude a la ciudadanía de la Unión como un mecanismo para reforzar la protección de los derecho y los interese de los nacionales de los Estados miembros. Esta ciudadanía europea está al servicio de los objetivos del progreso económico, aunque sea un concepto más político que económico. Por ello, este nuevo estatuto jurídico-político de los nacionales de los Estados miembros está regulado junto al mercado interior en el TCE además de otros derechos concretos políticos de los “cuidadnos europeo”.

Así en efecto, el antiguo artículo 17.1 TCE establecía textualmente: “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional”. Es decir, el TCE no regula quienes ostentan la condición de ciudadanos de la Unión porque la ciudadanía de la Unión se concibe como una ciudadanía derivada o “de atribución”. Serán los Estados miembros, en cuanto Estados soberanos, quienes establezcan en sus respectivas legislaciones nacionales como se adquiere, mantiene o pierde su nacionalidad y quiénes se consideran, por lo tanto, ciudadanos de la Unión. Son ciudadanos de la Unión, los nacionales de los

⁷ Reglamento de la Comisión 1251/70, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo,

⁸ Directiva del Consejo 73/148, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y de prestación de servicios

Estados miembros, salvo algunas particularidades expresas, recogidas en los anexos al Tratado de Maastricht. Y serán estos ciudadanos europeos quienes disfruten de una serie de derechos, como el derecho a la libre circulación. En efecto, el antiguo artículo 17.2.a) garantizaba el derecho de los ciudadanos europeos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Por su parte, el antiguo artículo 18 TCE desarrollaba el derecho con los siguientes términos: “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 previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”. Y en su párrafo 2 se autorizaba a las instituciones comunitarias a regularlo con directivas y reglamentos en medida en que la acción de la Comunidad resultase necesaria para alcanzar su plena efectividad.

Los beneficiarios de este derecho, son en primer lugar, los nacionales de los Estados miembros y sus familias, según lo había confirmado el TJCE en su jurisprudencia sobre la base del derecho a la agrupación familiar en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero además, como consecuencia del antiguo artículo 238 TCE relativo a los posibles acuerdos de la Comunidad con terceros Estados, se podrá hacer extensible los derechos de los ciudadanos europeos a los nacionales de terceros Estados mediante acuerdo expreso. Así, por ejemplo, sobre esta base, por Decisión 94/1/CE, CECA del Consejo y de la Comisión de 13 de diciembre de 1993 se firmó el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Austria, la República de Finlandia, la República de Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia y la Confederación Suiza, por otra parte. Su principal objetivo era reforzar las relaciones económicas y comerciales de la Comunidad Europea con los países de la Asociación Europea de Libre Comercio, extendiendo las cuatro libertades de circulación a los nacionales de los terceros Estados firmantes con lo que los nacionales de los países citados adquirieron el derecho a desplazarse para buscar y realizar trabajos en el territorio de la otra parte contratante, pudiendo incluso permanecer en dicho territorio comunitario tras haber ocupado un puesto de trabajo.

Otro de las grandes oportunidades para avanzar en la construcción de la Europa de los ciudadanos fue la reforma del Tratado de Ámsterdam, firmada en la citada ciudad el 2 de octubre de 1997. Sus mandatos entraron en vigor en mayo de 1999 y suponen un claro punto de inflexión en la construcción europea, al comunitarizarse el acervo Schengen y al atribuir a la Comunidad ciertas competencias en materia de asilo, visados e inmigración. Con estos cambios importante sobre el Tercer Pilar – de libre cooperación entre los Estado de las Comunidad – se manifiesta con claridad la apuesta de los Estados por armonizar sus políticas en dichas materias, en vez de seguir apostando

por la vía intergubernamental. Esto implica, además, que las instituciones comunitarias, podrán adoptar actos de derecho derivado para adoptar cuantas medidas se estimasen oportunas para la coordinación de las políticas de los Estados en estas materias, especialmente urgente en materia de inmigración. En estas materias, la Unión ha desarrollado una intensa actividad normativa hasta nuestros días⁹. El posterior tratado de reforma, el Tratado de Niza de 2001 no aporta novedades significativas en la configuración del derecho a la libre circulación de los ciudadanos ni sus familias. La titularidad y el disfrute de este derecho se mantiene tal y como se regularon en 1992.

