

MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

LILA EMILSE GARCÍA

Implicancias de la Nueva Política Migratoria Argentina

Abreviaturas	i
Agradecimientos	iii
Introducción	1
PRIMERA PARTE. EL PANORAMA ACTUAL DE LAS MIGRACIONES	11
<i>CAPÍTULO 1. EL panorama mundial actual</i>	<i>11</i>
1. Principales factores	11
2. La situación desde septiembre de 2001	13
3. Repercusiones	17
<i>CAPÍTULO 2. Panorama regional de la migración</i>	<i>21</i>
1. Latinoamérica y el Cono Sur	21
2. EL MERCOSUR	22
<i>CAPÍTULO 3. La migración en Argentina</i>	<i>31</i>
1. Primer acto, apertura: 1812-1902	31
2. Segundo acto, cierre: 1902-2003	35
3. Las migraciones recientes: desde el 2003	41
SEGUNDA PARTE. LA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA ARGENTINA	45
<i>CAPÍTULO 1. Los prolegómenos de la ley</i>	<i>45</i>
1. Introducción	45
2. La situación a modificar	47
3. El proceso de gestación de la ley	52
4. Líneas fundamentadoras del proyecto	59
<i>CAPÍTULO 2. La ley aprobada</i>	<i>63</i>
1. La ley	63
2. Comparación proyecto y ley aprobada	63
2.1. Artículos suprimidos	63
2.2. Modificaciones sustanciales	65
2.2.1. Definición	65
2.2.2. Objetivos	65
2.2.3. Los derechos	65
2.3. Receptados sin modificación	68
2.3.1. Ley y MERCOSUR	68
2.3.2. Salida y entrada	68
2.3.3. Empleo	68
2.3.4. Alojamiento	69
2.3.5. Empleo	69
2.3.6. Expulsión	69
3. Contenido de la ley	69
3.1. Ámbito de aplicación y objetivos	69
3.2. Derechos	70
3.3. Categorías de admisión	72
3.4. Impedimentos al ingreso y permanencia	74

3.4.1. Por condenas	74
3.4.2. Por antecedentes	75
3.4.3. Por causas administrativas	75
3.5. Cancelación y expulsión	77
4. Claroscuros de la ley	78
4.1. Imprecisiones	78
4.2. Desventajas	79
4.3. Ventajas	80
4.4. Breve balance de la ley	81
CAPÍTULO 3. Antesala de la regularización	83
1. Panorama	83
2. Las amnistías	85
3. Los acuerdos migratorios bilaterales con los países del Cono Sur	87
3.1. Bolivia	88
3.2. Perú	89
3.3. Brasil	89
3.4. Chile	90
3.5. Uruguay	90
3.6. Paraguay	91
4. Los acuerdos sobre circulación de personas en el MERCOSUR	91
4.1. Los Acuerdos de Residencia	91
4.2. Los acuerdos sobre regularización migratoria en el marco del MERCOSUR	92
CAPÍTULO 4. El Programa de Regularización de la situación migratoria	95
1. Inauguración	95
2. El Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria	96
3. Regímenes de regularización	99
3.1. La disposición para nacionales de Estados distintos al MERCOSUR	99
3.2. Regularización de nacionales provenientes del MERCOSUR	100
3.4. Régimen especial de regularización para nacionales bolivianos	103
TERCERA PARTE. EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS	105
CAPITULO 1. Derechos Humanos: poder y reivindicación	105
1. Configuración	106
2. Definición, caracteres y datos de su contemporaneidad	109
CAPÍTULO 2. Caracteres de los Derechos Humanos	115
1. Inherentes o innatos	115
2. Imprescriptibles o vitalicios	117
3. Inviolables	118
4. Inalienables, irrenunciables	119
5. Indivisibles, interdependientes	120
6. Complementariedad	121
7. Otras características de los derechos humanos	123
CAPÍTULO 3. Principios de los Derechos Humanos	127
1. Derechos humanos progresivos y el principio de progresividad	127
2. Principio de no regresividad	135
3. Efectividad y el principio del efecto útil	138
4. El principio <i>pro homine</i>	141
5. Primacía de la norma más favorable	144
6. El principio de universalidad	146
7. El principio de igualdad y no discriminación	147
CAPÍTULO 4. Obligaciones de los Estados en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos	157
1. El significado de las obligaciones estatales	157
2. La interpretación clásica de las obligaciones	160
2.1. Respetar	161
2.2. Garantizar	161

2.3. Prevenir	163
2.4. Investigar	164
2.5. Sancionar, reparar	165
3. El derecho interno	165
3.1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno	165
3.2. El derecho interno en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	167
4. La interpretación evolutiva de las obligaciones	168
5. Las obligaciones <i>erga omnes</i>	172

CUARTA PARTE. CONCLUSIONES **175**

1. <i>Introducción</i>	175
2. <i>Racconto de consecuencias en derechos humanos</i>	177
2.1. Derechos de los migrantes como un reconocimiento del Estado	177
2.2. La misma definición de derechos humanos permite incluir también las instituciones y mecanismos como “derechos humanos”, adquisición irrevocable y perseguible “hasta el máximo de los recursos disponibles”	178
2.3. El reconocimiento del derecho “a migrar” dentro de un plan de derechos humanos vuelve a la política migratoria un derecho humano en sí misma	178
2.4. La enunciación de derechos hecha por la ley es meramente enunciativa, tanto como lista como en cuanto a su densidad y extensión	179
2.5. Que los derechos reconocidos sean “mínimos” destaca como operan respecto de ellos los principios de progresividad y no regresividad	180
2.6. La reglamentación de la ley también debe ser mínima	181
2.7. Complementariedad y la mejor protección de la persona	181
2.8. La responsabilidad primordial es del Estado pero solidaria con otros actores	181
2.9. El principio de igualdad y no discriminación encuentra amplia recepción en la ley argentina	181
2.10. Otras	182
3. <i>MERCOSUR y migración luego de la NPM</i>	183
3.1. Los documentos producidos en el MERCOSUR	183
3.2. El instructivo de trámites MERCOSUR	185
3.3. Regularización y MERCOSUR reciente	186
3.3.1. Bolivia	186
3.3.2. Brasil	188
El Acuerdo para la concesión de residencia permanente a titulares de residencias transitorias o temporarias	188
4. <i>La aplicación de la norma más favorable</i>	191
5. <i>El examen de la nueva política migratoria como parte de la política hacia el MERCOSUR</i>	194
6. <i>Final</i>	200
7. <i>Bibliografía</i>	203
ANEXOS	215
Cuadro 1. Convenios bilaterales con países limítrofes y Perú	215
Cuadro 2. Cuadro comparativo de los regímenes de regularización MERCOSUR y extra MERCOSUR	215
Cuadro 3. Relevamiento de normas sobre regularización	217
Cuadro 4. Cuadro comparativo del Acuerdo para Nacionales del MERCOSUR y para nativos de Bolivia	219
Cuadro 5. Comparación de los convenios internacionales vigentes	221

Abreviaturas

Acuerdo de Residencia	Acuerdo sobre Residencia para los nacionales de los Estados partes del MERCOSUR.
Acuerdo de Residencia Ampliado	Acuerdo sobre Residencia para los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile.
BO	Boletín Oficial
CA, CADH o la Convención	Convención Americana sobre Derechos Humanos.
CDH	Comité de Derechos Humanos (órgano del PIDCyP).
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano del Pacto DESC
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales
CG	Comentario General, jurisprudencia de los órganos de protección de los instrumentos celebrados bajo los auspicios de las Naciones Unidas.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CM o Convención sobre los Migrantes	Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias.
Corte IDH”	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Corte EDH” o “CEDH”	Corte Europea de Derechos Humanos.
CVDT o CV	Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados
DA	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
DESC	Derechos económicos, sociales y culturales.
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
DNM	Dirección Nacional de Migraciones
DU	Declaración Universal de Derechos Humanos.
Ley Videla	Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración
NPM	Nueva Política Migratoria

OC-18/03	Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” (Emitida por la Corte IDH).
OC-16/99	Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal” (Emitida por la Corte IDH).
“PIDCP” o “el Pacto”	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
“PIDESC”	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
“PSS”	Protocolo de San Salvador adicional a la CA.

Agradecimientos

Los agradecimientos pueden ser breves, o muy largos. Para no abrir un grifo de palabras al respecto –verdaderas, pero por eso más difíciles de parar-, opto por una versión tipo telegrama.

A Dios, aquí y en todas partes.

A toda mi familia, la de aquí y la de mis viajes a México. Detrás de cada gran hombre hay una gran mujer, pero si en algo pudiera yo llegar a llamarme “grande” será sólo por la gran mujer tras de mí: mamá.

A mi director, Marcelo, a quien tengo el honor de admirar junto a otros muchos más que hemos descubierto en él no sólo a un erudito, sino a una persona noble como pocas quedan.

Al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas que financió estos años de investigación.

A todos los miembros del Instituto de Relaciones Internacionales y de la Maestría, por un espacio para el pensamiento divergente y especialmente a Laura Bogado Bordázar por todas las molestias con que la he importunado.

A todos mis compañeros de maestría, en particular por el tiempo fuera de las cursadas y en especial a Macarena.

A mis colegas de la cátedra de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por el aliento constante. Muy especialmente a nuestra titular, la Dra. Hortensia Gutiérrez Posse, por el espacio para presentar este trabajo. En el otro extremo, a Brian, quien desde Canadá me ahorró horas instruyéndome en la magia del procesador de textos.

Al ferrocarril San Martín, cuyas largas y sorpresivas interrupciones en el servicio me han permitido escribir y corregir muchas veces este trabajo y meditar más de la cuenta sobre algunas ideas.

A todos los que preguntaron “¿cómo va la tesis?” o su variante “¿ya la presentaste?”.

A Dios, la mejor herencia que me dejó mi abuela, Eva.

Introducción

I-

La pregunta de investigación que guía el presente trabajo es aquella que interroga acerca de las implicancias, para el Estado argentino, de desarrollar una política migratoria en el marco de derechos humanos. Más allá de los resultados del simple cotejo entre la norma en derechos humanos y las acciones argentinas en materia migratoria, el trabajo pretende identificar otras consecuencias derivadas del mismo sistema de derechos humanos donde se inscribe esta nueva política migratoria argentina.

El estudio de la migración y en particular en referencia a la Argentina, tiene no pocas connotaciones. Imágenes, discursos y *meas culpas* destacan el prestigio de la Argentina, tierra prometida del inmigrante, su “tradición humanitaria”, el “crisol de razas”. En el otro extremo de la historia nacional, recientemente la Argentina ha iniciado una experiencia migratoria que se reconoce como “sin precedentes”, que tiene además una importancia adicional en el mapa actual de las políticas migratorias a nivel mundial adoptadas post-2001 y post-2008, dos crisis que reabrieron grandes capítulos de restricción y criminalización hacia los migrantes.

Mejor mirado, nuestro pasado frente al inmigrante no fue tan brillante y parece asemejarse más a algo que reluce pero no es precisamente oro: las buenas intenciones no parecen haber sido tantas y si lo fueron, las prácticas se fueron moldeando según otros derroteros menos “altruistas”. Tomemos como punto de partida la inmigración como parte del proyecto de conformación de la Argentina. Ya en la temprana conformación del Estado argentino, la política de migración fue postulada como parte del proyecto nacional y del posicionamiento del país en el mundo, principalmente mirando a la Europa Occidental. Esto iba más allá de lo económico; como hace notar Devoto “gobernar era poblar, pero porque poblar era civilizar”: el papel de la inmigración era mucho más vasto que el de proveer mano de obra, “la inmigración debía cambiar a la Argentina”¹.

La política migratoria del período de la construcción nacional se caracterizó por una clara aficción eurocéntrica –aunque como algunos notan, no había una delimitación muy clara, ni territorial-fronteriza ni ideológica, acerca de lo que era “extranjero limítrofe”- y una actitud

¹ Devoto, Fernando, *Historia de la inmigración en la Argentina*, Buenos Aires: Sudamericana, 2004, p. 230.

claramente juricista, elementos que marcaron la creación de una política de migraciones destinada a atraer europeos -en la idealización, anglosajones- que “nos enseñarían las artes y oficios”, principalmente a través de herramientas jurídicas: así, en nuestra Constitución se insertaría la famosa cláusula sobre el fomento de la inmigración europea.

Dicha promoción, intentada principalmente a través de un bagaje de normas de agradables intenciones pero que poco y nada tenían que ver con la realidad, tornó casi una sátira el declarado objetivo del poblamiento de las tierras y el desarrollo de la agricultura en un país predominantemente ganadero; menos aún logró el pretendido objetivo de “educar” al pueblo argentino en los términos que fue planteada.

Poco y nada tenían que ver, decimos, porque en primer lugar los aires de la Ilustración depositaron en las normas (con la Constitución Nacional a la cabeza) todas las esperanzas de superar el atraso –siempre en relación de comparación con la Europa ilustrada. Como lo nota José María Rosa², la antinomia entre un pueblo español y una constitución liberal anglosajona “se resolvía quedándose con la constitución y eliminando a los argentinos”, lo cual es reconocido casi en los mismo términos por Alberdi, quien en sus Bases refiere que “no son las leyes las que precisamos cambiar: son los hombres, las cosas. Necesitamos cambiar nuestras gentes incapaces de libertad por otras gentes hábiles para ella... Si hemos de componer nuestra población para el sistema de gobierno... es necesario fomentar en nuestro suelo la inmigración anglosajona”. De esta forma, el positivismo jurídico de la omnipotencia de la norma y de la magia de sus términos para conjurar la realidad encontraría en el “fenómeno” migratorio el ejemplo más palpable de la época y de los años venideros: la migración se regiría por normas, y entre más se empeñara la realidad en no ajustarse a ellas, más normas.

La historia posterior, de la cual se da cuenta en el capítulo 3 de la Primera Parte, nos muestra que además nunca hubo un acuerdo en torno al capital simbólico atribuido al migrante. Las políticas migratorias elaboradas para contribuir al proyecto de un país y su inserción en el escenario internacional comparten, más que la falta de coherencia, la falta total de un plan respecto a la migración, tanto en el ámbito estrictamente interno como en su proyección internacional: las acciones han sido espasmódicas, registrando avances como, casi inmediatamente, fuertes contramarchas. Ello fue patente en las políticas inconstantes que se adoptaron, de apertura y restricción, selectividad, criminalización.

² Rosa, José María, *Historia argentina*, Tomo VI, Buenos Aires: Oriente. 1979, p. 103.

Desde aquella época, pasando por los gobiernos peronistas que dan inicio a la posibilidad de amnistía para los residentes ilegales y los gobiernos militares hasta 1976, la política migratoria ha sido errante y no ha podido resolver una constante dicotomía: el fomento de la inmigración frente al reconocimiento de su importancia como variable de crecimiento económico; la restricción frente a la visión del extranjero como amenaza.

Esto también se hizo evidente en la falta de consenso para lograr una legislación marco pero también, en la facilidad y nada casual estrategia de regular la migración mediante decretos y una maraña de reglamentaciones. De allí surge uno de los puntos por los cuales asignamos importancia a la adopción de la Ley Nacional de Política Migratoria 25.871 y la hacemos objeto de este trabajo: un marco de seguridad jurídica, una plataforma para la acción y formulación de una política de Estado en torno a la migración. Pero además, la adopción de esta ley y las políticas adoptadas con posterioridad (como el Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria que se trata en el Capítulo 4 de la Segunda parte) se inscriben en un marco mucho más amplio que imprimen una dirección y un contenido particulares a la política migratoria y sus acciones consecuentes. Nos referimos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

II-

El punto de partida de este trabajo, esto es, que la Nueva Política Migratoria argentina se desenvuelve bajo el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (y que esto genera muy precisas consecuencias), puede no ser tan obvia. Una de las razones de ello es que la política migratoria ha sido tradicionalmente considerada como una política interna, ligada al territorio y sobre todo, al “elemento población”: en este sentido, con la organización del mundo en Estados-nación –aún con toda la indefinición y las luchas a que dio lugar esto- se fijan las fronteras territoriales pero también las mentales en torno a lo que sería considerado “extranjero”. Ello explica porque incluso hoy, los países se resisten a reconocer derechos (humanos, constitucionales, legales) a los migrantes que llegan a sus países y el lento avance de la normativa internacional en este aspecto.

En particular, la economía organizada en mercados nacionales organizó los movimientos de personas en torno al “factor trabajo” y las migraciones se concebían como temporales y limitadas al desempeño de una actividad laboral según las necesidades del mercado; esto en gran medida sigue siendo visto de la misma manera y es incluso reivindicado por defensores de los migrantes

o académicos que se preguntan acerca de porqué circulan todas las mercancías y no se permite la migración de personas en búsqueda de trabajo, señalando esto como una “paradoja”. Sostener esto, debemos decir, es reducir a la persona a un factor de producción. Es entonces la internacionalización de la economía y los mercados la que produce la creciente inscripción de la migración en los asuntos internacionales, sobre todo en el área de las “problemáticas” de los Estados.

