

MIGRACIONES EN EL MERCOSUR: ENTRE LA INTEGRACIÓN REGIONAL, LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PERPETUIDAD DEL ESTADO NACIÓN

Silvina Sartelli
Abogada

I. Introducción

La cuestión migratoria ha sido formulada y aplicada a partir de un conjunto de instrumentos nacionales, bilaterales, regionales y multilaterales. Los derechos humanos de las personas migrantes se encuentran regulados en prácticamente todos los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos adoptados desde mediados del siglo XX. En efecto, tanto los acuerdos como las declaraciones surgidas en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas como de la Organización de los Estados Americanos, reconocen un amplio catálogo de derechos humanos a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado. La nota común de estos documentos es que, en términos generales, establecen que la nacionalidad u otra condición de la persona no es ni debe ser un criterio válido para reconocer y garantizar un derecho humano.

A su turno, en el ámbito subregional se halla el Acuerdo de Residencia para los Estados Parte del MERCOSUR donde se consagran ciertos derechos para los migrantes incorporando como criterio migratorio el de la nacionalidad. Su incorporación a los Estados firmantes y adherentes ha sido dispar y su observancia relativa. Al mismo tiempo, se comprueba la firma permanente de acuerdos bilaterales que persiguen la normalización migratoria como fin, incluso con posterioridad a la firma de aquel, muchos de los cuales no consagran derecho alguno.

En esta línea, las legislaciones nacionales no resultan armoniosas con gran disparidad de criterio a la hora de admitir y regular nuevos flujos poblacionales, contando con leyes aún vigentes de períodos dictatoriales hasta las más respetuosas de los derechos migrantes. Algunas incorporaron la migración intra-bloque fortaleciendo al proceso de integración regional (Argentina y Uruguay) mientras que otras omitieron su referencia a pesar de haber sido modificada recientemente y ser parte del Acuerdo de Residencia (Bolivia).

En este contexto, surgen preguntas tales como: ¿hasta qué punto la política migratoria se utiliza como herramienta de fortalecimiento de la integración y como aspecto privativo de los Estados?, ¿cuáles son las principales contradicciones entre las normas que rigen la materia?

De modo preliminar, la hipótesis que guía este análisis afirma que los Estados del MERCOSUR³² aún optan por mantener el desarrollo de las políticas aplicables a los migrantes regionales dentro de sus órbitas, mostrando cierta renuencia a la hora de utilizarla como política de integración regional.

II. Migraciones en el ámbito internacional

Los derechos humanos de las personas migrantes se encuentran regulados en prácticamente todos los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos adoptados desde mediados del siglo XX. En efecto, tanto los acuerdos como las declaraciones surgidas en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas como de la Organización de los Estados Americanos, reconocen un amplio catálogo de derechos humanos a todas las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado. La nota común de estos documentos es que, en términos generales, establecen que la nacionalidad u otra condición de la persona no son ni deben ser un criterio válido para reconocer y garantizar un derecho humano.

Entre los instrumentos que compilan derechos de las personas migrantes se encuentran la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), la Convención sobre Derechos del Niño (CDN), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención contra la Tortura, Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT), entre otros.

De forma más específica, la Convención para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias (CTM), ha regulado más detenidamente algunos de los derechos ya reconocidos en tratados anteriores,

³² En el análisis realizado se optó por excluir a Venezuela dado que no ha ratificado aún el Acuerdo de Residencia, principal documento en materia de derechos migratorios.

incorporando otros relativos a situaciones propias del fenómeno de la migración y la situación de los y las migrantes en países de origen, tránsito o destino.

También en el ámbito americano los derechos de los migrantes encuentran sustento normativo. Tal el caso de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Estos instrumentos, junto con la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), forman en grandes líneas lo que se conoce como el “Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (SIDH). La jurisprudencia emanada de los principales órganos del SIDH ha ido desarrollando crecientemente una serie de estándares referidos a los derechos de los migrantes.