3.3. Novedades cualitativas en el Tratado de Lisboa

Tras la fallida “constitución europea” en junio de 2005, los Estados de la Unión están dispuestos a afrontar una nueva revisión de los tratados constitutivos. Así bajo los auspicios de las presidencias alemana y portuguesa los Estados firma el Tratado de Lisboa, el 13 de diciembre de 2007. Tras un tortuoso proceso de ratificación, entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009. El Tratado de Lisboa implica una profundización y una mayor sistematización en la integración. Una de sus mayores aportaciones en relación con los ciudadanos es que el “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” pasa a ser una competencia compartida entre la Unión y sus Estados miembros, aunque con excepciones para Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, asumidas y consentido por los demás Estados miembros en sus respectivos protocolos. En consecuencia, “la Unión y los Estados miembros que podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya” (art. 2.2 TFUE). Esta nueva configuración del Espacio de libertad, seguridad y Justicia se someta al nuevo régimen general de adopción de decisiones y actos jurídico y al control general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). El Título V del TFUE regula no sólo las disposiciones generales en materia de libertad seguridad y justicia¹⁰, sino también la competencia de

⁹ Tan sólo a modo de ejemplo, cabe recordar una de las directivas “más polémicas”, la denominada la “directiva de retorno” en materia de inmigración irregular, la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

En materia de asilo, cabe destacar: la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo; Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida o la Resolución del Consejo de 20 de junio de 1995 sobre las garantías mínimas para los procedimientos de asilo [Diario Oficial C 274 de 19.09.1996].

¹⁰ El Consejo Europea adoptó en enero de 2010 la decisión de dotarse de un proyecto, denominado Programa de Estocolmo — Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano. En él se establecen las prioridades de la Unión Europea respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia durante el periodo 2010 - 2014.

la Unión para regular las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración¹¹ (artículos 77-80 TFUE).

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa trae consigo una gran novedad respecto al derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos europeos. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión proclama solemnemente en Niza en diciembre de 2000 carecía, hasta la fecha, de carácter vinculante. El Tratado de Lisboa incorpora la Carta, tal y tal y como se aprobó el 12 de diciembre de 2007, por referencia y con igual valor jurídico que el Tratado. En este sentido, el artículo 6 TUE recoge la Carta de los Derechos Fundamentales precisando que los “derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación, y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”. Tiene el mismo valor que el resto del Tratado, por lo que sus contenidos forman parte del Derecho de la Unión cuya protección jurisdiccional corresponde por tanto al Tribunal de Justicia de la Unión. Esta Carta consagra el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 45.1) y el derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados (art. 21.2). Tales derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por los Tratados (art. 52.2)

En la actualidad, por tanto, de los derechos y obligaciones que dan contenido al estatuto del ciudadano europeo, la libertad circulación de personas constituye la piedra angular y podría calificarse como el “derecho más perfecto del ciudadano europeo, que garantiza la igual entre todos”¹². La libre circulación de las personas queda configurado, por tanto, en los Tratados constitutivos (TUE y TFUE) y en la Carta de los Derechos Fundamentales como un derecho fundamental “de circular y residir libremente en el territorio de los Estado miembros” y se desarrollo en el Título IV de la Parte Tercera del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) bajo la rúbrica de “libre circulación de personas, servicios y capitales” (artículos 45-66 TFUE). Pero el TFUE no contiene preceptos introductorios o disposiciones generales aplicables a la libre circulación de personas, siendo así muy diferentes los destinatarios de la esta regulación: personas físicas, trabajadores, profesionales no salariables, personas jurídicas, etc.

¹¹ Así, por ejemplo, la Comisión ya había anunciado su deseo de desarrollar una “política común de inmigración”, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 5 de diciembre de 2007, «Una política común de inmigración» [COM (2007) 780

¹² BEENEN, N., *Ciudadanía, nacionalidad y acceso a las administraciones públicas: el impacto del derecho comunitario*, EUROPA LAW PUBLISHING, 2001, 297 p.

Esta libertad se considera como uno de los principios fundamentales de la Unión y así lo ha reconocido una reiterada y copiosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión que declara que “todo nacional de un Estado miembro, independientemente de su lugar de residencia y de su nacionalidad, que haya hecho uso del derecho a la libre circulación de los trabajadores o de la libertad de establecimiento y que haya ejercido una actividad profesional en un Estado miembro distinto del de su residencia, está comprendido, según el caso, en el ámbito de aplicación del artículo 39 TCE o en el del artículo 43 TCE”¹³.

Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europee recoge el derecho a la no discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos (art. 18.1 TFUE). Al mismo tiempo, regula la ciudadanía de la Unión, siendo los ciudadanos titulares de derechos, entre ellos, el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (art. 20 TFUE). Este derecho pueden ejercerlo los ciudadanos libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

En estos instrumentos de Derecho Originario – la Carta de Derechos Fundamentales, TUE y TFUE – consagran derechos de los ciudadanos de la Unión Europea, no sólo por su condición de trabajadores, sino por ser titulares de la ciudadanía de la Unión (art. 20 TFUE). Conviene resaltar por ello, que la libre circulación de las personas es entendida como un derecho fundamental de los ciudadanos europeo; sin embargo, en los Tratados no ha desaparecido la visión económica de la libre circulación. El TFUE sigue garantizando como objetivo de la Unión la existencia del mercado interior que implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados (art. 26.2 TFUE).