El hecho de que se han borrado las fronteras entre lo estrictamente interno y lo específicamente externo tiene especial importancia, por otro lado, en materia migratoria. Las corrientes migratorias contemporáneas son predominantemente internacionales y son visualizadas por los Estados como una “amenaza” –sobre todo con posterioridad al 2001- mientras que los académicos modernos intentan posicionarlas como “oportunidad”, un planteamiento dicotómico blanco-negro donde aún no se han ofrecido buenas perspectivas de grises. De una forma u otra, en sí mismas ponen en entredicho los pilares históricos del Estado nación (ya puestos en cuestión por otros actores y factores de la globalización) al dificultar el control de las fronteras estatales y la “elección” de la población. De esta forma ponen de relieve lo caduco de las políticas unilaterales y la necesidad de una co-gestión y más ampliamente, de una cooperación internacional.

En el ámbito bilateral, no son pocos los Estados que han, históricamente, inscrito las políticas migratorias en las bases de sus relaciones, pudiéndose mencionar los casos Estados Unidos-México, Estados Unidos-Cuba, Costa Rica-Nicaragua, Colombia-Venezuela (aunque en rigor, en este caso se trate específicamente de refugiados y no de migrantes), Argentina-Bolivia (más aún que Argentina-Paraguay). Sin embargo, en muy poca medida las políticas en migración han formado parte del “conjunto coherente de políticas, alianzas, relaciones económicas preferenciales y prácticas diplomáticas que definen la estrategia de inserción de un país”, o sea, de la política exterior³. Como ya lo hemos dicho, un primer elemento ausente en la formulación de una política migratoria es la coherencia.

Un segundo elemento de internacionalización de la cuestión migratoria tiene que ver con el trato que los Estados dispensaban a los nacionales de otros países que se habían convertido, mayormente contra la “voluntad” del propio Estado de recepción, en parte de su población. Por

³ DE LA BALZE, Felipe, “La política exterior en tres tiempos. Los fundamentos de la ‘nueva política exterior’ en De la Balze, F., y Roca, E., *Argentina y Estados Unidos. Fundamentos de una nueva alianza*, Buenos Aires: Cari-Abra, 1997, pp. 11-129.

un lado, la protección de los extranjeros (migrantes o no) fuera del territorio del Estado de su nacionalidad se ejercía tradicionalmente mediante la protección diplomática, con lo cual no era necesario, en principio, la existencia de otros mecanismos. Sin embargo, como reseñaremos en el capítulo sobre Derechos Humanos (Capítulo 1 de la Tercera Parte), ciertos acontecimientos mundiales pusieron de relieve la carencia de dichos mecanismos, pensados no sólo para un Estado que quisiera ejercer la protección diplomática, sino para los casos individuales y no para un movimiento de masas.

Por otro lado, el ingreso en condiciones de ilegalidad es uno de los signos distintivos de las migraciones contemporáneas: ilegalidad, clandestinidad, irregularidad o indocumentación (todas consecuencias de este ir “en contra de la voluntad” del Estado de recepción) son todos obstáculos para el ejercicio de derechos: por la necesidad de evitar a las autoridades, por falta de la documentación para iniciar reclamos, por necesidad de ésta para acceder a distintos servicios.

De esta forma, la migración se vio poco a poco incorporada en la agenda de los derechos humanos, representando estos así otra vía de internacionalización de la cuestión migratoria. Incluso los Estados que defienden más acérrimamente el tratamiento de la migración en términos de seguridad (también social, económica y cultural) se las tienen que ver con certeros ataques por su desconocimiento de derechos a los migrantes en su territorio y acuden con no poca frecuencia al mismo paradigma de estos derechos para intentar dar alguna legitimidad a sus acciones, como por ejemplo, el deber que tienen de proteger a sus ciudadanos frente a la supuesta amenaza económica que representan los migrantes para los puestos de trabajo nacionales.

Hay, finalmente, un factor adicional para el tratamiento de la cuestión migratoria en la órbita de los derechos humanos para el caso particular de la Argentina.

Por diversas fuentes, la Argentina ha manifestado que la adopción de la nueva ley intenta “dar cumplimiento a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes”. El ministro Jorge Taiana afirmaba que “desde que asumió la presidencia de la Nación el 25 de mayo de 2003, el Presidente Kirchner promovió “la recuperación y reafirmación de aquellos principios sobre los cuales se fundamentó históricamente la política exterior argentina”; el primero que menciona es: “el respeto y la promoción de los derechos humanos y la democracia”, “política de estado tanto en el ámbito interno como una constante de su política exterior”, con énfasis también en “la profundización de

la integración regional, el MERCOSUR”. Esta apelación a los derechos humanos estará presente en todas las acciones del gobierno (nacionales e internacionales⁴), apuntalada principalmente por los actores sociales involucrados en la adopción de la ley.

Por si fuera poco, aún ante la inexistencia de un derecho a migrar consagrado internacionalmente, la Argentina se enrola en la postura de vanguardia, reconociendo tal derecho y las obligaciones que acarrea. Esta asunción unilateral que no tiene correlato evidente en obligación internacional alguna acarrea consecuencias particulares, cuyos fundamentos teóricos se desarrollan en el apartado “el derecho interno” del capítulo 4 de la Tercera parte.

Finalmente, la cuestión migratoria se plantea estrechamente vinculada a otro objetivo declarado por el Gobierno: la integración MERCOSUR. En el Segundo capítulo de la primera parte nos referiremos al rol que el MERCOSUR tuvo como contexto ideológico.

Esta es en suma la base que sustenta que la nueva política migratoria argentina se enmarca en el derecho internacional de los derechos humanos. Sobre esta base intentaremos demostrar que, a más de lo ajustado de la nueva política migratoria argentina a los estándares internacionales, existen precisas consecuencias derivadas de los caracteres, principios y obligaciones en derechos humanos, entre ellas: (i) los derechos reconocidos en la legislación interna con mayor amplitud que la internacional constituyen el contenido del derecho humano también en la esfera internacional, (ii) son un piso mínimo sobre el cual se aplican los principios de progresividad y no regresividad; lo mismo vale para (iii) el conjunto de acciones emprendidas, que en tanto piso mínimo es además, no susceptible de derogación o retraimiento por otros tratados, legislaciones subsiguientes o normas inferiores.

Terminología

El primer elemento a deslindar es la diferencia entre “migrante” y “refugiado”⁵. Este trabajo adopta la terminología actual para referirse a los movimientos emigratorios e inmigratorios de fines del siglo pasado hasta la actualidad; como lo enunciara la Relatora Especial de Naciones

⁴ Por dar solo un ejemplo, en la VII Conferencia Sudamericana sobre Migraciones, la Argentina firmó la Declaración de Caracas, en la cual se reconoció que “el ser humano debe ser el centro de los programas y políticas migratorios”; un año antes, en la VI CSM, la Declaración de Asunción plasmaba el valor que los países sudamericanos atribuían a la migración, reconociendo el derecho a emigrar y la obligación de trabajar en políticas migratorias fundamentadas en la dimensión ética del respeto a los derechos humanos.

⁵ Según la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, es aquella persona que “debido a temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país...”.

Unidas para los Migrantes en su Informe de 2005⁶, “migrantes” es un término genérico que cubre emigrantes e inmigrantes, entendiéndose, respectivamente, “una persona que deja su Estado para moverse a otro e instalarse allí”, “una persona que entra en otro Estado para residir allí”. Esto independiza la noción de la causa laboral, aunque no puede desconocerse que en gran medida las migraciones siguen teniendo tal motivación. Veremos sin embargo que la nueva ley de migraciones utiliza la palabra “extranjero” como sinónimo de “inmigrante”: esta amplitud se plantea como dudosa en algunos aspectos que se abordan en el apartado 4 del Capítulo sobre la ley aprobada, aunque puede tener algunas ventajas sobre las nuevas corrientes que plantean un “derecho a la movilidad” más que “a migrar”.

Por su parte, la institución del “refugio” alude a situaciones específicas o más bien, especificadas como tales en diversos instrumentos internacionales y cuentan con mecanismos específicos de protección. Sin embargo, la creciente interacción entre el Derecho Internacional Humanitario – donde se inscriben las preocupaciones concernientes a refugiados y desplazados- y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos alcanza a las tres categorías de personas en movimiento para lograr la situación más favorable: este principio *pro persona* se trata en el capítulo 2 de la Tercera parte. Hay por otro lado una interacción de hecho dada por las características actuales del “fenómeno” migratorio, sobre todo plasmado en la voluntad forzada a salir del país: una de las principales distinciones en los motivos de salida son los económicos del migrante, los cuales exhibirían una voluntad libre, informada, maximizadora de oportunidades, etc. frente a la falta de opciones del refugiado. Esto es cada vez menos así.

Hay de hecho algunos matices que permiten inscribir al migrante en las preocupaciones comunes a los refugiados. En primer lugar, debemos tener en cuenta que, de todas las nociones implicadas en la “migración”, dos tienen una importancia particular: la de “trabajo” -migrar por motivos laborales- y concomitantemente, la de la responsabilidad personal por el acto de migrar. Una y otra pertenecen a la concepción del *homo economicus* que migra en busca de mejores condiciones laborales y a una teoría de la migración (mayoritaria aunque con crecientes cuestionamientos) que entiende que es el mecanismo de expulsión/atracción o teoría hidráulica la que mejor explica la migración: el migrante se va porque las mejores oportunidades están en otro lado. La principal consecuencia de esta concepción es la atribución de la responsabilidad personal por el migrar, la decisión individual que pone en la cabeza y espalda del migrante las consecuencias de su acto.

⁶ Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas para los Migrantes, Informe E/CN.4/2005/85.

No obstante, en estas perspectivas hay varios factores que están desdibujados. Entre ellos, el rol de la vida: cada vez más, la decisión de migrar se parece a la que efectúan desplazados y refugiados; hablamos de migraciones desesperadas o al menos, costosas, dolorosas. Además, esta pretendida decisión racional e individual del *homo* resta importancia a los constreñimientos a que se ve sometido tanto como libera al Estado expulsor o al receptor de toda responsabilidad en cuanto a su decisión.

Esto se relaciona también con otro factor de las políticas migratorias, cual es la inscripción de las mismas dentro de las políticas internas o del ámbito de no injerencia de los Estados. A diferencia de desplazados y migrantes, o incluso de otros grupos vulnerables en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, hay un entendimiento común, un punto de partida, acerca de la legitimidad de controlar cada uno a su manera el “factor” migración: salvo violaciones gravísimas a los migrantes (que incluso acaparan los foros de derechos humanos sin mayor trascendencia), de allí hacia lo menos, el margen de discrecionalidad de los Estados en cuanto a la migración es considerablemente alto. De allí que incluso la afirmación “los Estados siempre han controlado, en mayor o menor manera, los flujos migratorios” –como si eso lo legitimara todo, incluso el mero hecho de ejercer el control-, sea un punto de partida indiscutible en muchos estudios sobre la migración.

Otro aspecto a precisar es que las migraciones a que haremos referencia son aquellas que pueden ser señaladas como “no exitosas” o “costosas” –por más que varios planteen “desensamblar las categorías”⁷, aunque consideramos que esta constatación sobre el “éxito” no sea del todo una categorización- sobre todo en términos de derechos, predominantemente conformada por migrantes de bajos recursos. La conjunción de pobreza más ilegalidad, cuando no femineidad, barreras idiomáticas, falta de redes, indigenismo, etc. es el núcleo desencadenante de una necesidad exacerbada de protección.

Un punto adicional y siempre debatido es el uso del término “ilegal”, “irregular”, “indocumentado” o “clandestino” para designar la entrada o la estancia en contravención a la ley o a disposiciones administrativas. Los que se inclinan por “indocumentado” –ya que no serían ilegales o irregulares sino que simplemente no tienen documentación- son criticados porque en realidad no se trata de que carezcan de documentos, sino de *ciertos* documentos: la mayoría sí tiene documentos, del Estado de su nacionalidad o última residencia. Algunos se inclinan

⁷ Sassen, Saskia, “Theory aspects of migration and crisis”, Conferencia en el marco del *Seminario Internacional Migración en los albores del siglo XXI*, 13, 14 y 15 de octubre de 2009.

entonces por el uso de irregular aunque en verdad, pensamos que justamente “lo regular” es la entrada, tránsito o permanencia en condiciones que contravienen lo dispuesto en las leyes.

Nos inclinamos por la designación como “ilegales”, sobre todo porque muestra la necesidad de cambiar la posición hegemónica que ha triunfado tras la adopción de una ley. El Derecho, visto como producto de luchas y la norma en particular, es el resultado de un equilibrio (o desequilibrio) de fuerzas en un lugar y momento dados; la norma, en este sentido, es una herramienta para zanjar o intentar terminar una discusión, intentando eliminar asépticamente el poder. Enfrentar a una situación el argumento de una norma es una herramienta poderosa –y allí terminan muchas cosas, “porque la ley lo dice”, pero más poderosa debiera ser todavía apelar a esto que se ha dado en llamar “derechos humanos”, con todos los defectos y deformaciones de los cuales damos cuenta en el capítulo 1 de la tercera parte. De allí que designar la situación como “ilegal” es síntoma de un orden de cosas que lucha por emerger, señalando que es una situación dada que debe ser vista sólo en relación a una norma. Es además la situación más clara: es migrante ilegal porque la ley lo dice, lo cual es un dato sobre la ley pero también, sobre lo que hay que cambiar.

Preguntas de investigación y objetivos

El trabajo exploratorio para esta tesis dio los siguientes puntos de partida: (i) esta nueva política migratoria se desarrolló en base a dos grandes pilares: la ley 25.871 y el “plan de regularización”; (ii) dicha política recoge coherentemente –salvo algunas excepciones que marcaremos en el apartado 4 del Capítulo 2, Segunda Parte- los derechos reconocidos en los principales instrumentos de derechos humanos; (iii) la nueva política migratoria argentina se desarrolla a la vanguardia de las tendencias mundiales actuales en materia migratoria.

Con estos puntos de partida, el trabajo intentó indagar acerca de cuáles son las implicancias de aquella coherencia entre el plano del derecho internacional de los derechos humanos y la política adoptada, más allá de los claros términos de los tratados en derechos humanos que, como hemos señalado, la ley recoge muy diligentemente e incluso en mayor amplitud.

La primera pregunta de investigación es entonces qué implica, para el Estado argentino, desarrollar una política migratoria en el marco de los Derechos Humanos. Para esto se releva el qué significan los derechos humanos, cuáles son sus principios y objetivos y cuáles las obligaciones que dimanar para los Estados de los principales instrumentos del DIDH. Dado que el cotejo entre la norma interna de migración y las normas internacionales dieron un primer

diagnóstico favorable, el trabajo buscó otras consecuencias que no se desprendieran directamente de la letra de la ley interna o del tratado⁸, sino del sistema mismo donde se inscribió la nueva política migratoria.

Una segunda pregunta de investigación tiene que ver otras consecuencias de la NPMA, en particular sobre el escenario regional: cuál es el panorama migratorio (capítulo 2 de la Primera Parte) y de derecho internacional (especialmente apartado 3 Capítulo 3 de la Segunda Parte) sobre el cual se asentó la NPMA y si la misma ha tenido consecuencias en sus Estados vecinos.

El recorte temporal se sitúa en los años 2003-2007: el período anterior, incluso desde los inicios del Estado argentino, se toman como marco histórico y antecedentes; del posterior se da cuenta en las conclusiones a fin de poder evaluar sus acontecimientos como posibles consecuencias de la NPMA.

Para tales fines, los objetivos planteados fueron: (i) describir el escenario mundial, tanto internacional como regional, donde la nueva política migratoria se desenvuelve; (ii) describir el escenario nacional en el cual se gestó en tres grandes tramos: la historia anterior a 2003, los prolegómenos de la ley –Capítulo 1 de la Segunda parte- y el proyecto de regularización –Capítulo 3 de la Segunda parte; (iii) explicar el contenido de los dos pilares de la NPMA –ley y plan de regularización-, con particular énfasis en los derechos que ambos reconocen; (iv) describir y analizar los caracteres y principios de los derechos humanos, evaluando sus alcances en cuanto a la NPMA; (v) identificar las obligaciones en derechos humanos que emergen de los principales instrumentos de derechos humanos y de la jurisprudencia de los sistemas universal y regional interamericano para el Estado argentino. Por último, describir y explicar las proyecciones de la nueva política migratoria hacia el Cono Sur, identificando en particular las repercusiones en la adopción de políticas similares y la producción de políticas migratorias en el MERCOSUR.

