



Artículos

El nuevo status de los migrantes del MERCOSUR

Cenicacelaya, María de las Nieves.*

En el mundo globalizado el fenómeno de las migraciones ha producido un impacto sin precedentes en el sistema económico, pero también en la vida social y cultural de casi todos los países lo cual asume especial relevancia de cara a la cada vez más ineludible realidad de los espacios económicos integrados. En ese contexto cualquier proceso de integración, en cualquier etapa evolutiva, debe necesariamente armonizarse con normas y principios que resguarden las libertades fundamentales protegiendo la dignidad humana y con políticas estatales activas que propendan a su efectiva realización. En el caso argentino, ello se impone por expreso mandato constitucional por cuanto el texto supremo subordina el ingreso y permanencia de la República Argentina a cualquier bloque comunitario a que en el mismo se respete el orden democrático y los derechos humanos, entre los cuales se halla el derecho a migrar. Las resistencias que históricamente en nuestras sociedades han dificultado su reconocimiento tienden a remitir observándose últimamente un singular avance normativo.

El Tratado de Asunción firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay el 26 de Marzo de 1991 (aprobado en nuestro país por Ley 23.981) da nacimiento a un mercado común denominado "Mercado Común del Sur" (MERCOSUR) cuyas finalidades son asegurar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos: el establecimiento de un arancel exterior común y la adopción de una política comercial común; la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes y el compromiso de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes para fortalecer el proceso de integración.

El MERCOSUR funciona como un acuerdo parcial en el marco del Tratado de Montevideo de 1980 (aprobado en Argentina por ley de facto 22.354) constitutivo de la A.L.A.D.I.(1) (Asociación Latinoamericana de Integración) cuyo objetivo era la conformación de un mercado común al que se debía llegar de un modo progresivo.

Por varias razones debemos sostener que el MERCOSUR no es una institución de carácter comunitario sino una mera unión aduanera imperfecta y una zona de libre comercio incompleta. Ello porque:

1. El Acuerdo de Montevideo crea instituciones fundamentalmente intergubernamentales;
2. Ninguna de las normas que le dan sustento producen una cesión de atributos propios de la soberanía estatal a favor de una estructura supraestatal;
3. No hay verdadera transferencia de competencias a órganos supranacionales de facultades normativas ni aplicabilidad directa e inmediata de sus decisiones a los ciudadanos de cada Estado parte;
4. No existe un órgano jurisdiccional comunitario. Y después de 1994 el principal argumento en este sentido lo hallamos en el texto mismo de la Constitución Nacional. En efecto, la reforma constitucional de ese año reservó muy claramente la denominación de "tratados de integración" sólo para aquellos que "deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales". El primer párrafo del Artículo 75 inc. 24 autoriza al Congreso de la Nación a aprobar esta categoría de instrumentos internacionales que implican que los Estados (el Estado argentino, en el caso) transfieren parte de sus competencias a nuevos entes "supranacionales" cuyas decisiones son aplicables inmediata y directamente en aquellos, sin necesidad de que los órganos internos las "recepten".

Estos tratados son, por imperio de las normas de rango supremo supralegales aunque infraconstitucionales (Artículo 75 inc. 22 C.N.) debiendo respetar, entonces, los "principios de derecho público" (Artículo 27 in fine C.N.) pero también "el orden democrático y los derechos humanos" (Artículo 75 inc. 24 C.N.) *conditio sine qua non* para que la República Argentina pueda sumarse a cualquier proyecto

*Cenicacelaya, María de las Nieves. Profesor Adjunto Ordinario Derecho I. FCE - UNLP. Secretaria del Departamento de Cs Complementarias. FCE - UNLP.

(1) Sustitutiva de la fracasada Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (A.L.A.L.C.) - creada por el Tratado de Montevideo de 1960, a la que en su inicio adhirieron Argentina, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú y Uruguay y a la que con posterioridad se sumaron Colombia, Ecuador, Venezuela y Bolivia- que propendía a la formación de una zona de libre comercio a la que se debía llegar en un plazo de doce años.

(2) T.J.C.E., "Costa c. ENEL", As. 6/64, Rec. 1964, página 1141 y "Onderneming van Gend and Loos c. Adm Fiscal Nederlanden", As. 26/63, Rec. 1963, página 72.

integracionista o continuar en él. Este requisito de fondo se halla en clara armonía con la relevancia que la protección de los derechos humanos ha adquirido en el sistema jurídico argentino a partir de la mentada reforma constitucional priorizando el respeto por la dignidad humana por sobre cualquier integración de exclusiva índole económica. Además, en cuanto a la forma, el segundo párrafo del Artículo 75 inc. 24 C.N. simplifica o dificulta el procedimiento de aprobación de un tratado de integración, según se trate o no de países latinoamericanos, favoreciéndose a los primeros con un mecanismo más ágil en razón de la historia en común.