4. El Derecho a la libre circulación de personas

En la actualidad, la regulación de la libre circulación de las personas está previsto en el TFUE en concreto, en su Título II segunda parte (arts. 18-25), en el Título IV capítulo 1, artículos 45-48 sobre la libre circulación de las personas y en los artículos 49-62 sobre el derecho de

¹³ Párrafo 20, de la sentencia Alemania /Comisión de 17 de enero de 2008, el asunto C-152/05. Véase, además, en este sentido, las sentencias de 21 de febrero de 2006, Ritter-Coulais, C-152/03, Rec. p. I-1711, apartado 31; de 7 de septiembre de 2006, N, C-470/04, Rec. p. I-7409, apartado 28, y de 18 de julio de 2007, Hartmann, C-212/05, Rec. p. I-0000, apartado 17).

establecimiento y la libre prestación de servicio. Asimismo está reconocido y garantizado en el artículo 45 de la Carta de Derechos Fundamentales.

La ciudadanía de la Unión es la condición fundamental de los nacionales de los Estados miembros que ejercen su derechos de libre circulación y residencia. Por ello, la libre circulación constituye un derecho fundamental para los trabajadores y su familia, aún cuando los miembros de su familia no sean ciudadanos europeos. La movilidad de la mano de obra en la Unión debe ser para el trabajador uno de los medios que le garanticen la posibilidad de mejorar sus condiciones de vida y de trabajo, y facilitar su promoción social, contribuyendo al mismo tiempo a satisfacer las necesidades de la economía de los Estados miembros. Este derecho se reconoce indistintamente a los trabajadores permanentes, de temporada, fronterizos o a aquellos que ejerzan sus actividades con ocasión de una prestación de servicios. Ahora bien, poder ejercitarlo en condiciones objetivas de libertad y dignidad, el derecho de libre circulación exige que la igualdad de trato en todo cuanto se relaciona con el ejercicio mismo de una actividad por cuenta ajena y con el acceso a la vivienda, quede garantizada de hecho y de derecho, y asimismo que se eliminen los obstáculos que se oponen a la movilidad de los trabajadores, sobre todo en lo referente a las condiciones de integración de la familia del trabajador en el país de acogida, cualquiera que sea su nacionalidad.

4.1. Contenido del derecho

La libre circulación de trabajadores asalariados tiene su regulación específica en el artículo 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que establece (al igual que el antiguo art. 39 TCE) que “quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión”. Conforme a la regulación originaria, la consagración de este derecho a “la libre circulación de trabajadores”, por un lado, “supondrá la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo” (art. 45.2); y por otro, “implicará el derecho:

- a) de responder a ofertas efectivas de trabajo.
- b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros.
- c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales.
- d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él su empleo, en las condiciones previstas por los reglamentos establecidos por la Comisión.

El artículo 45 TFUE implica el derecho para los trabajadores de los Estados miembros de acceder al empleo en los Estados miembros distintos del propio en las mismas condiciones que los nacionales de estos últimos, y el derecho también a la igualdad de trato salarial y en el conjunto de la relación y de las condiciones de trabajo. Adicionalmente, los trabajadores se beneficiarán del reconocimiento de otros derechos de orden social y laboral. Como regla general de interpretación del derecho que se establece en el artículo 45 TFUE, se ha señalado por el TJCE que el principio de la libre circulación de personas debe ser interpretado con amplitud de criterio, mientras que las excepciones a dicho principio de interpretarse de modo restrictivo¹⁴

Las disposiciones del Tratado relativas a libre circulación de personas tienen por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio comunitario, y se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer su actividad económica en el territorio de otro Estado miembro¹⁵. En este contexto, los nacionales de los Estados miembros disfrutan, en particular, del derecho fundado directamente en el Tratado, de abandonar su país de origen para desplazarse en el territorio de otro Estado miembro y permanecer en éste con el fin de ejercer allí su actividad económica¹⁶.