⁸ Adoptamos la definición de tratado que surge de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, según la cual se entiende por “tratado”, un “acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular” (art. 2.a).

PRIMERA PARTE. EL PANORAMA ACTUAL DE LAS MIGRACIONES

CAPÍTULO 1. EL PANORAMA MUNDIAL ACTUAL

1. PRINCIPALES FACTORES

Diversos estudios convergen en señalar cuatro factores fundamentales que moldean en las migraciones contemporáneas: capitalismo, globalización¹ y las consecuencias que acarrearán al poner en entredicho los conceptos que definen al migrante en cuanto tal²; los atentados terroristas de septiembre de 2001³ y finalmente, las crisis alimentaria, financiera y económica actuales refuerzan la tendencia política mundial a la criminalización de la migración generando múltiples focos de expulsión.

En primer lugar debemos señalar que la experiencia migratoria en su forma contemporánea es propia del capitalismo: no hay capitalismo sin migraciones y los movimientos anteriores de personas corresponden más bien a distintas fases de un mismo nomadismo.

Mientras los mercados nacionales coincidieron con el Estado nacional, los movimientos migratorios se desplazaron del campo a la ciudad, y la creciente desnacionalización de aquéllos encuentra el “factor trabajo” en movimiento detrás del capital provocando grandes “flujos migratorios”. Sin embargo, la migración como preocupación de los Estados a nivel internacional es relativamente reciente, dado que su regulación era una cuestión esencialmente de política

¹ CASTLES, Stephen; MILLER, Mark, *La era de las migraciones. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México: Porrúa, 2004; MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge, *La migración internacional y el desarrollo en la era de la globalización e integración: Temas para una agenda regional*, Serie Población y Desarrollo, Santiago de Chile: CEPAL, 2000. MÁRMORA, Lelio, *Las políticas de migraciones internacionales*, Buenos Aires: OIM-Paidós, 2004. MEZZADRA, Sandro, *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2005. Traducción del original: *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione* (2001), Miguel Santucho.

² García, Lila, “Desorden mundial, orden migratorio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLII, nro. 124, enero-abril 2009, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM: México, pp. 195-234.

³ Entre muchos: MITCHELL, Christopher, “The significance of the September 11, 2001 terrorist attacks for United States-bound migration in the Western Hemisphere”, *International Migration Review*, June 30, 2002, Volume 36; Issue 1; TEITELBAUM, Michel, “The role of state in international migration”, *The Brown Journal of World Affairs*, Winter 2002 – Volume VIII, Issue 2, 2001; LIZANO, Ana, Ed., *América Latina y la segunda administración Bush: un debate en torno a la migración*, San José: FLACSO, 2008.

doméstica⁴. Tan reciente que, todavía, aspectos específicos de su internacionalización es incipiente: en derechos humanos, la *Declaración sobre derechos de las personas que no son nacionales de los Estados donde viven* recién llegaría en 1985. Será, en este marco, el trabajo de distintas agencias de derechos humanos el que detectaría las áreas urgentes en derechos humanos de los migrantes.

En ese sentido es un lugar común afirmar que “migraciones ha habido siempre” y que hasta por lo menos la Primera Guerra Mundial, la economía y el contexto global en general permitían que el flujo de inmigrantes se reasentara espontáneamente⁵, lo cual no hace más que mostrar dos cosas: por un lado, que lo que “ha habido siempre” es movimiento de personas: el *homo sapiens* “migraba” para sobrevivir. De allí que podamos inscribir la migración y su más amplio espectro (el movimiento) como una experiencia constitutiva del ser humano. Por otro lado, la Primera Guerra Mundial puede ser consignada como un escenario de transición, al punto que dejó al desnudo las dificultades europeas de la expansión capitalista –en la forma de construcción de un Estado nacional- cuando grandes masas de población fueron declaradas indeseables y se vieron en la dificultad –hasta la imposibilidad- de ser aceptadas en el nuevo espacio designado por las fronteras nacionales.

En cuanto a la globalización, de todos los componentes que dicho concepto pone en juego⁶, mencionaremos dos que tienen una relevancia particular: la desconfiguración del Estado nacional y la revolución de las comunicaciones. La primera variable pone en crisis los límites que definen el ser “extranjero” y el ser “migrante”: frontera, población nacional (homogénea por definición), ejercicio de la soberanía, ciudadanía. Esta desconfiguración y supuesta pérdida de soberanía y vaciamiento de los conceptos satélite del Estado nacional se enfrenta con duros dispositivos de control sobre el migrante (anatomopolítica) y con una biopolítica de las migraciones. La segunda variable, en particular Internet, tuvo un impacto importante en la concepción de la experiencia migratoria, la información disponible para la decisión migratoria y en los intercambios culturales entre las comunidades de llegada y salida, por ejemplo.

Se reconoce así que la rapidez con que los capitales de inversión entran y salen de determinadas regiones ha contribuido, junto con otros factores, a algunas de las más grandes crisis financieras,

⁴ Mármora, ob. Cit. Nota 1.

⁵ Véanse los relatos de Francisco De Alba para la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, “Informe sobre la violación de los Derechos Humanos de los Trabajadores Migrantes, México, (manuscrito original sin datos de publicación) y Mezzadra, ob. Cit., capítulo I.

⁶ Véase García, Lila, “Orden mundial...”, ob. Cit. Nota 2.

generando movimientos poblacionales en medio de un fuerte sentimiento de inseguridad humana⁷. En este panorama, hay dos hechos indiscutibles (i) que pese a todas las políticas "restrictivas", los procedimientos judiciales y administrativos denigrantes, la suma de acciones que constituyen una afrenta a la dignidad humana y en definitiva, pese al riesgo de perder la propia vida (cuántos casos de cubanos, dominicanos o haitianos muertos *de agua* en el mar, o mexicanos de sed en el desierto), lo cierto es que seguirán cruzando las fronteras⁸, y si nada revierte sus causas pronto serán más: desniveles de población y riqueza causan corrientes migratorias masivas, "imparables con leyes y guardias fronterizos ya que obedecen a una ley casi física de vasos comunicantes"⁹.

En tercer lugar, los atentados del 9-11 tendieron el lazo que sinonimizó "terrorismo: árabe: extranjero: migrante". Luego que el "9-11 Report" reconociera una importante falla en el control migratorio (aunque los saudíes intervinientes tuvieran visas legales), se inicia una cruzada en contra de la migración ilegal, principalmente ilegalizándola: más trabas, más muros, más control. Entre las consecuencias más visibles del 9-11 está, entonces, la creación de más ilegales: Guantánamo para los árabes y clandestinidad para los migrantes, o la creación de una zona franca, liberada, donde no se necesitan mayores artilugios legales.

2. LA SITUACIÓN DESDE SEPTIEMBRE DE 2001

Las tendencias mundiales en migración son diametralmente opuestas a las emprendidas por la Argentina en 2004. Principalmente desde el llamado "911" y la securitización de la agenda internacional (aprovechando la oportunidad de reforzar la tendencia histórica de tratar de imponer su agenda al resto del hemisferio e insistir con la postura maniquea de "están con nosotros o están contra nosotros"¹⁰, los migrantes, como extensión de los extranjeros y éstos como extensión de los árabes, se convirtieron en el Otro enemigo y la migración, en una cuestión de seguridad nacional. En este sentido, Bielsa señala que "muchos analistas coinciden en que

⁷ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), citado por Cañado Trindade, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional", *Lecciones y Ensayos nro. 98/1997*: pp.53-103 Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, p. 73.

⁸ "Según confesiones de un funcionario migratorio, el 80% de los pasajeros de todos los aviones que llegan de México a Tijuana, en dos horas ya han emigrado "al otro lado". De éstos, solo un 30% es capturado y devuelto... hasta el próximo intento" (citado por TACCETTI, Taccetti, Victorio, *Constelación Sur, América Latina frente a la globalización*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 117).

⁹ Valls, Ramón, *Ética para la bioética y de a ratos para la política*, Barcelona: Gedisa, 2003, p. 45.

¹⁰ Tulchin, Joseph, "América Latina en el sistema internacional", *Agenda internacional*, No. 2, 2004, pp. 32-43.

comienza a consolidarse en parte de la opinión pública internacional una convicción acerca de la prioridad de la seguridad como valor a proteger y defender, especialmente desde... una posición del Estado en autodefensa, dirigida a la preservación de lo propio, al control absoluto del territorio y de los recursos humanos y materiales”¹¹. La amenaza de los migrantes, sin embargo, no es simplemente una extensión de la perpetración de los atentados por extranjeros sino que los movimientos migratorios provenientes de la periferia son vistos, en sí mismos, como una amenaza social¹², agudizada por la crisis actual.

Así, el 9/11 marcó un punto de inflexión en las políticas hacia los extranjeros, en particular migrantes. En primer lugar, vuelve palpable la realidad de la asimetría mundial (incluso en la manera de conducir las hostilidades) y muestra un “Enemigo Público” difuso, que en poco tiempo fue enrostrado, sucesivamente, en distintos países y personajes de Medio Oriente. En segundo lugar, por el hecho que, según pudo constatar, los 19 terroristas eran extranjeros, aunque con visas de estudiantes. Por si fuera poco, el contexto mundial de profundización del capitalismo o en su más amplio espectro denominado *globalización*, ha impactado notablemente en el llamado fenómeno migratorio¹³.

En tercer lugar, el mismo emprendimiento militar estadounidense y sus costos (económicos pero sobre todo políticos) han puesto en jaque la economía, inseguridad que, traducida en la esfera doméstica de cada cual, permite la permeabilidad y apropiación del discurso del extranjero (el Enemigo) que viene a “hurtar, matar y destruir” (San Juan 10:10). Esta securitización de la agenda internacional más el abandono de la estrategia multilateral por una actitud unilateral¹⁴ conlleva un tratamiento de la migración y la extranjería como una cuestión de seguridad interna e

¹¹ Bielsa, Rafael, “La historia reciente”, *Archivos del presente*, año 10 nro. 37, Buenos Aires, 2005, pp. 41-56.

¹² MIRANDA, Roberto, “El resurgimiento de la política interestatal en una época de transnacionalización”. *Ciencias Sociales* 100: 147-164, 2003 (II).

¹³ Como lo reconoce el profesor Lacomba, “en las últimas tres décadas se han producido cambios significativos en cuanto a la conceptualización de los enfoques y modelos teóricos del fenómeno migratorio”. Lacomba, Joan, “Teorías y prácticas de la inmigración. De los modelos explicativos a los relatos y proyectos migratorios”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona nro. 94, 1 de agosto de 2001. Disponible en: <http://www.ub.es/geocrit/sn-94-3.htm>.

¹⁴ Simonoff, Alejandro, “La política exterior argentina reciente, con especial énfasis en la relación con Brasil y Estados Unidos”, en *Transitando los inicios del siglo XXI. Las relaciones internacionales de Argentina, Chile y México*, Buenos Aires: Nuevo Hacer, 2006, pp. 69-95, p. 74. Tulchin (ob. Cit. Nota 10), por su parte, sostiene que no fueron los atentados del 2001 los responsables de la unilateralización y aislacionismo de la agenda Bush: la administración ya era unilateralista y aislacionista y así permaneció luego de los atentados.

internacional que, juntas, determinaron una gestión unilateral con rasgos fuertemente policíacos; la interdependencia global, cooptada.

Primero, árabes y musulmanes por igual. Segundo, migrantes. El migrante, entonces fue el sujeto construido y aprovechado para expiar los problemas nacionales (trabajo, salud, criminalidad y desgarró social) e internacionales (seguridad, terrorismo), como si fuera una extensión o alguna otra clase de terrorismo. Incluso, la asociación por salto entre una y otra figura prácticamente no necesita explicación, sino que incluso es asumida si más; por ejemplo, cuando se sostiene que “*while much has been done to counter "transnational terrorists" and "rogue states," including the use of preemptive military force, little has been done to remedy the admittedly weak and porous international border separating the United States from Mexico to the South*”¹⁵ Otros, por el contrario, reconocen y lamentan esta asociación, haciendo hincapié en el conocido “sueño americano”¹⁶.

De esta forma, los sujetos de los cuales había que asegurarse se ampliaron a los extranjeros, especialmente migrantes: la participación de foráneos en los atentados de Nueva York operó como trampolín para alimentar las figuras de peligro en torno a los extranjeros –aprobándose leyes tales como la *Border Protection, Antiterrorism and Illegal Immigration Control Act of 2005*-. Como lo reconoce Bruch, “*the debate on borders has shifted even more dramatically in the years since the attacks of September 11, 2001. The national agenda on immigration has been focused on increased enforcement, tightening or strengthening the borders, and, in some cases, restricting immigration*”¹⁷. Pese a que se trataba de personas que vivían dentro de la sociedad americana, permitirá la adopción de numerosas medidas restrictivas frente al “enemigo” que “está entre nosotros”.

Un breve racconto de las normas en materia migratoria dictadas en consonancia con la nueva política de seguridad incluye: reformas a las regulaciones migratorias, modificaciones a las categorías de visado, a las políticas de detención, nuevas leyes de inmigración, mayor

¹⁵ Justin C. Glon, "GOOD FENCES MAKE GOOD NEIGHBORS: NATIONAL SECURITY AND TERRORISM--TIME TO FENCE IN OUR SOUTHERN BORDER", *Indiana International and Comparative Law Review*, Vol. 15 número 349, 2005.

¹⁶ Murthy expresa que “It is unfortunate that a handful of fanatics who were our to harm the United States have tarnished the image of immigrants, who for the past 200 years have come to this country with nothing but their dreams and their determination to work hard”. Sheela Murthy, “IMPACT OF SEPTEMBER 11, 2001 ON U.S. IMMIGRATION”, *Maryland Bar Journal*, March/April, 2004.

¹⁷ Bruch, Elizabeth, “OPEN OR CLOSED: BALANCING BORDER POLICY WITH HUMAN Rights”, *Kentucky Law Journal*. 2007-2008.

rigurosidad en las inspecciones migratorias y aduaneras y, en general, “...*bills with immigration components introduced in Congress to combat terrorismo*”¹⁸. Lo interesante del inicio de la guerra antiterrorista es que, como lo hace notar John Casas¹⁹, es también el inicio de una guerra fronteras adentro.

Si la caída del Muro de Berlín vuelve la atención a los problemas domésticos y los autores de los atentados refuerzan la idea del “enemigo está entre nosotros”, los atentados del 911 no sólo inclinaron la política exterior de Estados Unidos en una dirección marcadamente marcial²⁰, lo cual también repercutiría en las acciones sobre la migración (llevando en 2006 a una militarización de la frontera con México) sino que esa misma política se había trasladado puertas adentro: aún sin comprenderse ni explicarse algún motivo que explicase la conducta de los terroristas –con un impacto ni siquiera comparable al atentado de 1993–, estos habían traspasado las fronteras, los controles, cuando hasta ese momento eran no más que elementos relativamente distantes en el territorio y el espacio de la política exterior del gobierno. Los atentados terroristas, como señala Armacost, “provocaron una reconsideración de la política interior y exterior de Estados Unidos en una escala presumiblemente comparable al cambio experimentado por la política de ese país en los primeros tiempos de la Guerra Fría”²¹.

De allí que era plantear la necesidad de una fuerte seguridad en las fronteras para la migración en sentido general y a los inmigrantes dentro del territorio en particular. El contraterrorismo, “nuevo principio organizador para la política exterior del país”²² no sólo organizaría la agenda nacional en dichos términos (permitiendo injerencias que de otro hubieran despertado el escándalo de los defensores de las libertades civiles²³) sino que también tamizaría las prioridades de la agenda hemisférica. Recordando la actitud hostil que, según se declaró, se llevaría contra los Estados

¹⁸ Hom, Howard, “THE IMMIGRATION LANDSCAPE IN THE AFTERMATH OF SEPTEMBER 11. New Laws, Policies, and Regulations Present Challenges to Immigrants and their Counsel”, *Los Angeles Lawyer*, 2002, Vol. 25 number 23.

¹⁹ Casas, John, “La reforma de la legislación sobre inmigración en Estados Unidos tras el 11-s”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra de Furió Cediol*, nro. 38-39, pp. 227-235, 2003. Disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=830995>

²⁰ MUÑOZ, Heraldo. “El mundo post Irak”, *Revista de Estudios Internacionales*, Chile: Universidad de Chile, pp. 5-11.

²¹ Armacost, Michael, “La política exterior de EEUU después del 11-S”, *Política Exterior*, número 86, marzo abril 2002, pp. 73-84.

²² Armacost, ob. Cit.