A partir de este cúmulo normativo es posible establecer una clasificación de algunos estándares en materia de protección de derechos de las personas migrantes: 1.- estándares sobre derechos civiles y garantías en el marco de políticas de control migratorio; 2.- estándares sobre derechos económicos, sociales y culturales; y 3.- estándares sobre niños, niñas y mujeres migrantes (IPPDH y Defensor del Pueblo, 2014). A continuación, se hará referencia a los dos primeros grupos únicamente.

II. 1. Estándares sobre derechos civiles y garantías en el marco de políticas de control migratorio

Los derechos contemplados en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de las Personas Migrantes y sus Familiares (CTM) están clasificados en dos grandes grupos: por un lado, aquellos reconocidos con independencia de la situación migratoria y, por el otro, aquellos que suponen una residencia autorizada. Los derechos civiles -así como el resto de los consagrados en su texto- también siguen esta división.

Tal como clarifica el informe elaborado por el IPPDH junto a la Defensoría del Pueblo (2014) esta particularidad puede parecer a simple vista una merma en la protección dispensada a los migrantes. Sin embargo, encuentra su razón de ser en las numerosas restricciones que los Estados imponían hallando sustento en otros tratados

más generales. De esta manera, este instrumento garantiza derechos aún para el caso que el migrante se halle en situación irregular³³.

Entre los derechos civiles otorgados con independencia de la situación migratoria, el CTM consagra: el derecho a salir de cualquier Estado (art. 8), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 12), opinión (art. 13), a la libertad y seguridad personal, que incluyen garantías de debido proceso en casos de detención (arts. 16 a 18) y expulsión (art. 22), el acceso a la justicia (art. 18), así como la prohibición de expulsiones colectivas. Entre los restantes, encontramos la libertad de movimiento dentro del territorio (art. 39).

II. 2. Estándares de derechos económicos, sociales y culturales (DESC)

Si bien los desarrollos recientes en el derecho internacional de los derechos humanos tienden a superar estas clásicas divisiones, lo cierto es que aún persiste la separación entre los derechos civiles y políticos -llamados derechos “de primera generación”- y los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) -“de segunda generación”-. Como se ha indicado, esta división entre categorías de derechos se vio consolidada por la adopción de dos pactos internacionales en 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)³⁴.

Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) son reconocidos en diversos instrumentos internacionales y regionales, como el Protocolo de San Salvador (PSS) vigente en el ámbito interamericano, además del Pacto citado en el párrafo precedente. El principio general se encuentra regulado en el artículo 2 del PIDESC donde se determina que los derechos económicos, sociales y culturales deben ser

³³ Tal lo sucedido con el artículo 13 del PIDCyP cuya redacción parecería limitar a las personas con residencia regular el derecho a que, en caso de expulsión del país, la medida se dicte “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley” y se garantice el derecho a “exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas. Los cambios posteriores a la redacción de esta norma –que data de 1966- y ante la realidad innegable de la migración irregular, ya no puede justificarse la aplicación de una sanción como la deportación sin asegurar la garantías del debido proceso.

³⁴ Esta separación se basa en un elemento cronológico y axiológico por el que los derechos civiles y políticos serían anteriores a los DESC y admitirían mecanismos de protección más endebles en el caso de los últimos. Advierte Vaccoti (2012) que esta visión ha sido superada por la “perspectiva que considera que existe una continuidad axiológica y estructural entre los derechos civiles y políticos, y los DESC, que los convierte en derechos interdependientes, indivisibles e interrelacionados que constituyen instrumentos para la expansión de la libertad de las personas” (p. 23).

reconocidos a *todas las personas presentes en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado de que se trate, sin distinción por origen nacional o social* o cualquier otra condición social³⁵.

A su turno, los diferentes órganos de interpretación de estos tratados han ido progresivamente reafirmando el reconocimiento de estos derechos a todas las personas migrantes, con independencia de su condición migratoria. A modo de ejemplo, el Comité DESC de Naciones Unidas, menciona expresamente como obligación dirigida al Estado en cuanto al derecho a la salud, la de abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas (incluidos los migrantes sin residencia legal) a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos³⁶.