Por otra para que el derecho a libre circulación pueda hacerse efectivo es preciso que no encuentre obstáculos que impidan su ejercicio. En este sentido, las disposiciones del Tratado se oponen a las medidas que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en un Estado miembro¹⁷. Por consiguiente, las disposiciones que impidan o disuadan a un trabajador nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer su derecho a la libre circulación constituyen obstáculos a dicha libertad, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad de los trabajadores afectados¹⁸. Sería incompatible con el derecho a la libre circulación que a un trabajador o a un demandante de empleo pudiese aplicársele en el Estado miembro del que es nacional un trato menos favorable del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de las facilidades concedida por el Tratado en materia de circulación¹⁹. De la misma manera que es contrario al artículo 45 que un Estado miembro someta a una condición de reciprocidad el acceso de nacionales de otros Estados

¹⁴ STJCE 09-11- 2000, 267, Yiadom

¹⁵ STJCE 07/07/1992, 135, asunto Singh; STJCE 15/12/1995, 240, asunto Bosman

¹⁶ STJCE 15/12/1995, 240, asunto Bosman; STJCE 11/01/2007, 3, asunto ITC

¹⁷ STJCE 11/01/2007, 3, asunto ITC

¹⁸ STJCE 26/01/1999, 12, asunto Terhoeve

¹⁹ STJCE 11/01/2007, 3, asunto ITC

miembros a los empleos²⁰. En consecuencia, una medida que obstaculiza la libre circulación de trabajadores solamente puede admitirse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y si está justificada por razones imperiosas de interés general. Pero, en tal caso, es necesario que su aplicación sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo²¹.

Por ello, deben eliminarse los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud del derecho a la libre circulación. La eliminación de obstáculos a la libre circulación –dice el TJCE– correría peligro si pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía por asociaciones y organismos que no están sometidos al Derecho público²². Para la aplicación de las disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de trabajadores, no es preciso que el empleador tenga la condición de empresa, ya que el único elemento exigido es la existencia de una relación laboral o la voluntad de establecer una relación de este tipo²³. Pero el derecho a la libre circulación está reconocido para que su ejercicio se realice con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación (art. 21.1 TFUE). En consonancia con esta previsión general, el derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión queda asegurado “sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas” (art. 45.3 TFUE). Se trata de limitaciones de orden público que reserva a los Estados ciertas prerrogativas para establecer condiciones específicas para salvaguardar el interés del Estado. No hay, pues, un derecho absoluto a la libre circulación, sino que conoce limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, que deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

Por último, el artículo 45.4 TFUE contempla la posibilidad de exceptuar la regulación que con carácter general se establece para los trabajadores por cuenta ajena, cuando el empleador es una Administración Pública, pues se prescribe que las disposiciones de dicho artículo “no serán aplicables a los empleos de la administración pública”.

4.2. Cómo hacerlo efectivo

Para hacer efectivo el derecho a la libre circulación el artículo 46 TFUE establece la previsión de que el Consejo, mediante directivas o reglamentos, adoptará las medidas necesarias para hacer efectivo dicho derecho, poniendo especial énfasis en la mención de algunas actuaciones

²⁰ En relación con el caso de un capitán y primer oficial de un buque mercante, STJCE 30/09/2003, 294, asunto Colegio Oficiales Marina Mercante Española

²¹ STJCE 17/03/2005, 76, asunto Kraneman; TJCE STJCE 11/01/2007, 3, asunto ITC.

²² STJCE 15/12/1995, 240, asunto Bosman.

²³ STJCE 15/12/1995, 240, asunto Bosman.

que deben observar los Estados miembros; son mandatos que deben respetar los Estados miembros con la finalidad de eliminar o no establecer obstáculos que puedan impedir el ejercicio del derecho a la libre circulación. Estos mandatos que van dirigidos fundamentalmente a facilitar el acceso al empleo. Las medidas que pueden adoptarse deben tener por finalidad:

- a) Asegurar la colaboración entre las administraciones nacionales de trabajo.
- b) Eliminar aquellos procedimientos y prácticas administrativas, así como plazos de acceso a los empleos disponibles, que resulten de la legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la liberación de los movimientos de los trabajadores.
- c) Eliminar todos los plazos y demás restricciones previstos en las legislaciones nacionales o en los acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, que impongan a los trabajadores de los demás Estados miembros condiciones distintas de las impuestas a los trabajadores nacionales para la libre elección de un empleo.
- d) Establecer los mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y las demandas de empleo y facilitar su equilibrio en condiciones tales que no se ponga en grave peligro el nivel de vida y de empleo en las diversas regiones e industrias.