²³ Como señala Busso, “mientras los actos terroristas sean vivenciados como una experiencia muy cercana, los controles y los límites a la libertad serán aceptados” (Busso, Anabella, “Estados Unidos y América Latina. La distancia entre la unipolaridad y los estados fracasados”, *Desarrollo & Región*, Revista/Libro Instituto De Desarrollo Regional: Rosario, 2002, p. 157).

que no compartieran las prioridades estadounidenses, ni siquiera México se atrevería a protestar contra la militarización de su frontera.

3. REPERCUSIONES

La política estadounidense hacia los migrantes encontró feliz recepción en Europa; la xenofobia consecuente, incluso, puede ser vista como la antesala del ascenso de las corrientes derechistas en Austria, Dinamarca y hasta Australia. Los mismos argumentos de siempre (crecimiento de las tasas delictivas, desempleo masivo, caída de las tasas de bienestar) con el agregado del terrorismo fundamentalista, lleva a preguntarnos “¿Se trata del regreso de viejos temas o sucede algo nuevo?”²⁴. Castles señala entre otros factores que la migración forzada crece como resultado de la violencia y las violaciones a los derechos humanos; en segundo lugar, las políticas son diseñadas como “diferenciales”, para diversas categorías de migrantes (calificados pero no refugiados y migrantes no calificados). Finalmente, se reconoce que “la migración se ha tornado altamente politizada y es ahora un tema toral de la política tanto nacional como internacional”.

Aunque no es posible relacionar directamente los acontecimientos del 911 con el ascenso de las derechas europeas (que en todo caso, ya venían escalando desde fines de 1999)²⁵, lo cierto es que los atentados lo potenciaron y, sobre todo, permitió la identificación con sus premisas de otros grupos: los sectores amenazados por la crisis que perciben a la mano de obra extranjera como una competencia, tienden a votar por formaciones xenófobas que prometen garantizarles la exclusividad del derecho al trabajo y de otros derechos fundamentales. Poco antes de 2001, un artículo señalaba los desafíos de Francia para “...compatibilizar la necesidad del aporte de mano de obra inmigrante... con la preocupación de cómo deshacerse de esos "útiles" extranjeros cuando se convierten en "indeseables".”²⁶

Es así que en julio de 2002, **Italia** aprobaba una ley “durísima”²⁷. Pese a que tiene una de las proporciones más bajas de inmigrantes, en comparación con otros países de Europa, la ley

²⁴ CASTLES, Stephen, “The factors that make and unmake migration policies”, *International Migration Review*, October 1, 2004. Volume 38, Issue 3.

²⁵ Jean-Ives Camus, 2000, “En Europa: entre el radicalismo y la respetabilidad”, *Le Monde Diplomatique*, Edición Cono Sur, nro. 9, marzo 2000.

²⁶ Alain Morice, 2001, “Eterno retorno del utilitarismo”, *Le Monde Diplomatique*, Edición Cono Sur, número 24 Junio 2001.

²⁷ “Italia aprueba una ley durísima contra la inmigración”, *Clarín*, 12/7/2002.

establece que solo obtendrá el permiso de residencia el extranjero extracomunitario que tenga un contrato de trabajo gestionado en el exterior en las embajadas y consulados italianos. El permiso tendrá dos años de duración y si en ese período el inmigrante pierde el trabajo deberá abandonar el país. Además, los inmigrantes que hayan trabajado más de cinco años tendrán derecho a recuperar los aportes jubilatorios, pero podrán reclamar su dinero recién después que hayan cumplido 65 años de edad. Además, establece sanciones para los que contraten inmigrantes ilegales. Uno de los aspectos más criticados de la ley es el que establece que los inmigrantes deberán ser identificados con sus huellas digitales, medida que no se aplica a los ciudadanos italianos o extranjeros miembros de la Unión Europea. Los partidos de la oposición consideran esta norma una "discriminación racista". Dos años después, sin embargo, dicha ley fue declarada parcialmente inconstitucional. El 15 de julio de 2004, el Tribunal Constitucional italiano consideró contrario a derecho que un inmigrante pueda ser expulsado sin las debidas garantías de defensa.

En **Francia** el tema de la migración fue recurrente: sólo desde 2002 hasta el 2007, tuvieron lugar cuatro reformas. En 2006, ya en la Francia de Sarkozy, se aprobó una ley en consonancia con su par italiana: la ley dificulta el **reagrupamiento familiar**, al exigir que el inmigrante que quiera traer a los suyos lo podrá hacer sólo transcurridos 18 meses de residencia legal en el país y siempre que justifique trabajo, ingresos y alojamiento adecuados para mantenerlos. Pero además, para esta reagrupación se incluye un examen de ADN, lo cual fue duramente criticado por xenófobo y finalmente, declarado inconstitucional.

España es consecuente con este panorama y de alguna manera lo adelantó: la ley 8/2000 española establece un círculo vicioso “o un sin sentido jurídico” que imposibilita la regularización, al establecer que un extranjero sólo puede acceder al trabajo si consigue un permiso de residencia o estancia, permiso que por demás sólo es posible obtener con una autorización de trabajo. Incluso, se diseñan planes específicamente por nacionalidades. El denominado “Plan Ludeco”, iniciado por España poco después de los atentados en Nueva York (el 19 de octubre de 2001), puso bajo sospecha a 157.000 inmigrantes colombianos y ecuatorianos, con el objetivo de detener el aumento progresivo de actos criminales ejecutados por individuos de esos dos países, según explica Bonilla Urbina²⁸. No se sabe de su “efectividad”

²⁸ Bonilla Urbina, Marcelo, “La construcción de la imagen y el estatuto del inmigrante indocumentado en la España de la época de la globalización”, en Daniel Matto (coord.), *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*, Caracas: FACES, pp. 221-237.

pero como señala el mismo autor, “estos operativos tuvieron un impacto mediático y forman parte de los mecanismos de construcción de la identidad del inmigrante indocumentado”.

Otros países cercanos a Estados Unidos en América Latina tienen disposiciones en el mismo sentido. Aunque no tan duras como las aprobadas en Europa, se inscriben en la misma línea de vigilar, controlar y criminalizar al extranjero migrante, como son los casos de la legislación colombiana²⁹ y chilena³⁰.

Estas estrategias de criminalización permiten comenzar el ejercicio de un control directo sobre el migrante que no se ejercía sobre el candidato. Primero, el Estado, mediante el otorgamiento de la calidad de “ilegal”, ejerce su primer control mediante el miedo, lo cual impide también todo contacto con quien pudiera defender sus derechos. El primer castigo es entonces, vivir en estado de permanente infracción. Los aparatos de seguridad llevan un juego cercano al del gato y el ratón: amenazan con perseguirlos y deportarlos, los persiguen, los detienen... y los sueltan. Bueno, ¿por qué que la sociedad suprimiría una vida y un cuerpo que podría apropiarse? “Sería más útil hacerle servir al Estado en una esclavitud más o menos amplia...”³¹.

²⁹ Decreto. 4000/04 del Poder Ejecutivo colombiano, denominado “Visas: nuevas normas sobre expedición de visas, control de extranjeros y migración”.

³⁰ En Chile, la legislación gradúa las penas para las distintas infracciones administrativas relacionadas al ingreso en los siguientes términos: “Los extranjeros que ingresaren al país o intenten egresar de él, clandestinamente, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo. Se entiende que el ingreso es clandestino cuando se burla en cualquier forma el control policial de entrada... Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Si ingresaren al país por lugares no habilitados o clandestinos, existiendo, además, a su respecto causal de impedimento o prohibición de ingreso dispuesto por las autoridades competentes, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Una vez cumplida la pena impuesta en los casos señalados en el presente artículo y en el precedente u obtenida su libertad conforme a lo dispuesto en el artículo 158°, se deberá disponer su expulsión del territorio nacional. (art. 146)³⁰.

³¹ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2002, p. 113.

CAPÍTULO 2. PANORAMA REGIONAL DE LA MIGRACIÓN

1. LATINOAMÉRICA Y EL CONO SUR

En América Latina, la migración fronteriza y las migraciones transhemisféricas son un fenómeno generalizado tanto por causas comunes (gente que busca oportunidades económicas y seguridad política) como determinadas (desde el huracán Mitch en Nicaragua y los temblores en El Salvador hasta la última crisis económica argentina, de diciembre de 2001). Una visión general incluye la migración cubana o haitiana a los Estados Unidos, la nicaragüense a Costa Rica, el desplazamiento de colombianos hacia las fronteras ecuatorianas y venezolanas, de peruanos y bolivianos hacia Chile.

El debate en torno a ellas tiene, entonces, especial importancia para los países latinoamericanos. Nadie cuestiona la existencia de un derecho a emigrar, como corolario del derecho a la libertad de movimiento; pero, como señala Cançado Trindade, “los Estados aún no aceptaron un derecho a inmigrar y a permanecer donde uno se encuentre”¹. Solo para mencionar los movimientos modernos, Venezuela tiene un constante flujo de refugiados como consecuencia del largo conflicto interno que enfrenta Colombia desde el siglo pasado; en los ‘90, Argentina conoció una importante afluencia de bolivianos y paraguayos. La paupérrima situación económica y social que nos convirtió, a principios del 2002, en emisores de población tanto como receptores de aquellos que están en peores condiciones: pese a la crisis, la Encuesta Complementaria de Migraciones del Censo 2001, realizada en 2002/2003 mostró que en el último año, en más del 85% de los hogares no se había registrado ningún retorno².

Algo similar está sucediendo ahora en México: pese a la crisis que atraviesa Estados Unidos desde octubre de 2008, y la previsión de una avalancha de regresos, se registra un flujo de remesas inverso, ya que aquellos que se han quedado sin trabajo en el país del Norte reciben remesas de sus parientes en México para “soportar” y que no regresen, ya que la situación en este segundo país no es mejor³. Por si fuera poco, México recibe también una importante afluencia de migrantes centroamericanos (especialmente guatemaltecos y hondureños) que emprenden su penoso viaje a los Estados Unidos.

¹ Corte IDH, Caso de los Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano, Medidas provisionales en Resolución del 18 de agosto de 2000, voto razonado Juez Cançado Trindade, párrafo 8.

² Véanse al respecto los datos en el capítulo 3 de esta Primera parte.

³ Conclusiones del *Seminario Internacional Migración en los albores del siglo XXI*, 13, 14 y 15 de octubre de 2009, Organizado por el Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, Distrito Federal, México.

2. EL MERCOSUR

El tema de la migración en el ámbito del MERCOSUR es sumamente extenso, por lo cual este apartado intenta dar apenas un panorama. El MERCOSUR como meta de una política migratoria mirando hacia él tiene que ver con que el tratamiento de la libre circulación de personas en este momento específico de la integración tiene todavía más que ver con la libre circulación de trabajadores, postulado respecto del cual la iniciativa argentina se perfila como más amplia.

Por otro lado y como dejamos sentado en la Introducción, el encorsetamiento del derecho a migrar en la libre circulación de trabajadores no se condice con el reconocimiento de la persona como ser humano sino como un factor de producción; en función de dicha visión es que tiene lugar la idea –defendida por muchos incluso con la mejor de las intenciones– de generar “cupos” de entrada, según las necesidades del mercado, o el requisito del contrato de trabajo o en definitiva, la persona como un elemento y no como un sujeto.

Así, se da cuenta del MERCOSUR como contexto “ideológico”⁴, ya que se reconoce como primer punto importante de un cambio en la frontera: del conflicto a la cooperación. Las acciones en política migratoria pueden ser vistas, en este sentido, como un avance en un aspecto de la historia reciente señalado por Rusell: “el fin de la cultura de rivalidad con Brasil y Chile y el paso a una incipiente cultura de amistad”⁵. Si bien el cambio en la hipótesis de conflicto por una de cooperación es bastante anterior –por ejemplo, Argentina y Chile resolvieron sus mayores disputas en 1999⁶, la cuestión migratoria es un bastión importante en el avance de la integración del MERCOSUR y sus asociados. Antes de eso, la Argentina nunca tuvo voluntad política de tratar la migración chilena o brasilera: aunque bien se puede mencionar la insignificancia de esta última en los números totales de inmigrantes limítrofes, la inmigración chilena tiene una presencia importante en nuestro país (sobre todo en el sur, por supuesto), pese a lo cual, la voluntad argentina de regular o integrar el movimiento se plasmó en acuerdos de baja vinculación y en órdenes dadas directamente a los funcionarios correspondientes. Con Brasil, y

⁴ Cfr. Novick, Susana, “MERCOSUR y migraciones: el caso argentino”. Trabajo presentado en el II Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, realizado en Guadalajara, México, del 3 al 5 de septiembre de 2006.

⁵ Rusell, Roberto, “Política exterior y veinte años de democracia. Un primer balance”, Novaro M., y Palermo V., *La historia reciente. Argentina en democracia*, Buenos Aires: EDHASA, 2004, pp. 257-269.

⁶ Tokatlian, Juan, *Hacia una nueva estrategia internacional*, Buenos Aires: Norma, 2004.

pese al fluido intercambio en turismo y negocios, el primer acuerdo sobre migración tuvo lugar recién este año.

Los países que hoy conforman el MERCOSUR y sus asociados son históricamente una región con alta dinámica de circulación interna con independencia de los avatares políticos de sus países; incluso puede reputarse como de gran recepción de inmigración transoceánica, no sólo europea, sino también china, coreana y japonesa. En este contexto, Argentina es el país con larga tradición receptora subregional⁷; entre los países emisores de la región, Paraguay se encuentra históricamente en el primer lugar respecto a la Argentina, seguido por Bolivia y en alguna ocasión superado.

Es difícil evaluar la incidencia del proceso de integración en la inmigración. Para Bolivia y Paraguay (nótese que no hay estadísticas del INDEC sobre Perú), con la sola excepción de un descenso en la llegada de paraguayos al Gran Buenos Aires en el período 1980-89, la tendencia ha sido ascendente: la llegada de nacionales bolivianos a Buenos Aires (Ciudad y GBA) casi se triplicó durante el período 1990-2002 (59.119 personas) en relación a 1980-89 (con un total de 25.543). La población nacional del Paraguay contabilizada también aumentó hasta casi duplicarse: 41.439 personas llegaron durante el decenio 1980-89 (alrededor de mil menos con relación a 1970-79), mientras que entre 1989-2002 lo hicieron casi 72 mil personas.

Por el contrario, para los nacionales provenientes de Chile, Uruguay y Brasil la tendencia ha sido mayoritariamente regresiva. Con la salvedad de la llegada de brasileros a Buenos Aires (cuyo número dista, no obstante, de ser significativo), incluso el arribo de chilenos en Neuquén y Río Negro se ha visto drásticamente reducido; lo mismo se observa para los uruguayos: frente a casi 30 mil que llegaron durante 1980-89, en el decenio posterior apenas superarían los 8 mil.⁸

⁷ Dice al respecto Novick que “la Argentina se constituyó en el foco de atracción de la migración intra Mercosur al presentar alrededor del 68% de los movimientos registrados a inicios de las tres últimas décadas”. Novick, S., “MERCOSUR...”, ob. Cit.

⁸ Fuente de las estadísticas: INDEC. Encuesta complementaria de Migraciones Internacionales, Censo 2001. “Población limítrofe por año de llegada a Argentina. Jurisdicciones seleccionadas. Años 2002-2003”.

Población limítrofe por año de llegada a Argentina. Jurisdicciones seleccionadas. Años 2002-2003

Lugar de nacimiento y jurisdicción seleccionada (1)	Población limítrofe				
	Total	Año de llegada a Argentina			
		Hasta 1969	1970-1979	1980-1989	1990-2002/3
Nacidos en Bolivia					
Ciudad de Buenos Aires	49,475	5,135	3,600	11,611	29,129
Partidos del Gran Buenos Aires	69,639	14,635	11,082	13,932	29,990
Gran San Salvador de Jujuy	10,667	5,305	1,788	2,499	1,075
Gran Salta	11,256	4,253	1,805	3,178	2,020
Nacidos en Brasil					
Ciudad de Buenos Aires	5,249	995	555	1,195	2,504
Partidos del Gran Buenos Aires	5,436	1,841	615	1,210	1,770
Nacidos en Chile					
Ciudad de Buenos Aires	9,290	2,264	3,469	2,505	1,052
Partidos del Gran Buenos Aires	25,827	9,147	10,002	4,838	1,840
Gran Mendoza	13,931	2,410	6,059	3,944	1,518
Neuquén-Plottier-Centenario	19,465	4,717	6,175	6,776	1,797
Alto Valle de Río Negro	24,840	8,933	8,055	6,335	1,517
Río Gallegos	10,961	4,617	2,955	2,698	691
Nacidos en Paraguay					
Ciudad de Buenos Aires	46,279	11,595	7,824	8,984	17,876
Partidos del Gran Buenos Aires	190,419	61,668	42,462	32,455	53,834
Formosa	8,414	5,045	1,350	1,237	782
Gran Posadas	8,606	6,028	1,340	729	509
Nacidos en Uruguay					
Ciudad de Buenos Aires	33,936	5,106	13,465	12,047	3,318
Partidos del Gran Buenos Aires	55,077	8,113	24,710	17,487	4,767

(1) Se presenta el conjunto de jurisdicciones relevadas en la encuesta.