En una observación más reciente, el Comité ha reafirmado que los derechos garantizados en el Pacto deben asegurarse a todas las personas migrantes. Así, ha establecido que no se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el Pacto por razones de nacionalidad o condición migratoria, resaltando que los derechos reconocidos en el PIDESC son aplicables a todas las personas, incluidas las no nacionales, como refugiados, solicitantes de asilo, apátridas, trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su nacionalidad, condición jurídica y la documentación que posean³⁷.

Volviendo al texto de la CTM se observa que la clasificación de la que se diera cuenta tiene mayor impacto en los derechos sociales: entre los derechos que se garantizan con independencia de la situación migratoria se hallan el derecho a iguales condiciones laborales en cuanto a la remuneración y otros aspectos (art. 25); derecho a sindicalizarse y solicitar la protección sindical (art. 26); el derecho a la educación para los hijos e hijas de los trabajadores (art. 30), y entre otros, el derecho a la salud en casos de emergencia. Por su lado, entre los derechos asegurados a personas migrantes en “situación regular” se encuentran los siguientes: (i) derecho a la información: de todas las condiciones aplicables a su admisión y, particularmente, de las relativas a su estancia y a las actividades remuneradas que podrán realizar (art. 37); (ii) establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo (art. 40), (iii) a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen (art. 41), (iv) a una igualdad

³⁵ El resaltado me pertenece.

³⁶ Comité DESC, Observación General 14, párr. 34.

³⁷ Comité DESC, Observación General 20 de 2009.

de trato frente a los nacionales en cuanto al acceso a la enseñanza, la vivienda, la salud, etc. (art. 42), y, entre otros, (v) a transferir sus ingresos y ahorros (art. 47).

A pesar de esta separación sustentada en la condición migratoria del titular de derecho, el principio *pro homine* (migrante) obliga a aplicar la norma más favorable a la persona humana, sea esta de fuente nacional o internacional y obliga también a la interpretación más favorable.³⁸ Este mismo principio es el que exige compatibilidad entre las leyes domésticas en materia de migración y los tratados de derechos humanos ratificados por cada país. Si bien el Estado tiene la facultad de fijar su política migratoria, éstas y su implementación deben ser plenamente respetuosas de los derechos humanos reconocidos en las normas vigentes en el país.

Sumado a ello, se ha afirmado que el principio de igualdad y no discriminación, como norma de *ius cogens*, establece que los Estados deben respetar y garantizar el ejercicio de los derechos humanos con independencia del estatus migratorio de la persona y no está permitido, “a partir de la condición migratoria, excluir a una clase de personas que se encuentran bajo su jurisdicción y control, de la protección que les otorga el DIDH”³⁹.

III. Migraciones y MERCOSUR

En el ámbito subregional, los documentos que mayor trascendencia tienen en materia de consagración de derechos a los migrantes intrarregionales son el Acuerdo de Residencia para los Estados Parte del Mercosur y Estados Asociados -aprobado en 2002 y vigente desde 2009- y el Estatuto del Ciudadano del Mercosur (Decisión CMC N° 64/10).

El primero incorpora el atributo de la nacionalidad como criterio para la solicitud de residencia temporaria por un período de hasta dos años⁴⁰. Este principio es

³⁸ Sobre el principio *pro homine* puede consultarse a Mónica Pinto (1997). El principio encuentra recepción en los tratados de DDHH como art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁹ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A nro. 18, 2003, párr. 109 y IV Informe de la Relatoría especial sobre derechos de migrantes, en CIDH, Informe Anual 2002, párr. 101.

⁴⁰ Artículo 1 OBJETO. Los nacionales de un Estado Parte que deseen residir en el territorio de otro Estado Parte podrán obtener una residencia legal en este último, de conformidad con los

fundamental pues permite que la condición de nacional de un Estado Parte -o asociado- sea suficiente para acceder a la residencia en el Estado receptor.

Generalmente, las legislaciones migratorias prevén como criterios tradicionales para obtener una autorización para residir o para tramitar un visado la acreditación de inscripciones para llevar a cabo una actividad determinada -como ser un trabajo en relación de dependencia, o un estudio universitario o de postgrado- una relación de parentesco con un nacional o residente, o la inversión en proyectos productivos, comerciales o de provisión de servicios, entre otros. La innovación del Acuerdo es la introducción de un nuevo criterio migratorio, utilizando una figura que fuese común a todos los países signatarios -la nacionalidad- y exigiendo los mismos requisitos de tramitación (CSM, 2014).