Para hacer efectiva la aplicación del derecho a la libre circulación de trabajadores, el art. 46 TFUE prevé, como puede verse, la utilización de instrumentos de derecho derivado como son las directivas y los reglamentos. La utilización de este tipo de normas da idea del interés del legislador comunitario por aplicar el derecho a libre circulación dado el carácter de normas vinculantes que tienen dichas normas, que obligan a los Estados miembros a adoptar determinadas acciones en el orden interno para adaptarse al cumplimiento de las disposiciones comunitarias; y, en este sentido, hay que aclarar que dichas acciones no tienen necesariamente que ser acometidas por los órganos del Estado, pues como ha señalado el TJCE un Estado miembro puede encomendar la realización de los objetivos perseguidos por determinadas Directivas comunitarias a los interlocutores sociales, a través de los convenios colectivos, permaneciendo, en todo caso, obligado el Estado, sin embargo, a cumplir la obligación que le incumbe de garantizar la plena adaptación del Derecho interno a lo dispuesto en las Directivas, adoptando, en todo caso, todas las medidas adecuadas²⁴.

Una de las directivas de mayor calado es la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europea y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

²⁴ STJCE 08/07/1999, 161, asunto Fernández de Bobadilla.

Son muchas las novedades que trae esta directiva. Cabe destacar en primer lugar, cómo el artículo 2 define qué se entiende por “miembro de la familia” para la citada Directiva. En concreto, establece que son miembros de su familia: a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro, si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b); d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja definida en la letra b). Ahora bien, se deberá estudiar caso por caso la situación de las personas no incluidas en esta definición de miembros de la familia y que, por consiguiente, no disfruten del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión.

Por otra parte, la Directiva de 2004 estima conveniente evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida. Por ello, la directiva de 2004 prevé un régimen diferenciado dependiendo de la duración de la residencia del ciudadano europeo y su familia en un Estado de acogida distinto del que es nacional. Así para paliar la posible carga social al Estado de acogido, el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia queda supeditado a determinadas condiciones temporales cuando la residencia es superior a tres meses.

Por último, unas breves notas en cuanto a la regulación sobre las limitaciones en el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano europeo. El art. 45.3 TFCE posibilita que el derecho a la libre circulación de trabajadores pueda tener “limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas”. Se consagra, por tanto, la potestad de los Estados miembros para establecer limitaciones al ejercicio del derecho a la libre circulación por las razones citadas. Pero estas limitaciones hay que contemplarlas en un ámbito más amplio como es el de la libre circulación de las personas, no estrictamente el de los trabajadores. Por tanto, serán las disposiciones que regulen la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, las que regulen las limitaciones que hay que contemplar en la libre circulación de trabajadores. Y así, en efecto la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo regula también las condiciones de ejercicio del derecho a la libre circulación y estancia de los ciudadanos de la UE y los miembros de sus familias, así como las condiciones necesarias para el derecho de residencia permanente y las posibles restricciones de dichos derechos por razones de orden público, seguridad y

salud pública. El artículo 27 de la Directiva se ocupa de regular las reglas que deben regir las limitaciones en materia de orden público y seguridad pública. De acuerdo con este precepto, todo ciudadano de la Unión o miembro de su familia podrá ser expulsado del territorio del Estado miembro de acogida por razones de orden público, seguridad o salud pública. En ningún caso podrá tal decisión fundamentarse en razones económicas. Toda medida restrictiva a la libertad de circulación y residencia deberá ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse en la conducta personal del interesado. No podrá justificar automáticamente tal medida la existencia de condenas penales anteriores. La conducta personal del interesado deberá representar una amenaza actual y suficientemente grave y real para el interés fundamental del Estado de acogida. La caducidad del documento que haya permitido la entrada del interesado no es razón que justifique la expulsión. En cualquier caso, conforme al artículo 28 de la Directiva, antes de tomar una decisión de expulsión, el Estado miembro de acogida deberá evaluar elementos tales como la duración de la residencia del interesado, su edad, salud, integración social, situación familiar en el país de acogida y los vínculos con su país de origen. Únicamente en circunstancias excepcionales, cuando concurren razones de seguridad pública de carácter imperativo, debería adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos menores de la Unión o que hubieran residido durante los diez últimos años en el territorio del Estado miembro de acogida.

La regulación actual de la Directiva recoge la doctrina del TJCE, conforme a la que las medidas de orden público, para estar justificadas, deberán basarse exclusivamente en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen. La mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas. El concepto de orden público supone que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Así pues, la excepción de orden público debe interpretarse de forma restrictiva, de manera que la existencia de una condena penal sólo puede justificar una expulsión en la medida en que las circunstancias que dieron lugar a dicha condena pongan de manifiesto la existencia de un comportamiento personal que constituye una amenaza actual para el orden público²⁵.

²⁵ STJCE 24/04/2004, 166, asunto G. Orfanopoulos.