Fuente: INDEC. Encuesta Complementaria de Migraciones Internacionales. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2001.

La política de migraciones como parte de las políticas en los procesos de integración es un hecho cada vez más notorio, dice Mármora⁹, por dos elementos principales: el peso relativo de los movimientos internacionales de población y la carga política de las mismas. El peso relativo tiene que ver con que la migración desde países vecinos se ha mantenido constante en el porcentaje de población extranjera: según los datos del INDEC de los censos realizados entre 1869 y 1991, la población de origen limítrofe nunca ha superado un 2,9% (1893), con un piso mínimo de 2% (1947), mientras que el total de personas nacidas en el extranjero ha caído de su

⁹ Mármora, *Las políticas de migraciones...*, ob. Cit., p. 162.

máximo en 1914 (casi un 30%) a un 5% en 1991¹⁰. Ello incrementó la presencia de los limítrofes, que para el mismo año 1914 era de un 8% (más 206 mil personas), a un 52,1% en el año 1991 (más de 841 mil personas). En términos totales, la población limítrofe se ha incrementado de forma sostenible, a razón de unas 100 mil personas más en cada censo¹¹.

La carga política de una política de migraciones en el contexto de un proceso de integración tiene que ver con que la “libre circulación de los factores productivos entre los países¹²” es uno de los propósitos de la constitución de una zona de libre intercambio.

En particular, esta libre circulación es caracterizada como el objetivo principal en lo que a la “parte social” del proyecto refiere. No es Mármora el único autor que se refiere a la libre movilidad de personas como la parte “social” del proyecto MERCOSUR. El uruguayo Ermida Uriarte aglutina en la “dimensión social” del MERCOSUR (que señala como una deuda),

“las relacionadas con la desocupación sectorial, la reconversión industrial, la formación profesional con especial hincapié en la recapitación profesional, la recolocación, la seguridad e higiene en el trabajo, la seguridad social, la estructura y acción sindicales, la negociación y los conflictos colectivos internacionales, así como la participación del trabajador en la empresa y en el mismo proceso de integración”.

En realidad, como mencionan muchas exposiciones de motivos, la libre circulación de personas “es esencial” para conseguir una profundización de la integración. No sólo es esencial sino que es apenas el reconocimiento de un hecho histórico: en términos sociales y culturales, dice Boccia-Paz, “estas fronteras han sido siempre muy porosas, traspasadas permanentemente por corrientes migratorias (sea por razones económicas o por exilios políticos), por intercambios culturales de diverso tipo y por el turismo. Por otro lado, para ciertas actividades culturales de masas, especialmente para la música pero también para alguna producción mediática, las fronteras son transparentes y traspasadas casi sin obstáculos. Las fronteras también han sido porosas para mantener los vínculos entre organismos militares y de seguridad, como quedó

¹⁰ Fuente: INDEC. El cuadro puede encontrarse en el apéndice preparado por Benencia en Devoto, Fernando, *Historia de la inmigración en la Argentina*, Buenos Aires: Sudamericana, 2004, p. 434.

¹¹ Salvo en el período comprendido entre los censos de 1970 y 1980, donde el incremento fue de unas 200 mil personas. Fuente: INDEC. El cuadro puede encontrarse en el apéndice preparado por Benencia en Devoto, Fernando, *Historia de la inmigración*. ob. cit., p. 438.

¹² Art. 1, Tratado de Asunción.

claramente demostrado en la perversa y horrenda experiencia de coordinación del terrorismo de estado durante las dictaduras de los años setenta, en el llamado <<Operativo Cóndor>>¹³.

¿A qué nos referimos con “libre circulación”? Kratochwil enumera un mínimo de cinco instancias de la migración transfronteriza donde interviene la dinámica del proceso de integración: 1) la motivación y preparación para el acto de salida; 2) el proceso de traslado y cruce de frontera; 3) la instalación en el otro estado parte; 4) el retorno y/o la revinculación al o con el país de origen; y 5) la movilidad hacia o desde un tercer país¹⁴. Como se ve, la libre circulación en el marco de un proceso de integración tiene un contenido más denso que el mero traslado físico de un país a otro que debe ser acompañado de las normas y las políticas adecuadas. Un síntoma de este reconocimiento parece haber inspirado la exención de tasas para la regularización de nacionales del MERCOSUR. Aquella enumeración señala además otro aspecto, que es el contenido de la migración dentro de un proyecto de integración en un sentido más que económico. No es sólo la migración para integrar la mano de obra al mercado demandante: un aspecto poco tratado es la integración cultural o política de los migrantes.

Aunque la armonización de políticas migratorias era señalada como un tema pendiente, Argentina ha demostrado voluntad de asumir la responsabilidad que le cabe como país receptor de inmigración, el mayor de la región. En este sentido, se ha hecho notar que la implementación del Plan de Regularización es una iniciativa “unilateral” del gobierno, frente a la demora de los Acuerdos para nacionales del MERCOSUR, Bolivia y Chile en entrar en vigencia.

Dichos acuerdos se firmaron en diciembre de 2002 pero recién se aprobaron en julio de 2004. En términos generales, los mismos (se trata de dos acuerdos) expresan el deseo, en los considerandos, de profundizar el proceso de integración teniendo presente la implementación de una política de libre circulación que, además, se suma a la intención de buscar una solución a la situación migratoria de los nacionales de los Estados parte y asociados así como el combate al tráfico de personas. Entre sus disposiciones principales se destacan dos: (i) un proceso de obtención de la residencia (tanto temporaria como permanente) por el sólo dato de la nacionalidad (del MERCOSUR, Bolivia y Chile) e incluyendo a aquellos migrantes que se

¹³ Boccia-Paz, Alfredo, “<<Operativo Cóndor>>: ¿Un ancestro vergonzoso?”, *Cuadernos para el Debate* N° 7. Buenos Aires: IDES, Programa de Investigaciones Socioculturales en el MERCOSUR, 1999.

¹⁴ KRATOCHWIL, Hermann, “Movilidad Transfronteriza de Personas, Migración Laboral y Procesos de Integración Regional en América Latina” en *La dimensión social de la integración regional*. Centro de Formación para la integración regional, 1995.

encontraran irregularmente en el territorio de otro Estado parte; (ii) el reconocimiento de ciertos derechos.

Algunos meses después de dicha ley aprobatoria, el ministro Aníbal Fernández anunciaría que Argentina había decidido avanzar en materia migratoria sin esperar a sus socios del MERCOSUR: "...nuestra política en esta área es legalizar rápidamente a los inmigrantes de los países vecinos y que, según nuestros cálculos, llegan a 1,2 millón de personas indocumentadas"¹⁵. En esto hay un dato no menor y que expresa el ministro en la misma entrevista, y es el tema de la seguridad: "seguridad, coincidieron los ministros, implica también una política migratoria de la región. Sencillamente porque registrar y documentar a los inmigrantes ilegales permite tener control".

Otra característica de la migración entre los países que hoy forman parte del MERCOSUR y sus asociados es la **residencia en condiciones de ilegalidad**, lo cual tiene por principales consecuencias su ocupación en trabajos informales y de alta precariedad, lo cual a su vez refuerza otros fenómenos de la marginación social.

Volviendo al MERCOSUR, poco después de la firma del Tratado de Asunción autoridades migratorias y laborales de los estados partes iniciaron sus contactos en dos Subgrupos de Trabajo (SGT). En el SGT 2, Asuntos Aduaneros, se formaron dos comisiones (Control Migratorio y Facilitación Fronteriza) integradas por funcionarios de Migración, Identificación Civil, Pasos de Frontera y Aduana. Los temas principales de la agenda fueron la coordinación administrativa en los pasos fronterizos, la determinación de los documentos habilitantes para la circulación transfronteriza, observaciones sobre la compatibilización de la normatividad migratoria, control de turistas de terceros países, análisis de la viabilidad de un documento único para los nacionales de los Estados partes (EP).

El SGT 11 (Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social¹⁶), por su parte, estableció una sub-comisión sobre Migración Laboral. La Subcomisión se ocupó principalmente en completar y comparar el panorama de las estadísticas y la legislación laboral y el análisis de los flujos migratorios laborales en los cuatro EP. El tema de la circulación de personas también aparecía en

¹⁵ Diario "El comercio online", "Resumen de noticias nacionales", 24 de noviembre de 2004. <http://www.elcomercioonline.com.ar/articulos/40002481-Resumen-de-noticias-Nacionales.html>

¹⁶ Nos referimos al Sub-Grupo de Trabajo nro. 11 antes de la modificación por el Protocolo de Ouro Preto y la Decisión del Consejo Mercado Común nro. 59/00, donde se reestructuran los órganos dependientes del Grupo Mercado Común.

el SGT 10, Coordinación de Políticas Macroeconómicas en relación a la Sub-Comisión de Población y en las agendas de las Reuniones Especializadas en Ciencia y Tecnología, Cultura, Educación y Turismo. Sin embargo, con la reestructuración a raíz del Protocolo de Ouro Preto, la cuestión migratoria salió de estos grupos de trabajo.

Mármora da cuenta de los pasos posteriores: en 1997 en el marco de la Comisión Temática II se conformó una Comisión ad hoc tripartita sobre Migraciones laborales. Dos años después, se aprueba un proyecto para elaborar una encuesta sobre trabajadores fronterizos. El Foro Consultivo Económico y Social (FCES) comenzó en 1999 a debatir ampliamente sobre la problemática fronteriza incluyendo aspectos económicos, comerciales y sociolaborales. Como resultado de estas actividades en diciembre de 1999 se acordó el “Entendimiento sobre tránsito vecinal fronterizo en los Estados partes del Mercosur, Bolivia y Chile”, y en junio de 2000, la “Reglamentación del régimen de tránsito vecinal fronterizo” entre los citados países¹⁷.

A continuación se reseñan una serie de documentos producidos hasta 2004 que, más que proveer un marco de vinculante, lo que hace es reflejar este MERCOSUR como marco ideológico, como contexto en el cual se desarrolla la nueva política migratoria argentina; muchas veces, a propia iniciativa argentina. Los mismos permitieron, a su vez, fijar una política de bloque hacia las corrientes restrictivas o directamente xenófobas que tienen lugar a nivel mundial que fue esgrimida en varios foros y negociaciones multi y bilaterales. Sin embargo y como se verá en las conclusiones, el grueso de la producción en torno a la circulación de personas tendrá lugar luego de la nueva política migratoria argentina.

En 2001 se firma en Asunción la *Declaración sobre el tráfico de personas y tráfico ilícito de migrantes*. En el mismo las partes declaran (i) su condena a la figura del tráfico de personas y el tráfico de migrantes, (ii) su voluntad de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes y de sus familias; (iii) Su compromiso de adoptar las medidas legislativas necesarias para tipificar como delito el tráfico de personas y el tráfico de migrantes, así como las actividades ilícitas que se cometan con el fin de posibilitarlo o facilitarlos; (iv) Su propósito de establecer mecanismos de cooperación regional en materia de asistencia técnica y capacitación para la investigación y detección de organizaciones dedicadas al tráfico de personas y al tráfico de migrantes; (v) Su decisión de coordinar mecanismos para la detección de documentos

¹⁷ Mármora, “Políticas migratorias consensuadas en América Latina”, *Estudios Migratorios Latinoamericanos*, año 17 nro. 50, 2003.

falsificados; (vi) Su empeño en promover el intercambio de información y la cooperación orientada a la asistencia técnica y capacitación de recursos humanos para el tratamiento de las víctimas del tráfico de personas y del tráfico de migrantes, especialmente cuando se trate de mujeres y niños.

Esta Declaración daría pie a la firma del *Acuerdo sobre el Tráfico ilícito de Migrantes en el MERCOSUR* y su homólogo, que incluye a Bolivia y Chile, firmados el 16 de diciembre de 2004.

En 2001, en la XII Reunión del Grupo de Servicios, fue analizada la propuesta de una visa Mercosur aplicable a personal jerárquico, ejecutivos y otros especialistas que presten servicios en un país miembro que no sea el propio; no necesitan ser nacionales de ningún estado del MERCOSUR, dado que anteriormente se había ya firmado el acuerdo para la exención de visas en el MERCOSUR¹⁸. El 16 de diciembre de 2003, entonces, se firmaría el documento para la creación de la VISA MERCOSUR para aquellas personas físicas prestadoras de servicios en un Estado parte y que soliciten ingresar en otro con la intención de prestar allí sus servicios¹⁹. Sin embargo, al igual que el acuerdo para la exención de visa entre los Estados del MERCOSUR, este acuerdo tampoco está vigente; en este caso en particular, por la falta de ratificación argentina²⁰.

Actualmente, existe un Foro Especializado Migratorio, creado a iniciativa argentina²¹, que funciona dentro de la Reunión de Ministros del Interior –coordinado por el Foro de Consulta y Concertación Política- preparando los documentos que elevará a la Reunión; en dicho marco se aprobaron los *Acuerdos de residencia* -a los cuales nos referiremos en el capítulo 3 de la segunda parte- o la exención de pasaporte para nacionales o residentes permanentes para circular por los países del MERCOSUR que hemos mencionado en el párrafo anterior.

¹⁸ El acuerdo sobre exención de visa en el MERCOSUR no está vigente. Firmado en Brasil en 2000, este ha sido el único Estado de los cuatro que lo han firmado que lo ha ratificado. Información actualizada a febrero de 2010.

¹⁹ La visa es de dos años prorrogable por un máximo de cuatro. Munidos del contrato de servicio correspondiente y de la visa, los beneficiarios deben presentarse en el Estado receptor ante la autoridad competente para efectuar el registro de su condición. Texto completo del acuerdo en la página del depositario: <http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/Acuerdos/2003/esp%C3%B1ol/68.%20Acuerdo%20para%20la%20creaci%C3%B3n%20de%20la%20Visa%20MERCOSUR.pdf>

²⁰ Información actualizada al 10/02/10. Estado de ratificaciones y vigencia disponible en: <http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/mercosurprincipal.htm>

²¹ Declaraciones de Ricardo Rodríguez, DNM, “Entrevista a Ricardo Rodríguez”. Disponible en: <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2007/00431.pdf>

CAPÍTULO 3. LA MIGRACIÓN EN ARGENTINA

1. PRIMER ACTO, APERTURA: 1812-1902

“Terreno para chacras. Se alquila por cuadras. Se alquila muy barato y por la cantidad que uno quiera. Entre Guardia de la Esquina y Desmochado Afuera y su dueño es Juan Godeken, un importante colonizador E.G.”.

Diario *La Capital*, Rosario, 15/10/1885.

En la temprana conformación del Estado argentino, etapa que puede identificarse dentro del “modelo fundacional”¹ o “de la organización nacional”², la política de migración fue postulada como parte del proyecto nacional y del posicionamiento del país en el mundo, principalmente mirando a la Europa Occidental. La política migratoria de este período (a partir de 1861, según Miranda o 1852, según De la Balze) se caracterizó por una clara aficción eurocéntrica (lo cual significó cierta indiferencia ante América Latina) y una actitud jurídicista³, elementos que marcaron también la creación de una política de migraciones destinada a atraer europeos (en particular, anglosajones) que “nos enseñarían las artes y oficios”, plasmándose incluso en nuestra Constitución en la famosa cláusula sobre el fomento de la inmigración europea.⁴ Dicha promoción, intentada principalmente a través de un bagaje de normas identificadas con las intenciones del modelo de organización nacional pero que poca o ninguna relación tendrían con la realidad del país en sus albores, tornó casi una sátira el declarado objetivo del poblamiento de las tierras y el desarrollo de la agricultura en un país predominantemente ganadero.

Las causas de tal frustración son varias. En primer lugar porque lo que se buscó fue transformar la realidad a través de, por ejemplo, la Constitución Nacional. Como lo nota José María Rosa la antinomia entre un pueblo español y una constitución liberal anglosajona “se resolvía quedándose con la constitución y eliminando a los argentinos”⁵, lo cual es reconocido casi en los mismos términos por Alberdi, quien en sus Bases refiere que “no son las leyes las que precisamos cambiar: son los hombres, las cosas. Necesitamos cambiar nuestras gentes incapaces de libertad

¹ MIRANDA, Roberto, “Políticas exteriores de la Argentina entre la coherencia y el contexto”, *Politikós*, nro. 1, Santa Fe: Instituto de Ciencia política de la Universidad Católica de Santa Fe, diciembre 2003, pp. 97-124.