Por otra parte, el Acuerdo incorpora un interesante aporte al regular dos modalidades para acceder a una residencia. En el primer caso, el beneficiario puede presentar la solicitud de residencia en su propio país ante la sede consular del país de destino, es decir, con anterioridad al ingreso efectivo al territorio del país de destino. En el segundo caso, se habilita a los nacionales de una Parte que ya se encuentren en territorio de otra Parte y que tengan la intención de establecerse, a presentarse ante los servicios migratorios e iniciar el trámite directamente ante tales organismos en el país de destino. De esta manera, se obvia la exigencia para el migrante de abandonar el país donde reside, obtener la residencia y posteriormente reingresar al territorio. Además, esta segunda modalidad resulta operativa con independencia de la categoría migratoria con la que el migrante hubiera ingresado al tiempo que impide la imposición de multas u otras sanciones por la irregularidad en la que podría encontrarse el migrante por haber, por ejemplo, permanecido por mayor tiempo al autorizado al ingreso.

Adquirida la residencia, el ciudadano -así como su familia- goza de una serie de derechos tendientes a garantizar la igualdad con los nacionales del país receptor. El artículo 9° es el encargado de exponer el listado de derechos e igualdades otorgadas, entre los que figuran la igualdad de derechos civiles, en particular el derecho a trabajar; la consagración del trato igualitario con los nacionales en lo que concierne a la aplicación de la legislación laboral, especialmente en materia de remuneraciones, condiciones de trabajo y seguros sociales. Asimismo, se consagran derechos

términos de este Acuerdo, mediante la acreditación de su nacionalidad y presentación de los requisitos previstos en el artículo 4° del presente.

particulares de gran importancia para todo aquel que migra de su lugar de origen: el derecho a transferir libremente a su país de origen, sus ingresos y ahorros personales (remesas) y el principio de la reunión familiar.

Se observa, en suma, que el Acuerdo contempla el acceso de los migrantes a los derechos en igualdad de condiciones que los nacionales del país receptor, a excepción de los políticos, facilitando el acceso a la residencia por medio de un criterio migratorio novedoso que, basado en la pertenencia del migrante a uno de los Estados parte, consolida el proceso de integración haciendo de su persona el eje sobre el cual gira la política migratoria intrarregional.

Ahora bien, el articulado de la norma conlleva un compromiso para los Estados signatarios dado que ellos deben adecuar sus procedimientos y normativas en materia migratoria y de promoción y protección de derechos de las personas migrantes. Ello se encuentra reforzado desde el inicio del texto del Acuerdo cuando se declara que se reconoce “el compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones para lograr el fortalecimiento del proceso de integración, tal cual fuera dispuesto en el artículo 1° del Tratado de Asunción”.⁴¹

Sin embargo, la realidad demuestra que existen grandes contradicciones entre lo normado a nivel internacional y subregional y lo dispuesto por las legislaciones locales de los Estados Miembros y Asociados.

En efecto, entre las incongruencias que se presentan se pueden mencionar las siguientes:

a) Falta de ratificación de tratados internacionales (DDHH de los trabajadores migrantes)

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (adoptada por la Asamblea General de NU en su Resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990) reviste especial interés para la población migrante. Sin embargo, no todos los países miembros o asociados del bloque lo han firmado o se han adherido.

A continuación, se detalla las fechas de firma y/o ratificación de los países miembros del MERCOSUR y firmantes del Acuerdo de Residencia:

⁴¹ Considerando 8

Argentina: firma 10/08/04, ratificación 23/02/07

Bolivia: adhesión 16/10/00

Brasil: sin firmó o adhirió

Uruguay: adhesión 15/02/01

Paraguay: firma 13/09/00, ratificación 23/09/08

Chile: firma 24/09/93, ratificación 21/03/05

De esta forma surge que Brasil optó por no firmar este instrumento de gran importancia para el resguardo de los derechos de los migrantes, ya no sólo de aquellos intra-bloque. No obstante, todos los países son firmantes o adherentes del PIDCP y PIDESC.