No obstante, entonces, el carácter limitado del MERCOSUR, y que, al menos por el momento, no encuadre en el concepto constitucional de integración le son aplicables, de todas formas, las normas y principios constitucionales que condicionan este fenómeno del constitucionalismo contemporáneo que intenta superar el aislamiento excluyente para maximizar la complementación interregional, fortaleciendo la posición de cada país en su potencial negociador, por un lado, pero también y fundamentalmente, procurando una mayor protección para las libertades de los individuos. En este sentido, remarcamos la coherencia de la Constitución Nacional cuando entre los condicionantes de la integración destaca -como ya dijimos- el respeto del orden democrático y los derechos humanos y a la vez refuerza y mejora la protección estatal de éstos al otorgarle jerarquía superior a las leyes a los todos los tratados internacionales y rango supremo a once ⁽¹³⁾ instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos todos los cuales gozan de "jerarquía constitucional" entendiéndose "complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (Artículo 75 inc. 22 C.N.).

Si bien el derecho a migrar no ha sido formulado en términos categóricos por el derecho internacional convencional, no cabe duda que se trata de un derecho humano fundamental que encuentra reconocimiento indirecto en la libertad de circulación y residencia que, con diversa terminología y mayor o menor amplitud consagran varios de los instrumentos internacionales que en nuestro país gozan de

jerarquía constitucional ⁽¹⁴⁾ y que complementan así la tutela expresa brindada por varias cláusulas constitucionales strictu sensu (Preámbulo, Artículos 14, 20, 25, 75 inc. 18 y 125 C.N.) e implícita en virtud de la regla de salvaguarda de los derechos no enumerados contenida en el Artículo 33 C.N. que alberga una tendencia a optimizar el plexo de derechos y a propender a su acrecentamiento.

Ya en general, la libertad de circulación o locomoción (ius movendi et ambulandi) ha sido considerada por la jurisprudencia del máximo tribunal del país como "precioso derecho individual e importante elemento de la libertad" y por calificada doctrina como un derecho "fundante" que es presupuesto para el ejercicio de otros derechos constitucionales. Mas esta libertad adquiere singular importancia frente al fenómeno económico de la globalización y de los espacios económicos integrados. Prueba de ello es que en el Tratado de Roma -constitutivo de las Comunidades Europeas- del 25 de Marzo de 1957 la libre circulación de trabajadores (junto con la de mercaderías, servicios y capitales) es un derecho o libertad fundamental dentro del esquema proyectado para alcanzar un mercado común. Y, mejorando la idea, el Tratado de Maastricht recepta como un derecho específico la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión Europea dentro de su ámbito: evolucionándose así de una "Europa de los mercaderes" a una "Europa de los ciudadanos".

No obstante entonces que el libre tránsito de personas (y no sólo de capitales) se reconoce como presupuesto esencial de cualquier proceso de integración en paralelo se suele presentar a las migraciones y a los migrantes como una nueva "amenaza" en la aldea global. En nuestra región, en cambio, donde siempre han sido notorios los obstáculos políticos y administrativos que se han opuesto al desplazamiento de las personas a través de las fronteras nacionales parece irse consolidando el proceso inverso.

Precisamente es en el marco del MERCOSUR donde se da el primer avance en este sentido: en Salvador de Bahía en el contexto de la XII Reunión de Ministros del Interior del denominado "MERCOSUR ampliado" el 6 de Diciembre de 2002 los Presidentes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay firman el Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR y el Acuerdo sobre Regularización Migratoria Interna de ciudadanos del MERCOSUR, Bolivia y Chile que permiten la libre residencia de los nacionales de esos países en cualquiera de los otros. Esta normativa, sin precedentes en la región ⁽¹⁶⁾, y que aún se encuentra en proceso de incorporación al derecho interno de cada uno de los países como paso previo a su vigencia, conforme el procedimiento establecido en el Tratado de Asunción y el Protocolo de Ouro Preto de 1994, garantiza que los inmigrantes de los países citados gocen, en cualquiera de las

⁽¹³⁾ A ellos podrían sumarse en el futuro otros -hasta la fecha los instrumentos más importantes- hasta el día de hoy no decididos por el Congreso.

⁽¹⁴⁾ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo VIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 22; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículos 12 y 13; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, Artículo 5 de I y II; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Artículo 15; Convención sobre los Derechos del Niño, Artículos 10 y 11.

⁽¹⁵⁾ Sagarra i Trias, Eduard, "Artículo 13" en: "La Declaración Universal de los Derechos Humanos", A.A.VV., Karai-Antraz, Barcelona, 1998, página 250.