² DE LA BALZE, Felipe, “La política exterior en tres tiempos. Los fundamentos de la ‘nueva política exterior’” en De la Balze, F., y Roca, E., *Argentina y Estados Unidos. Fundamentos de una nueva alianza*, Buenos Aires: Cari-Abra, 1997, pp. 11-129.

³ Miranda, 2003, ob. Cit.

⁴ “El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes” (art. 25 de la Constitución Nacional).

⁵⁵ Rosa, José María, *Historia argentina*, Tomo VI, Buenos Aires: Oriente, 1979.

por otras gentes hábiles para ella... Si hemos de componer nuestra población para el sistema de gobierno... es necesario fomentar en nuestro suelo la inmigración anglosajona”.

A modo de racconto, Caramuti considera que “tradicionalmente” (aunque no cita fuente) se ha dividido la política migratoria en cuatro periodos: el colonial, el de la emancipación, el de la época de Rosas y el constitucional⁶.

1. Durante el período colonial y principalmente debido a que las economías regionales eran de subsistencia, no se requirió más mano de obra que la nativa. Menciona entonces la autora que la política era “restrictiva”, y cita: “en ningún puerto de Indias occidentales... se admita ningún género de trato con extranjeros, so pena de pérdida de vida y pérdida de bienes”. Señala finalmente que en esta época, “esta política prohibitiva coincidió con la circunstancia histórica de que durante toda la época colonial las mencionadas economías de subsistencia no requirieron mano de obra”⁷, determinando ambas el escaso flujo de mano de obra extranjera hacia nuestro país. En realidad, creo que es claro que la prohibición indicada se refería más bien al comercio con extranjeros (o sea, no españoles); son conocidas las numerosas medidas tomadas para impedir el comercio con las colonias y las batallas que tuvieron lugar. En la escasa afluencia de extranjeros influyó, mayormente, aquella de la economía de subsistencia; pero además, que por “extranjero” se entendían casi exclusivamente europeos no españoles, no había población “extranjera” limítrofe que pudiera llegar (los límites del Virreinato eran extensos pero además, la idea de nacionalidad todavía no había hecho pie).

2. Con el siglo XIX y luego de la emancipación de la Corona, la necesidad de un comercio de intercambio abrió las puertas a una política de ingreso de todos los extranjeros “que no estén en guerra con nosotros”⁸ (Caramuti, 1975: 20). Se reconoce, según la misma autora, que en 1821 comienza realmente una política “coherente” en materia de inmigración. Sobre todo, se advierte que, en un proyecto de país agrícola, se necesita mano de obra. Hay varias acciones: se celebran convenios con familias europeas para su radicación, cuyo primer contingente llega en 1825, se envían gestores a Europa. Sin embargo, las dificultades para obtener la tierra y la falta de un plan posterior para alentar la agricultura, sumadas a las conmociones internas que atravesaba el país, sólo favorecieron la formación de latifundios no logrando poblar “el desierto” ni salir del modelo pecuario.

⁶ CARAMUTI, Ofelia, *La política migratoria argentina*, Bs.As.: Depalma, 1975, p. 17.

⁷ Caramuti, ob. Cit., p. 19.

⁸ Caramuti, ob. Cit., p. 20.

3. En la época de Rosas, señala Caramuti, no hubo ninguna política inmigratoria. Incluso, una de sus primeras medidas (agosto 1831) fue la de suprimir la Comisión de Inmigración. Prueba de que las migraciones responden a patrones distintos a los trazados por las leyes es que, aun en carencia de una política específica (o una en contra), entre 1842 y 1845 ingresaron 26400 inmigrantes. La tierra, por demás, adquiere validez para dos objetivos: fiscales y políticos.⁹ Tan sólo la apropiación privada de la provincia de Buenos Aires fue de 12 millones de hectáreas¹⁰.

4. Como cuarta etapa, la explicitación en la Constitución histórica 1853-60 sobre el fomento a la inmigración europea¹¹ y la garantía de ciertos derechos para los inmigrantes¹² fueron la antesala del proyecto de la Generación del 80. La decisión de “subirse al mundo”, pensada en el corto plazo, se plegó a la teoría de las ventajas comparativas que daban las grandes extensiones de tierra (ya despobladas, luego de las campañas de asesinato de Roca) y el clima propicio para producir no más que materias primas para exportar: lana, carnes y cereales, en ese orden.

Frente a lo “despoblado” de nuestro país y la necesidad de mano de obra, aquella decisión provocó que la inmigración selectiva de los primeros años como país independiente fuera reemplazada por una política de “puertas abiertas” –aunque según veremos, no tanto- que incluso incluyó propaganda y pasajes gratuitos en los barcos, alojamiento y ciertos traslados una vez en el país. Como apuntan Bertoni y Romero, “la campaña fue un éxito: entre 1880 y 1890 llegaron a este país, que tenía menos de dos millones de habitantes, un millón de inmigrantes y 650 mil se radicaron en él definitivamente”¹³.

En 1895, dos de cada tres habitantes de la ciudad eran extranjeros. El pico máximo, según datos del INDEC, fue en 1914, cuando casi el 30% de la población argentina eran extranjeros; es también el año que registra el pico más bajo (8% sobre el total de extranjeros) de presencia de

⁹ En noviembre de 1839 se dicta la ley de premios, por la cual se otorgan tierras a quienes hubieran participado en el sofocamiento de distintas rebeliones.

¹⁰ Caramuti, ob. Cit., p. 33.

¹¹ Artículo 25 dice: "El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias e introducir y enseñar las ciencias y las artes".

¹² Art. 20: "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República".

¹³ Bertoni, Lilia Ana; Romero, Luis Alberto; Montes, Graciela (colaborador); Schalen, Carlos (ilustrador) *Los tiempos de los inmigrantes*. Buenos Aires: Libros del Quirquincho, 1992

extranjeros provenientes de países limítrofes. Sin embargo, desde ese momento la tendencia fue cuesta arriba, hasta llegar a un más del 60% según los datos del último censo.

En este marco, las leyes fueron la herramienta privilegiada para dar forma a la inmigración. En 1875 se crea la Comisión General de Inmigración, y en 1876 se dicta la ley N° 817, denominada Ley de Inmigración y Colonización, más conocida como Ley Avellaneda. Inmediatamente después de promulgada la Ley 817, comenzó su difusión en todos los países, fundamentalmente en Europa y allí, haciendo mayor hincapié, en Italia y Austria. En estas dos naciones se nombraron agentes de inmigración que debían ser quienes organizaran las tareas relativas a hacer conocer a fondo las ventajas que ofrecía el gobierno argentino a toda persona que quisiera radicarse en este territorio para colonizarlo.

En el artículo 12, la ley referida define como inmigrante a "todo extranjero jornalero, artesano, industrial, agricultor o profesor, que siendo menor de sesenta años y acreditando su moralidad y sus aptitudes, llegase a la república para establecerse en ella, en buques a vapor o a vela, pagando pasaje de segunda o tercera clase, o teniendo el viaje pagado por cuenta de la Nación, de las provincias o de las empresas particulares, protectoras de la inmigración y la colonización". Esta política de "puertas abiertas" tal como se redactó quedó limitada, no obstante, a jefes (o jefas, algo improbable) de familia con oficio y además, europeos: probablemente, la referencia a la llegada "en buque a vapor o vela" pretendía excluir alguna inmigración limítrofe. De esta manera, todo inmigrante, siempre que "acreditase suficientemente su buena conducta y su aptitud para cualquier industria, arte u oficio útil", gozaba del derecho de ser alojado y mantenido a expensas del Estado durante los cinco días siguientes a su desembarco (art.45). Además, el Poder Público se hacía también cargo de su traslado al lugar del país que eligiese como residencia. Por otra parte, cuando el inmigrante así lo deseara, podía obtener ocupación a través de la Oficina del Trabajo, aunque se reconoce que sólo en un porcentaje muy bajo los inmigrantes usaron sus servicios.

Como nota Novick, "la implementación del proyecto modernizador mostraría rápidamente sus contradicciones y ambigüedades"¹⁴. En 1902, la ley 4.144 (Ley de Residencia) inaugura la conocida visión del inmigrante como el Otro Enemigo: "el sospechoso, el indeseable"; el Poder Ejecutivo podía impedir la entrada de extranjeros cuyos antecedentes fueran sospechosos o bien,

¹⁴ Novick, Susana, "Evolución reciente de la política migratoria argentina", 2005. Disponible en: <http://www.iigg.fsoc.uba.ar/pobmigra/archivos/iussp.pdf>

expulsar a cualquier extranjero que comprometiera “la seguridad nacional o el orden público”. Pocos años después (1910) aparecería la Ley de Defensa Social, pensada especialmente para el movimiento anarquista y otras revueltas. Claro, para esa época, las condiciones de explotación se habían hecho patentes, el acceso a la tierra por parte de los colonos era apenas una teoría: el sueño de “hacer la América” se posponía. Ambas dan inicio a la etapa de criminalización del migrante que duraría, increíblemente, hasta los comienzos del siglo XXI.

2. SEGUNDO ACTO, CIERRE: 1902-2003

Mármora resume las políticas de este período de la siguiente manera: “bajo el paraguas de la ley 817 (explícitamente promotora de las migraciones) se desarrollaron políticas de promoción generalizada hasta la década de los treinta, de restricción hasta fines de los años cuarenta, de promoción selectiva en los cincuenta y de períodos de mayor flexibilidad o rigidez de acuerdo al signo del gobierno (militar o civil) durante los años sesenta y setenta¹⁵. Esto, a rasgos muy generales; un examen más detallado nos muestra que la restricción por la selectividad fue la norma, con mayor o menor restricción según distintos factores.

Hasta mediados de los 1900, entonces, el flujo de inmigración fue constante, con algunos movimientos emigratorios en las Guerras Mundiales. Hacia 1947 –incluso antes, desde 1914–, el porcentaje de extranjeros sobre la población total comienza a declinar. Hacia 1930, se acentúa la tendencia legislativa que ve en el inmigrante un indeseable, peligroso además; sin embargo, la reducción del flujo migratorio se apunta más como resultante de otros factores de origen económico y social a nivel mundial que de las injerencias internas¹⁶. Desde esa época, pasando por los gobiernos peronistas que dan inicio a la posibilidad de amnistía para los residentes ilegales y los gobiernos militares hasta 1976, la política migratoria ha sido errante y no ha podido resolver una constante dicotomía: el fomento de la inmigración frente al reconocimiento de su importancia como variable de crecimiento económico; la restricción frente a la visión del extranjero como amenaza. Dichas tendencias coinciden, aunque no totalmente, con la sucesión de gobiernos democráticos y militares, respectivamente.

Este período de “cierre”, selección de la inmigración, criminalización, tuvo su inicio a raíz de la ley 4.144, de residencia de extranjeros, sancionada en el año 1902. Las pésimas condiciones de

¹⁵ Mármora, Lelio, “Las leyes de migraciones como contexto normativo”, Giustiniani, R., *Migración, un derecho humano*, Buenos Aires: Prometeo, 2004, pp. 59-65, p. 60.

¹⁶ Novick, “Evolución reciente...”, ob. Cit.

trabajo que sobre todo, distaban de las promesas de la “Argentina tierra prometida”, dieron lugar a la organización de los proletarios que organizaron numerosas huelgas.

Ante los sucesos de 1910 se refuerza la ley de 1902 mediante la aprobación de la ley 7.209, de defensa social y el decreto del 31 de diciembre de 1923 –que reglamentó la ley Avellaneda–. Estas fueron las tres grandes piezas de un “vuelco importante en la política proinmigrante que venía sosteniendo el Estado argentino”¹⁷. La primera de las leyes mencionadas otorgaba al Poder Ejecutivo amplias facultades de detención y expulsión de extranjeras, no sujetas a revisión judicial alguna. Esta facultad, es de notar, se mantendría en cabeza del Poder Ejecutivo a través de la Dirección Nacional de Migraciones hasta la nueva ley de 2003, como una herramienta rápida y eficaz para expulsar a los extranjeros que fueran considerados como indeseables en distintos momentos y por distintos motivos de la historia de país.

Este bagaje normativo tuvo sin embargo, un impacto muy limitado sobre la realidad de la inmigración, que responde a otras lógicas distintas al corto alcance de una ley nacional. Esto alcance reducido se mantendría hasta 1914¹⁸. Sí sirvieron para desalentar la inmigración algunas normas específicas, tales como el Decreto que Yrigoyen puso en vigor en 1919 –en clara relación con los sucesos de la Semana Trágica–, exigiendo a los futuros migrantes certificado de salud, de antecedentes penales y de no mendicidad¹⁹.

El decreto del 31 de diciembre de 1923-fracasado el intento de lograr una ley de inmigración-, que reglamenta la ley 817, implanta normas de estricto control sobre el ingreso de extranjeros. Su único considerando responde al inciso 2 del artículo 3º de la ley 817, a través del cual se conceden al Departamento de Inmigración los deberes y atribuciones de “proteger la inmigración que fuere honorable y laboriosa, y aconsejar medidas para contener la corriente de la que fuese viciosa e inútil”. A partir de 1930 comienzan a disminuir las corrientes migratorias masivas. Sin embargo, no parece que la restricción del flujo tenga relación alguna con las normas restrictivas; los movimientos migratorios responden a patrones mucho más amplios en relación al corto alcance de las normas. Pese a esto, 1923 fue un año donde se registró un pico de ingresos: 200

¹⁷ Exposición de motivos del proyecto de la ley 25.871.

¹⁸ Devoto, F., *Historia de la inmigración...* ob. Cit., p. 79.

¹⁹ Cfr. Devoto, *idem*, p. 169.

mil personas. Esto tiene que ver con las restricciones impuestas en los Estados Unidos que redirigieron los movimientos migratorios²⁰.

En 1938, las consecuencias de la Gran Crisis de los años treinta dieron fundamento a que el Poder Ejecutivo nacional estableciera por decreto la exigencia de un “permiso de libre desembarco” y “un examen selectivo de la inmigración fundamentado en la necesidad de protección moral y física”²¹. El objetivo central sería la limitación de los refugiados (republicanos españoles y judíos del centro-oriente de Europa)²².

Luego de esta fecha, “Argentina se embarca en una restrictiva y arbitraria política de limitación de la inmigración”²³. Alrededor de la década del '50 la inmigración de países limítrofes adquiere un mayor peso dentro de la población extranjera; la disminución de la migración europea permite la visibilidad de la migración de origen limítrofe. En 1949 se dicta la primera amnistía, producto de una realidad inmigratoria y de la imposibilidad de lograr un consenso para generar una norma de fondo.

En 1963 se dicta el decreto 4905 según el cual se limitan los derechos otorgados por la Constitución Nacional a los extranjeros, so pretexto de que dichos derechos no alcanzan a los inmigrantes que han ingresado al país incumpliendo los requisitos legales. Dos años después, el Reglamento de Migración (decreto 4.418/65) <<combina restricciones para el ingreso y la permanencia con un criterio amplio en materia de radicación. A partir de 1966, con el llamado gobierno de la Revolución Argentina, la normativa y el control migratorio se endurecen>>²⁴. En mayo de 1967 se dicta el decreto ley 17.294, denominado “Represión de la inmigración clandestina”, en el que se autoriza el despido sin indemnización de ilegales, dejando en claro que, por demás, los extranjeros ilegales y los residentes temerarios no pueden realizar tareas remuneradas, salvo habilitación especial de la DNM. Asimismo, incorpora a empleadores y dadores de alojamiento, al circuito del control, ya que debían controlar la legalidad de la estancia de los extranjeros bajo pena de multa.

En septiembre del mismo año, una resolución de la DNM (2016) crea la residencia precaria, un “certificado de autorización de residencia precaria y para ejercer actividades remuneradas para

²⁰ Devoto, *idem*, p. 170.

²¹ Exposición de motivos del proyecto de ley 25.871.

²² Giustiniani, Rubén, “Fundamentos de la ley”, en Giustiniani, R., *Migración, un derecho humano*, ob. Cit., p. 32.

²³ Devoto, Fernando, *Historia...*, ob. Cit., p. 179.

²⁴ Exposición de motivos del proyecto de la ley 25.871.

quienes estén regularizando la permanencia, por 180 días renovables". Esta figura de residencia precaria, destaca Pacceca, se mantuvo a lo largo del tiempo, generando una suerte de limbo en el que el migrante está indocumentado, ya que no tiene documento argentino, pero no es ilegal. Puesto que es renovable hasta que cesen las condiciones que le dieron origen, en la actualidad hay migrantes cuyas residencias precarias, renovadas periódicamente, tienen tres o cuatro años de antigüedad.