b) Disparidad/coincidencias entre leyes migratorias

También se observa una gran diversidad legislativa migratoria entre los Estados donde distintos factores son tenidos en cuenta a la hora del tratamiento de las personas migrantes. Algunas de las leyes continúan enroladas en la restricción y negación de derechos humanos -desde una perspectiva autoritaria (legislación chilena de 1975) o centrada en la seguridad nacional (legislación paraguaya de la década de 1990), en tanto, que otras han evolucionado positivamente en este sentido, como ocurre con ley argentina de 2004, ley uruguaya de 2008. Así, en el primer caso, el migrante es visto como una amenaza que puede afectar la seguridad nacional lo que necesariamente conlleva fuertes controles estatales de ingreso y permanencia así como su estricta selección, lo que explica por qué sólo son admitidos aquellos que aporten un beneficio específico para el país, sustentado en criterios economicistas (Novick, 2005).

También se observa cierta divergencia respecto a la incorporación del proceso MERCOSUR a los textos nacionales. En efecto, países como Argentina y Uruguay han incorporado en sus reformas legislativas referencias explícitas al MERCOSUR: en el primer caso, incorporando la nacionalidad de los países del bloque como criterio para otro otorgar la residencia y destinando varios artículos al tema (entre ellos el 22, 23, 28); en el segundo caso, mediante la última reforma que permite a los nacionales del MERCOSUR ampliado adquirir la residencia definitiva, sin necesidad de solicitar la temporaria previamente (N° 19.254). Contrariamente, Bolivia no incluyó en su última reforma (2013) alguna referencia al bloque, a pesar de ser Estado asociado y ser firmante originario del Acuerdo de Residencia. Hubiera sido provechosa la

contemplación de los nacionales del MERCOSUR en su texto máxime cuando el país estaba transitando su camino hacia la incorporación como miembro pleno.

Al mismo tiempo, existen puntos en común entre los textos legislativos. A modo de ejemplo, todos los países de la región establecen en sus legislaciones restricciones para la entrada y permanencia de los extranjeros a través de distintos criterios que van desde enfermedades infectocontagiosas y mentales, alcoholismo y drogadicción, antecedentes penales o policiales hasta defensa del empleo nacional. También se observa que algunas leyes fomentan u otorgan beneficios a determinados extranjeros, como ser el caso de Paraguay al considerar “útiles” para el desarrollo del país a quienes generen empleo para los nacionales, ensanchen la frontera agropecuaria, reduzcan las importaciones o incorporen tecnologías; y Brasil quien otorga claros beneficios a favor de los ciudadanos portugueses por medio del Estatuto de Igualdad.

c) Contradicciones entre constituciones nacionales, leyes migratorias y normas MERCOSUR

Se advierten en numerosas oportunidades contradicciones a nivel normativo entre las constituciones de los Estados analizados, sus respectivas leyes migratorias y la propia normativa del bloque.

Entre los casos más salientes se incluye el de Paraguay donde se estipula una preferencia laboral para con el trabajador nacional (artículo 87) en desmedro de potenciales trabajadores extranjeros. Este tipo de norma no condice con la igualdad de trato contenida en el Acuerdo de Residencia -que persigue una igualación de trato con los nacionales- ni con la contemplada en la Convención Sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.⁴²

La misma incompatibilidad surge de la ley migratoria vigente con el mencionado instrumento y con la propia Constitución dado que aquella no contempla derechos civiles y sociales que esta última garantiza a todos los habitantes. A modo de ejemplo,

⁴² Por ejemplo el artículo 25: 1. Los trabajadores migratorios gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a remuneración y de: a) Otras condiciones de trabajo, es decir, horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término; b) Otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo.

el artículo 46 consagra la igualdad de las personas: “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien...”, mientras que la ley N° 978/96 contiene una enunciación de factores altamente discriminatorios a tener en cuenta para la recepción de flujos migratorios. Uno de ellos es el artículo 2 que consagra los criterios imperantes para la admisión de los extranjeros, y otro es el artículo 6 por el que se enuncian los impedimentos para la admisión en el territorio nacional. Entre otros impedimentos, se encuentran varios relacionados con problemas de salud como el padecimiento de enfermedad infecto-contagiosa o transmisible que pueda significar un riesgo para la salud pública; o insuficiencia mental que alteren sus estados de conducta, haciéndolos irresponsables de sus actos o provocando graves dificultades familiares o sociales; enfermedad crónica, que imposibilite para el ejercicio de la profesión, oficio, industria o arte que posea el inmigrante así como las discapacidades por defectos físicos o psíquicos congénitos o adquiridos (incisos 1, 2, 3).