⁽¹⁶⁾ ABC Color, Asunción, 3 de Enero de 2003.

naciones, de los mismos derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicos que los nacionales del país de recepción, lo que, a no dudar, marcará un hito en el fortalecimiento de los derechos humanos pues ya no existirá la categoría de inmigrante ilegal para ningún ciudadano de estos países dentro del bloque. Ello conducirá a la regularización de unos 300.000 argentinos "ilegales" que, se estima, existen en las demás naciones del mismo, y a los cientos de miles de paraguayos, bolivianos, chilenos, uruguayos y brasileños en situación irregular en la Argentina (7).

A su turno, en el orden interno, los poderes públicos argentinos adoptan diversas normas que se encuentran en evidente sintonía con la apelación hecha desde la O.N.U. a través de su Comisión de Derechos Humanos solicitando "a todos los Estados que examinen y, cuando sea necesario, revisen sus políticas de inmigración incompatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos con miras a eliminar todas las políticas y prácticas discriminatorias contra los migrantes"(8). Por un lado, el 17 de Diciembre de 2003 el Congreso Nacional sanciona la Ley 25.871 en reemplazo de la ley de facto 22.439. La nueva norma establece, por un lado, que "el derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad" (9), y por otro, que el hecho de ser nativo de un Estado Parte del MERCOSUR, Bolivia y Chile implica la posibilidad de obtener una residencia temporaria en el territorio nacional" (10).

Por su parte el Poder Ejecutivo Nacional por Disposición 2079 2004 de la Dirección Nacional de Migraciones del 28 de Enero

de 2004 (11) decide suspender las expulsiones de todos los extranjeros provenientes de los países limítrofes que carezcan de la documentación que les permite vivir en el país, y que por eso se encuentran en situación ilegal fundamentando su decisión en el "proceso de integración avanzado" que la Argentina mantiene con sus países vecinos "cuyo principal objetivo es la conformación de un mercado común que implica la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países miembros". La norma que establece que se suspenden a partir de ahora "las medidas de expulsión o conminación a hacer abandono del país" de los "nacionales de países limítrofes" se complementa con la Resolución 345 03 del Ministerio del Interior por la cual los extranjeros de países limítrofes pueden obtener una residencia legal temporaria por dos años, hasta tanto entre en vigor el Acuerdo Mercosur sobre Residencia, basada en su nacionalidad. Para ello sólo deben acreditar ser nativo de un país limítrofe, carecer de antecedentes penales y presentar certificado de salud. Aunque esta medida es de carácter unilateral, el Gobierno argentino informa que existen conversaciones con los países limítrofes para "flexibilizar las políticas migratorias" en consonancia con las declarada intención integrista del MERCOSUR.

No obstante los temores que aún subsisten en nuestra región sobre eventuales traspasos de soberanía, a mediano o largo plazo dichas transferencias deberán tener lugar y el MERCOSUR dejará de ser sólo un prefacio integracionista. En ese contexto deberá ajustarse al expreso mandato constitucional que en materia de integración pretende superar un modelo estrictamente económico en pos de un espacio de libertades comunes, en el cual el principio de la libre circulación de personas y el derecho a la libre residencia así como su derivación natural, el derecho a migrar, reciban efectiva tutela tanto por parte de la normativa comunitaria como de los órdenes estatales particulares. A juzgar por las novedades normativas apuntadas creemos que se ha iniciado a andar el camino en esa dirección.

(7) *La Nación*, Buenos Aires, 9 de Noviembre de 2002

(8) Resolución 2001/5 sobre "El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia"

(9) Artículo 4, Ley 25.871

(10) Artículo 23 inc. 1, Ley 25.871

(11) B.O. 5 de Febrero de 2004

BIBLIOGRAFIA

- *Bidegain, Carlos M. "Curso de Derecho Constitucional". Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994. Tomo II, página 90.
- *Sabsay, Daniel A. en Simposio "Process of European and Global Constitutionalization". Berlin, 15 de Mayo de 1999.
- *Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, "Derecho Constitucional Argentino", Tomo I, página 546, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- *Midón, Mario, "El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del MERCOSUR". L.L. 1997 B, página 1041.
- *Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *op. cit.*, página 533.
- *Bidart Campos Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998, Tomo II, página 114.
- *Sagués, Néstor P., "Elementos de Derecho Constitucional". Astrea, Buenos Aires, 1997, Tomo II, página 332.
- *Dalla Vía, Alberto, "Derecho Constitucional Económico", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, página 280.
- *Colautti, Carlos E. "Los tratados internacionales y la Constitución Nacional", *La Ley*, Buenos Aires, página 118.