Poco después (junio de 1969), el Poder Ejecutivo se autoriza a expulsar –sin posibilidad de recurso, tal fue la práctica hasta hace no muchos años- a cualquier extranjero, incluso residente permanente, que atente contra la paz social, la seguridad nacional o el orden público (Decreto-ley 18.235).

En resumen, “esta normativa vuelca todo el poder de policía sobre el migrante, y los controles que se hacen sobre transportistas y empleadores son a los efectos de asegurar que ellos también los vigilen. A diferencia de la ley Avellaneda, ya no se considera que el estado deba proteger al inmigrante de posibles abusos...”²⁵.

La nueva ley de migraciones adoptada en 1980 por el Poder Ejecutivo militar de facto (e increíblemente vigente hasta el 2004) recogería una práctica bastante común para aquella época y que ya había sido receptada en una ley de 1967: la criminalización del inmigrante ilegal.

Desde dicha ley, los siguientes gobiernos, democráticos, se encargaron de dictar distintas reglamentaciones para ella. El decreto 1.434/87 (31 de agosto de 1987), por ejemplo, fija pautas para la aplicación de la política migratoria. “La norma establece las zonas prioritarias a poblar, los montos de las franquicias y bienes que se permite introducir a los inmigrantes y los recursos del Fondo Nacional de Poblamiento. Los 180 artículos del Reglamento de Inmigración profundizan la tendencia de delegar en la Dirección Nacional de Migraciones la fijación de la política. Resulta fundamental el artículo 15, donde se fija una clara política migratoria restrictiva”²⁶.

Ya desde fines de los ochenta comienza a registrarse un alza en la percepción del extranjero como amenaza, para encontrar un pico hacia la segunda presidencia de Menem. Como lo expresa

²⁵ Pacceca, María Inés, “Legislación, migración limítrofe y vulnerabilidad social”. Trabajo presentado en las *VI Jornadas sobre Colectividades*, Buenos Aires, octubre de 1998. Disponible en: www.unida.org.ar

²⁶ Exposición de motivos del proyecto de la ley 25.871.

Domenech, “en un momento de pleno auge del neoliberalismo, hubo una actualización de los discursos y prácticas de exclusión.... En los ’90 hubo una actualización de la migración como amenaza... En los ’90 el discurso del Estado fue claramente xenófobo y racista”²⁷.

Como ejemplos, podemos mencionar la resolución 2.478, según la cual sólo se concederá permiso de ingreso o residencia en carácter permanente o temporario a los extranjeros que acrediten ser inmigrantes con capital propio suficiente como para el desarrollo de una actividad comercial, industrial, agropecuaria, minera o pesquera, circunstancia que deberá acreditar a juicio de la Dirección Nacional, siempre que la actividad fuera de interés para el país. De la mano con esta exclusión de la inmigración limítrofe –que claramente no respondía a estos patrones, la DNM dicta otra resolución a fin de que los criterios de admisión establecidos se aplicaran con un criterio más amplio cuando se tratara de inmigrantes de origen europeo.

En 1993 comienzan los operativos de control. El decreto 277 de 1993 autoriza a la Secretaría de Población y a la Subsecretaría de Seguridad Interior del Ministerio del Interior a realizar en todo el territorio nacional operativos conjuntos de control, y permite la expulsión inmediata de todo extranjero sorprendido *in fraganti* cometiendo un delito de acción pública, así como a los ocupantes de inmuebles que no justifiquen su derecho a la posesión o la tenencia. El 1023/1994 establecerá como requisito el contar con un contrato de trabajo con firmas certificadas por escribano; poco después, el Decreto 1117/98 crea una tasa de admisión de doscientos pesos e impide el cambio de categoría migratoria.

Durante el primer gobierno de Menem, la tendencia hacia la criminalización de la inmigración se acentúa conforme empiezan a evidenciarse las “consecuencias no deseadas” de la aplicación a rajatabla de la receta neoliberal. Esta visión del migrante como chivo expiatorio de los males de una sociedad no es, por supuesto, ninguna creación argentina sino que más bien puede ser una indicada como una constante, a lo ancho del globo, en tiempos de crisis. Si bien a principios de su primer gobierno se dictó un decreto de amnistía, Mármora señala una “contradicción permanente” entre distintas posiciones dentro del gobierno y la misma sociedad civil, y se mantuvo “con un recrudescimiento entre 1995 y 1999”²⁸. La situación fluctúa, entonces, entre la amnistía para los inmigrantes limítrofes y la expulsión inmediata (sin juicio, se entiende) de los inmigrantes ilegales que fueran sorprendidos *in fraganti delicto*. Claro que siempre quedaba la

²⁷ Domenech, E., “La inmigración es un hecho social...”, ob. Cit.

²⁸ Mármora, *Las políticas de migraciones...*, ob. Cit., p. 61.

duda de a cuáles delitos se referían las estadísticas: cuando se indica que las comisarías estaban llenas de inmigrantes ilegales limítrofes –según Carlos Corach, entonces Ministro del Interior, el 58% de las comisarías a diciembre de 1998 estaba ocupada por ellos²⁹-, ello no cuenta, claro, que la razzia policial y posterior detención de todo aquel que no pudiera demostrar la legalidad de su estancia era la causa que engrosaba las estadísticas.

El habitual divorcio entre los niveles de política interna y exterior puede rastrearse en dichas acciones. Desde el mencionado modelo fundacional -donde se promovía la inmigración bajo el ideal de poblamiento y desarrollo a la agricultura aunque dicha realidad chocaba de lleno con la regulación del acceso a la tierra y la propiedad de unos pocos- que no hay correlación entre la visión social sobre la migración y más particularmente, sobre el migrante y las acciones políticas, ni siquiera a nivel interno: cuando en 1998 se intentó plasmar en normas el imaginario social del inmigrante como amenaza y delincuente, presente en esa época de ultra individualismo como en ninguna otra, los proyectos intentados encontraron fuerte resistencia, incluso frente a la fuerte campaña mediática de criminalización de migrantes desplegada por el gobierno.

Por otro lado, el grado más palpable de divorcio se da entre las declaraciones y algunas acciones y los verdaderos obstáculos internos para su efectividad. Por ejemplo, la ratificación de la *Convención Internacional de los Trabajadores Migrantes y sus familiares* prácticamente no ha impactado en quienes debieran ser sus destinatarios, y otro tanto puede decirse de las consecuencias de la regularización migratoria, aunque se trate de dos datos nada desdeñables que configuran, indudablemente, un cambio de paradigma.

En 1997 y 1998, entonces, tienen lugar dos propuestas de modificación a la ley de migraciones, igualmente restrictivas y criminalizadoras de la situación de ilegalidad; incluso, los hijos de inmigrantes no tenían acceso a la educación primaria y se mantenían las multas para quienes proveyeran alojamiento a los residentes ilegales. Ante las críticas que recibieran ambos proyectos, el Estado comenzó a montar un discurso oficial del inmigrante como causante de los males del país: delincuencia, inseguridad, cólera. El pico de exposición pública fue en enero de 1999, cuando la Iglesia se cruzaba con el gobierno, los policías hacían *razzias* de ilegales y

²⁹ “Corach vincula a los extranjeros con el aumento del delito”, *Clarín*, 25/01/99.

ninguna fuente gubernamental podía confirmar tal participación de los inmigrantes en los porcentajes de delitos. La reacción pública de distintos actores sociales bloquea los proyectos.

A principios del 2002 se notaba una tendencia recesiva: en los últimos días del 2001 y principios del 2002 ya se hablaba de 30.000 extranjeros limítrofes y peruanos que habían regresado a sus países³⁰. El titular de la Organización Internacional de Migraciones, Lelio Mármora, fue contundente: "se está yendo el que puede y el que pensaba radicarse no viene. **La emigración es alta y la inmigración hacia la Argentina es casi nula**" (énfasis en el original). A principios de 2004, Clarín, por ejemplo, informaba que el gobierno había decidido suspender la política de expulsión de todo aquél que no tuviera los papeles en regla, aunque reconocía la casi imposibilidad de llevar a cabo dicho trámite: entre la numerosa documentación a presentar, sus certificaciones y el valor del trámite en sí, la suma mínima que anualmente debía invertir un inmigrante no descendía de los 300 pesos, sin contar el tiempo insumido en la burocracia y los estudios médicos.³¹

3. LAS MIGRACIONES RECIENTES: DESDE EL 2003

Algunos otros datos de los grupos de migrantes limítrofes más numerosos son interesantes para tener una idea de la dimensión del fenómeno.

Principales indicadores en la Ciudad de Buenos Aires 2003

	Bolivianos	Paraguayos
Población total	29.129	17.876
Población económicamente activa (14 años y más)	Total: 24.772 Ocupada: 13.887 Desocupada: 1718 Estudiantes: 3011 Otra: 6.151.	Total: 14.111 Ocupada: 9512 Desocupada: 848 Estudiantes: 477 Otra situación:
Hogares según NBI ³²	Total hogares: 8.640 Con NBI: 3021	Total hogares: 6734 Con NBI: 1595
Hogares según retorno de algún miembro	Total hogares: 8.640 Sin retornos: 7881 Un retornado: 600	Total hogares: 6734 Sin retornos: 6359 Un retornado: 358

³⁰ "Los inmigrantes que se van por la crisis", Clarín, 25/1/02.

³¹ "Inmigrantes limítrofes: la difícil ruta para radicarse", Clarín, 7/2/04

³² Según las pautas metodológicas de la Encuesta del INDEC, los hogares con Necesidades Básicas Insatisfechas "son los hogares que presentan al menos uno de los siguientes indicadores de privación: 1 - Hacinamiento: hogares que tuvieran más de tres personas por cuarto; 2- Vivienda: hogares en una vivienda de tipo inconveniente (pieza de inquilinato, vivienda precaria u otro tipo, lo que excluye casa, departamento y rancho); 3- Condiciones sanitarias: hogares que no tuvieran ningún tipo de retrete; 4- Asistencia escolar: hogares que tuvieran algún niño en edad escolar (6 a 12 años) que no asistiera a la escuela.; 5- Capacidad de subsistencia: hogares que tuvieran cuatro o más personas por persona ocupado y, además, cuyo jefe no haya completado tercer grado de escolaridad primaria.

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INDEC.

En la Ciudad hay una población económicamente activa de 85% de bolivianos y casi un 79% de los nacionales paraguayos (calculado sobre el total de la población censada y al 2002-2003), de los cuales trabajan el 56% de los primeros y el 67% de los segundos. De ellos, un 12% de nacionales bolivianos son estudiantes frente a un 3% de paraguayos.

Casi un 35% de los hogares bolivianos tiene necesidades básicas insatisfechas, en tanto que entre los hogares paraguayos este porcentaje desciende a un 23%.

Los porcentajes de retorno son similares: en más del 90% de los hogares no hay ningún retornado (91 y 94% respectivamente).

Principales indicadores en el Gran Buenos Aires

	Bolivianos	Paraguayos
Población total	29.990	53834
Población económicamente activa (14 años y más)	Total: 25.308 Ocupada: 14333 Desocupada: 3726 Estudiantes: 2.932 Otra situación: 4301	Total: 47.356 Ocupada: 28.885 Desocupada: 4440 Estudiantes: 2737 Otra situación: 11.294
Hogares según NBI	Total hogares: 9.368 Con NBI: 2128	Total hogares: 20.394 Con NBI: 4253
Hogares según retorno de algún miembro	Total hogares: 9368 Sin retornos: 8.107 Un retornado: 455	Total hogares: 20.394 Sin retornos: 19.121 Un retornado: 588

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INDEC.

Los porcentajes en el Gran Buenos Aires son similares para ambos grupos. La población económicamente activa es de un 84% de bolivianos y un 87,9% de paraguayos, de la cual está ocupada un 56% y un 61%, respectivamente. El porcentaje de estudiantes también vuelve a ser mayor entre la población de origen boliviano: un 11,5 frente a un 5,7% entre los paraguayos.

Los hogares con NBI son del 22,7% para los bolivianos y un 20,8% entre los paraguayos, algo un poco más bajo con respecto a los porcentajes de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual es especialmente significativo: la población boliviana es similar en la Ciudad y en el GBA en términos numéricos (29129 y 29990) aunque hay mayor cantidad de hogares en GBA (una diferencia de más de 700 hogares).

Sin embargo, el porcentaje de NBI entre los hogares en la Ciudad es del 35% frente a un 22,7% en el GBA. La cantidad de nacionales paraguayos es sensiblemente mayor en el GBA (casi 60 mil) respecto a los casi 18 mil en la Ciudad: sin embargo, el porcentaje de hogares con NBI es menor en la provincia.

En este sentido puede resultar ilustrativa la información referida al tipo de vivienda que se reseña en el cuadro a continuación.

Principales indicadores por tipo de vivienda, Ciudad y Gran Buenos Aires

Ubicación del hogar	Hogares Bolivianos		Hogares paraguayos	
	Ciudad	GBA	Ciudad	GBA
Cantidad total de hogares	8640	9368	6734	20394
Casa tipo A	4397	5190	1606	10616
Casa tipo B³³	278	1961	96	6113
Rancho, casilla	1131	1506	258	1695
Departamento	1287	711	3697	1970
Pieza, hotel, pensión	1342	-	1077	-
Local no para vivienda	182	-	-	-

Fuente: elaboración propia a partir de los datos del INDEC.

Del cuadro surge que un 33% de los hogares bolivianos en la Ciudad vive de alguna manera precariamente (casa con piso de tierra, rancho o casilla, pieza en inquilinato, hotel familiar o pensión, local no apto para vivienda), un porcentaje similar al de hogares con NBI del mismo grupo en dicha área geográfica. El porcentaje es similar para los hogares del GBA (un 35%), aunque con mayor presencia de viviendas tipo B. Para los hogares paraguayos en la Ciudad, un 21% vive en condiciones de alguna forma precaria (1431 hogares), mientras que en GBA tal porcentaje asciende al 38% (más de 7800 hogares), destacándose también las viviendas tipo B.

Finalmente, las tasas de retorno son similares: en un 86,5% de los hogares bolivianos en territorio bonaerense no hubo ningún retornado en el último año; entre los paraguayos este porcentaje trepa al 93,7%.

De esta manera, consideramos que la ley de política migratoria aprobada en el 2004 viene a inaugurar una nueva etapa en el capítulo argentino de las migraciones y muy especialmente, en

³³ Nota: las *casas tipo B* son todas las que cumplen por lo menos con una de las siguientes condiciones: tienen piso de tierra o ladrillo suelto u otro material (no tienen piso de cerámica, baldosa, mosaico, mármol, madera o alfombrado) o no tienen provisión de agua por cañería dentro de la vivienda o no disponen de inodoro con descarga de agua. Las *casas tipo A* son todas las casas no consideradas tipo B.

la agenda de los derechos humanos. Justamente, el año 2004 parece marcar un cambio de rumbo en la política migratoria: (i) Argentina ratifica el Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados del MERCOSUR (firmado en 2002)³⁴ y también, el acuerdo extensivo a Bolivia y Chile³⁵ (“el Acuerdo de residencia ampliado”), el cual por disposición interna se extiende a Perú³⁶, (ii) se promulga la tan esperada Ley Nacional de Política Migratoria (enero 2004), (iii) se aprueba un nuevo Protocolo al Convenio con Perú³⁷. El mismo año se firma también el Acuerdo contra el Tráfico Ilícito de Inmigrantes³⁸, cuya ratificación está aún pendiente, y la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familias³⁹.

Estos hechos, realizados a distintos niveles gubernamentales, dan idea de un contexto favorable para el desarrollo de una clara voluntad política. Cronológicamente, el año 2004:

- Enero 2004. Ley de política migratoria
- Enero 2004. Suspensión de las expulsiones y conminaciones a hacer abandono del país.
- Mayo 2004. Ley aprobatoria del Segundo Protocolo al Convenio migratorio con Perú.
- Julio 2004. Aprobación legislativa de los Acuerdos sobre Residencia y del Acuerdo de residencia ampliado.
- Agosto 2004. Firma de la Convención de los Trabajadores Migratorios y sus familias.
- Diciembre 2004. Firma del Acuerdo sobre el Tráfico Ilícito de Migrantes en el MERCOSUR.

³⁴ Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, suscripto en Brasilia el 6 de diciembre de 2002. Ley 25.903, BO 16/7/2004.

³⁵ Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile (2002), ley 25902 (2004).

³⁶ Disposición DNM 20.880/2005, se extiende Acuerdo Residencia Nacionales MERCOSUR, Bolivia y Chile (2002).

³⁷ Protocolo Adicional al Convenio de Migración suscripto con la República del Perú, el 16 de diciembre de 2002, aprobado por ley 25.889, BO 18/5/2004.