También se registra cierta incompatibilidad en el caso de Uruguay. Si bien la ley migratoria se alista en el grupo de normas más favorables hacia el inmigrante, algunas normas constitucionales resultan más restrictivas que las propias de la ley vigente. Tal el caso del artículo 37 de la CN donde se señala que los inmigrantes adolecerán de defectos físicos, mentales o morales que puedan perjudicar a la sociedad. Esto contrasta notablemente con la amplitud de la ley donde se consagra como derecho inalienable de las personas migrantes y sus familiares sin perjuicio de su situación migratoria, el derecho a la migración, el derecho a la reunificación familiar, al debido proceso y acceso a la justicia, así como a la igualdad de derechos con los nacionales, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento *o cualquier otra condición* (artículo 1).

Similarmente, Brasil también presenta incongruencia entre su Constitución de 1988 y el Estatuto del Extranjero de 1980. La norma migratoria vigente choca abiertamente con la reforma constitucional de 1988, por la que se estipula que todos los habitantes son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, y garantiza a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad al derecho a la

vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad en los términos en ella establecidos” (artículo 5).

e) Falta de ratificación del Acuerdo de Residencia

Esta situación anómala se comprueba en el caso de Chile, país que ha optado por incorporar el Acuerdo por medio de Oficio Circular y aún no ha ratificado el Acuerdo por ley. Se advierte, entonces, que la postergada ratificación del Acuerdo se debería en parte a una cierta desidia proveniente de las autoridades, que no estiman la importancia de su ratificación así como a una actitud estratégica -ligada a un sesgo discriminatorio- que radica en no proceder a la ratificación con la clara intención de no favorecer a determinados grupos poblacionales: colombianos, peruanos y ecuatorianos.

f) Permanencia de organismos encargados de aplicar las políticas migratorias en Ministerios del Interior o Seguridad

En su gran mayoría las dependencias encargadas de los trámites migratorios, incluyendo el otorgamiento de las residencias MERCOSUR se ubican orgánicamente en los Ministerios del Interior. La excepción está dada por Brasil donde el Departamento de Extranjeros pertenece al Ministerio de Justicia (Secretaría Nacional de Justicia) aunque aquí cumple un importante papel la Policía Federal en lo atinente a la concesión de las residencias y entrega de CIE (Cédula de Identidad de Extranjero).

Argentina, Paraguay y Uruguay mantienen a las Direcciones Nacionales de Migraciones en el ámbito de sus respectivos Ministerios del Interior. A su turno, Bolivia reconoce a la Dirección General de Migración como un órgano descentralizado del Ministerio de Gobierno.

Chile también cuenta con un Departamento de Extranjería y Migración (DEM) en el ámbito del Ministerio del Interior y también tiene intervención el Ministerio de Defensa (MD) por medio de la Policía de Investigaciones de Chile (PDI) –a través de la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional- y los Carabineros de Chile – a través del Departamento Servicios de Frontera.

Por otra parte, generalmente se constata la intervención de otras entidades para trámites puntuales como el Ministerio de Relaciones Exteriores, de Trabajo y de Justicia.

La estructura del MERCOSUR replica esta dependencia institucional. En efecto, el Foro Especializado Migratorio funciona, desde el año 2004, en el ámbito de las Reuniones de Ministros de Interior del MERCOSUR y Estados Asociados.

IV. Conclusiones

Las diferencias apuntadas en este trabajo parecerían indicar que los Estados miembros del bloque presentan cierta resistencia a la hora de traspasar, dentro de sus límites territoriales, lo acordado a nivel regional e internacional en materia de derechos humanos de las personas migrantes. Las inconsistencias normativas entre las Constituciones nacionales, leyes migratorias y lo acordado a nivel internacional hablan de cómo la decisión final acerca de la extensión o reconocimiento de un nuevo derecho aún recae en cabeza del Estado nación, a pesar de los intentos por expandir la nacionalidad más allá de una frontera. La ausencia de la incorporación de los derechos políticos en el texto del Acuerdo de Residencia quizás sea el ejemplo más claro de esta reserva de atribución estatal.

Otro tanto podría decirse de la falta de ratificación legislativa de Chile, la omisión de la referencia al MERCOSUR en la reforma legislativa boliviana -a pesar de ser ambos firmantes del Acuerdo en 2002-, la permanencia de las instituciones migratorias dentro de los órganos de seguridad -replicado en el MERCOSUR con el Foro Especializado Migratorio-, el Estatuto de Igualdad de Brasil que dota de una situación de privilegio a un grupo poblacional extra bloque (los portugueses).

Como bien afirma Domenech (2008, 2013) si bien las iniciativas y medidas estatales pueden responder a recomendaciones y exigencias de organismos internacionales, aquellos aún mantienen injerencia al momento de decidir.

La detentación del poder en materia migratoria en manos del Estado resulta una cuestión central en el MERCOSUR, pues este esquema de integración presenta un fuerte carácter intergubernamental y de esa forma, como ocurre con otras cuestiones, la última palabra parece recaer, una vez más, en los Estados parte.

En consecuencia, el Estado sigue siendo un actor clave en la formulación y aplicación de la política migratoria, y que en virtud de la soberanía nacional posee la atribución de permitir, restringir o rechazar la entrada y permanencia de los inmigrantes así como determinar quiénes serán clasificados como nacionales o extranjeros, y sobre esta

base dotarlos de los derechos y obligaciones (diferenciales o no) de acuerdo con el principio de nacionalidad.

Bibliografía

CASTIGLIONE Celeste (2012). Políticas migratorias recientes en el MERCOSUR a través de la prensa escrita, o “en el nombre del bosque está el bosque”, en: Novick, Susana (dir.). *Migraciones y Mercosur: una relación inconclusa*, Buenos Aires, Catálogos, Pág. 139-158.

CONFERENCIA SUDAMERICANA DE MIGRACIONES (2014).

DOMENECH Eduardo (2008). “La ciudadanía de la política migratoria en la región sudamericana: vicisitudes de la agenda global”, en: Novick, Susana (comp.) *Las migraciones en América Latina*, Buenos Aires, Catálogos.

_____ (2013). “Las migraciones son como el agua”: Hacia la instauración de políticas de “control con rostro humano. La gobernabilidad migratoria en la Argentina”, *Polis* 35 (2013). Disponible en: <http://polis.revues.org/9280>; DOI: 10.4000/polis.9280

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR – Defensor del Pueblo de la Pcia. de Buenos Aires (2014.) *Acceso a derechos de las personas migrantes en la provincia de Buenos Aires*. Informe institucional.

MAGLIANO María José (2009). “Sociedad civil, migraciones internacionales y gobernabilidad. En la agenda política sudamericana”, XXVII Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología, Buenos Aires.

NOVICK Susana (2005). La reciente política migratoria argentina en el contexto del MERCOSUR. En S. Novick, A. Hener, y P. Dalle, Pablo, *El proceso de integración MERCOSUR: de las políticas migratorias y de seguridad a las trayectorias de los inmigrantes*, (pp.6-59). Documento de Trabajo N° 46, Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

PINTO Mónica. (1997). “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*; Centro de Estudios Legales y Sociales, CELS, Buenos Aires, Editorial Del Puerto, pág. 163.

SANTI Silvana. (2011). “¿Beneficios para todos? Crisis, desarrollo, y gobernabilidad, en la agenda política iberoamericana sobre migraciones”, disponible en: http://rimd.reduaz.mx/ponencias_flacso/PonenciaSilvanaSanti.pdf

SASSEN Saskia (2003). *Contrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Traficantes de sueños.