³⁸ Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR, suscripto en Belo Horizonte el 16/12/2004. B.O. 12/06/08 - Ley 26.382. En las mismas fechas se firma y aprueba el Acuerdo contra el tráfico ilícito de migrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile, aprobado por ley 26.384.

³⁹ Según el estado de ratificaciones del que da cuenta las Naciones Unidas: Firmada el 10 de agosto de 2004 y ratificada el 23/02/2007. Listado disponible en: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en

SEGUNDA PARTE. LA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA ARGENTINA

CAPÍTULO 1. LOS PROLEGÓMENOS DE LA LEY

1. INTRODUCCIÓN

Es un lugar común y no discutido que la ley 25.871, sancionada en diciembre de 2003 y promulgada de hecho en enero del año siguiente, vino a saldar una de las grandes deudas de la democracia. Este no fue, sin embargo, el único estandarte de los promotores de la ley: tal como lo pone de manifiesto el entonces Diputado Nacional Rubén Giustiniani (Presidente de la Comisión de Población y principal impulsor legislativo de la norma), “parece contradictorio esto [pedidos argentinos para que se preserven los derechos de nuestros migrantes en el exterior] cuando nosotros mismos todavía no tenemos en nuestra propia legislación esos derechos consagrados”.¹

Esto no pasaba inadvertido para las diversas organizaciones sociales que trabajaban en el terreno y participarían activamente en el proceso de adopción de la nueva ley; en su Informe de 2002, el CELS encabeza el capítulo sobre la situación de los migrantes en Argentina haciendo referencia a la grave crisis económica y social del país que, por demás, había provocado una alta emigración de argentinos².

Señala Giustiniani que la falta de sanción de una ley migratoria que reemplazara la “Ley Videla” no era una cuestión de olvido o falta de importancia: “proyectos que obtenían aprobación en las Comisiones de Población de la Cámara de Diputados o de Senadores... no llegaban a convertirse en ley”³. En particular, la ley es la reproducción del expediente 7344-D-01; dicho proyecto fue presentado el 7 de diciembre de 2001 por los Diputados Giustiniani, Oscar González y María Barbagelata. Este primer proyecto fue discutido durante el año siguiente por diversos actores involucrados: organizaciones no gubernamentales, investigadores, organizaciones internacionales tanto en seminarios organizados al efecto como en una audiencia pública final.

¹ Audiencia Pública “Legislación migratoria en la República Argentina”, Sala de Conferencias del Congreso de la Nación”, 26 de septiembre de 2002.

² CELS, Informe Annual 2002. http://www.cels.org.ar/common/documentos/informe_2002_cap_12.pdf

³ Giustiniani, Rubén, “Fundamentos de la ley”, en Giustiniani, R., *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires: Prometeo, 2004, p. 13.

Esto, veremos, generó una instancia única y novedosa hasta el momento en cuanto a creación y gestión de normas.

Además, debe mencionarse que unos meses después de la promulgación de la ley y evidentemente, con miras al inicio del proceso de regularización (cuyo decreto se había aprobado unos días antes, el 06/09/2004), una disposición de la Dirección Nacional de Migraciones extendió la interpretación de dicho inciso, al disponer que dicho inciso es “meramente enunciativo” y que debía comprender “a todos los nacionales de los Estados partes y asociados del MERCOSUR” (Disposición 29.929/04 del 17 de septiembre de 2004). Es en este punto, la regularización, donde veremos que el rol del Poder Ejecutivo respecto a la iniciativa de regularización de los migrantes provenientes de países limítrofes fue muy activo. Poco después de aprobada la ley, ya estaban en marcha los borradores para el plan de regularización⁴, y se reseñaba en los diarios la situación a enfrentar⁵.

Un segundo elemento a señalar es que hubo varios proyectos anteriores, señalándose el 2001 como el año que mayor cantidad de proyectos hubo sobre la ley de migración⁶. Sin embargo, y según la misma fuente, las primeras iniciativas se remontan a 1994, dando cuenta de una activa actividad parlamentaria hasta la sanción de la ley 25.871. Esto de alguna manera ratifica la posición de la ley como una conquista de los actores involucrados, producto de un largo proceso: al contrario de las dos leyes migratorias anteriores, no se trataba de adecuar la realidad a la norma. Este elemento realista es destacado por varios actores.

El tercer elemento es la divergencia entre el proyecto presentado y el finalmente aprobado, el cual se trata en un capítulo siguiente. Sin embargo, en su mayoría se trata de enmiendas producidas como fruto del debate y la necesidad de consenso más que de directivas del Poder Ejecutivo. El proyecto, huelga señalar, termina siendo más amplio que la norma sancionada, sobre todo en lo que se refiere a las disposiciones en derechos humanos.

Finalmente y para terminar este panorama, cabe apuntar que durante su trámite se giró a las Comisiones de Población y Recursos Humanos, Asuntos constitucionales, Relaciones Exteriores

⁴ “Blanquearían a miles de extranjeros ilegales”, *Tiempo fueguino*, s.f. (enero 2004). Disponible en: <http://www.tiempofueguino.com.ar/main/modules.php?name=News&file=article&sid=4505> [Consultado el 16 de mayo de 2009].

⁵ “El gobierno inicia la actividad de 2004 con agenda cargada”, *Hoy La Plata*, 5/1/2004.

⁶ Novick, Susana, “Una nueva ley para un nuevo modelo de desarrollo en un contexto de crisis y consenso”, en: Giustiniani, R. “Migración: un derecho humano”, Editorial Prometeo, Buenos Aires, 2004, p. 72.

y Culto, Defensa Nacional, Derechos Humanos y Garantías, y Presupuesto y Hacienda, todas de la Cámara de Diputados. En el Senado, fue girada a Población y Recursos humanos, Asuntos Constitucionales y Justicia y asuntos penales. Sobre la base de algunos de estos dictámenes (Comisiones de Población y Desarrollo Humano, Asuntos Constitucionales y de Justicia y Asuntos Penales) se aprobó el proyecto sobre tablas el 4 y el 17 de diciembre, en Diputados y Senadores respectivamente.

2. LA SITUACIÓN A MODIFICAR

Los informes anuales del Centro de Estudios Legales y Sociales son los que, en términos de derechos, proporcionan probablemente la mejor visión –si bien circunscrita a la Ciudad de Buenos Aires- sobre la situación que atravesaban los migrantes. Sumariamente, las situaciones que venían ocurriendo pueden mencionarse como sigue:

- Existencia de un discurso oficial desde el Poder Ejecutivo Nacional y Provincial en algunos casos, discriminatorio y estigmatizante de los migrantes de origen latinoamericano, tal como la “extranjerización del delito”.
- Durante los noventa se agudizan las razzias de migrantes.
- Existencia de una maraña de normas de vigencia y ámbito de aplicación dudoso, superpuesto, manifestada sobre todo en resoluciones de la Dirección Nacional de Migraciones.
- Alta cuota de discrecionalidad al momento de aplicar dichas normas. En este marco se destaca la imposición discrecional de diversas tasas para apelar resoluciones de la DNM; por ejemplo, 300 pesos por la apelación de un un acto administrativo en virtud de la aplicación del decreto 322/95⁷.
- Alta cuota de discrecionalidad y prácticas arbitrarias por parte de los agentes de migraciones, la policía y operadores administrativos varios. Entre las que se denuncian, figuran: la práctica de la DNM de rechazar solicitudes de radicación de personas con discapacidad. Esta práctica había sido autorizada en 1994 (Decreto 1023/94) pero había sido derogada por la ley 24.393, esto es, al momento de la situación denunciada en el Informe, el decreto ya había sido derogado.

⁷ Centro de Estudios Legales y Sociales, *Informe Anual 2001*. Capítulo VIII: Inmigrantes: señales de alerta e inacción, 2001.

- Otra de las prácticas conocidas es la negación sistemática a inscribir a los niños que no contaran con DNI argentino en los establecimientos educativos. Pese a la normativa dictada por la Ciudad de Buenos Aires, los colegios se negaban a la inscripción y la Secretaría de Educación ni siquiera conocía dicha norma⁸. Lo mismo ocurrió con algunas universidades⁹.

Las situaciones reseñadas dan cuenta de una particular configuración social e institucional hacia el migrante; las acciones del Estado –desde sus niveles más institucionalizados hasta las prácticas presuntamente fuera de la ley-, los prejuicios -y hasta las acciones- del ciudadano o nacional común se retroalimentan dando lugar a esta red en la cual las acciones abusivas y discriminatorias se apoyan en la indiferencia y luego una conciencia social acorde, que también fue fomentada por el Estado ante una realidad social y económica de crisis creciente que permitía la permeabilidad y posterior apropiación de un discurso contra los migrantes. En esto la prensa tuvo un rol trascendental¹⁰. En el año 1999-2000 esto alcanza proporciones inusitadas aunque bien puede ser que recién se hayan conocido a través de las denuncias: grupos armados atacaban a migrantes, particularmente bolivianos, en sus casos, torturándolos y amenazándolos, a los gritos de “bolivianos de mierda”, “vuelvan a sus tierras”¹¹.

La Mesa de Migraciones, por su parte, resumió los problemas que afectaban a la población de migrantes en cuatro temas principales: (i) necesidad de adecuar los trámites de radicación, (ii) situación de ciudadanos de Europa Central y Oriental que ingresaron bajo un régimen de tratamiento migratorio preferencial y que en la Ciudad se observa padecen una situación de vulneración particular; (iii) problema de los extranjeros para acceder en condiciones de igualdad a la prestación de servicios básicos tales como la salud y la educación, entre otros, por su condición de tales, (iv) controles realizados por autoridades de Gendarmería Nacional en los que se denuncia ejercicio abusivo del poder¹².

⁸ Informe del CELS 1999, página 18.

⁹ El Informe 2001 reseña el caso de la negativa de la UTN, que se resolvió con un recurso de amparo mediante el cual el juez ordenó la inscripción. Véase Centro de Estudios Legales y Sociales, *Informe Anual 2001. Capítulo VIII: Inmigrantes: señales de alerta e inacción*, 2001.

¹⁰ Véase por ejemplo las reseñas de las noticias publicadas en todos los Informes anuales del CELS.

¹¹ La Nación del 25/05/00; Clarín, 26/06/00. Recogidos por Informe CELS 2001.

¹² Una de las fuentes puede encontrarse en Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, *Carta Compromiso con el Ciudadano 2002*. Disponible en: http://www.sgp.gov.ar/contenidos/onig/carta_compromiso/docs/lra_Carta_Secretaria_Derechos_Humanos.pdf

Dado que “las principales violaciones a los derechos de los inmigrantes ocurren en la mayoría de los casos como consecuencia de la vigencia extemporánea de la Ley Videla y la imposibilidad para los inmigrantes trabajadores de bajos ingresos y sus respectivas familias, de obtener la requerida documentación argentina y de sus países de origen”¹³, se da cuenta en el siguiente párrafo sobre la situación generada por dicha ley.

La ley derogada, “Ley general de Migraciones y de Fomento de la Inmigración”, más conocida como “Ley Videla”, fue aprobada por el residente de facto el 23 de marzo de 1981 y derogada recién en 2004 por el artículo 124 de la ley 25.871¹⁴. La opinión de un destacado especialista pone de manifiesto la visión compartida de las organizaciones sociales, asociaciones de migrantes, ONGs de derechos humanos y distintos estamentos de gobierno que impulsaban la reforma:

“tenemos una normativa perversa que no garantiza los derechos humanos fundamentales de los inmigrantes, todo lo contrario, otorga al Poder Ejecutivo Nacional facultades discrecionales sin límites, prácticas de aplicación de la ley que también hace cambiar procedimientos extremadamente engorrosos y costosos que son inviables para los trabajadores inmigrantes que constituyen el núcleo fundamental de la inmigración real”¹⁵.

“En términos generales, la Ley Videla, establecida en el año 1981 por la última dictadura militar, estaba basada en la doctrina de la seguridad nacional y tenía consecuentemente una visión restrictiva de la política migratoria, claramente selectiva. La inmigración era vista como una amenaza. Por lo tanto contenía una mirada persecutoria y represiva sobre los migrantes. Con la Ley Videla se violaron todo tipo de derechos, económicos, sociales, políticos y culturales y se legitimaron numerosas prácticas de exclusión. Y es importante destacar que no sólo estuvo vigente solamente durante la dictadura militar, sino también a lo largo de los posteriores gobiernos democráticos hasta su derogación en el año 2003”¹⁶.

Una síntesis de los aspectos medulares de la ley no puede dejar de incluir:

¹³ Centro de Estudios Legales y Sociales, *Informe anual 2000. Capítulo VI: Inmigrantes y refugiados*, 2000. Disponible en www.cels.org.ar, p. 17.

¹⁴ Entretanto, las modificaciones y enmiendas hechas por los gobiernos democráticos fueron menores. El Informe del CELS de 1997 resume. “en 1988 la ley 23.564; en 1990 la ley 23.860; en 1991 la ley 24.008; y en 1994 la ley 24.393 enmiendan el texto original sólo en relación a la necesidad de actualizar los montos de las multas, las cauciones, las tasas retributivas de servicios y ciertas competencias”.

¹⁵ Oteiza, Enrique, Intervención en el Seminario de Política y Normativa Migratoria, 1 de diciembre de 2000. La versión taquigráfica estaba disponible en Internet, pero actualmente el sitio ha sido removido.

¹⁶ Domenech, Eduardo, “La inmigración, un hecho social total, clave en nuestro tiempo”, *Desafíos urbanos* nro. 54. Disponible en: <http://www.cecopal.org/NewFiles/des54/des54-nota-7.html> [Consultado el 20-06-2010].

- La ley no contenía previsión alguna sobre el cambio de categoría o la renovación de la residencia. Legalmente, se establecía que “debía abandonar el país” vencido el plazo de autorización.
- Las personas físicas o jurídicas que soliciten el ingreso, permanencia o regularización de una persona extranjera prestarán caución.
- Sólo los residentes permanentes gozan en el territorio de los derechos civiles de los argentinos. Sin embargo, incluso para ellos el ejercicio del derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio se subordinó a las reglamentaciones legales. De esta manera los extranjeros de la Constitución Nacional son reducidos a extranjeros “residentes legales y permanentes” e incluso mucho menos, si tenemos en cuenta la importancia del derecho al movimiento, que aparece restringido también para estos residentes legales y permanentes.
- La permanencia de un extranjero podía ser condicionada por la autoridad de aplicación a una zona determinada del país. En tales casos, los temporales no podían residir, ni los transitorios transitar, fuera de la zona asignada sin previa autorización. Residir en un lugar distinto al asignado era causal de expulsión.
- Al constatar la ilegalidad, la ley no preveía una conminación a regularizar sino que la DNM “podrá” conminarlo a hacer abandono del país o disponer su expulsión. La voluntad de la DNM o de los policías involucrados en el operativo podía resolverse en un mínimo de 500 ó 600 pesos argentinos¹⁷.
- El ingreso por lugar no autorizado se sancionaba con la expulsión por la mera constatación del hecho.
- Decretada la expulsión, se podía adicionalmente decretarse la detención de la persona.
- Pena de prisión ante reingreso no autorizado, entre 3 meses y 1 año. Si fuera por lugar no autorizado, la pena sería de 6 meses a 2 años. La pena llevaba como accesoria la expulsión del país.
- No existían recursos judiciales contra las decisiones administrativas
- Sólo los residentes permanentes o temporarios y habilitados a tal efecto podían recibir educación.
- Para usar los servicios de salud, debía acreditarse identidad y residencia legal.

¹⁷ Cfr. Informes del CELS de los años 1998, 1999, 2000. Disponibles en www.cels.org.ar

- No podía proporcionarse alojamiento a título oneroso a los extranjeros que se encontraran residiendo ilegalmente, si fuera a título gratuito o benéfico, debía comunicarse fehacientemente a la autoridad migratoria.
- La aplicación de la ley no eximía al empleador de cumplir las obligaciones emergentes de la relación laboral, salvo que al inicio de la relación el trabajador fuera legal y luego se transformare en ilegal o caducara su autorización para trabajar.
- El Ministerio del interior podía disponer la expulsión de la república de todo extranjero, sin considerar su situación de residencia, cuando fuere condenado por pena mayor a 5 años, o por delito doloso, o cuando realizare, en el país o en el exterior, actividades que afecten la paz social, la seguridad nacional o el orden público de la república.
- Un amplio abanico de personas tenía obligación de denunciar ilegalidad: las autoridades habilitadas para celebrar un matrimonio, en el caso que alguno de los cónyuges fuere “ilegal”, las instituciones asistenciales u hospitalarias, los organismos administrativos, los escribanos, las autoridades de la Inspección General de Justicia, el Registro automotor y hasta la Comisión Nacional de Valores.
- Facultades de la DNM: entrar libremente y sin notificación previa a los lugares de todo tipo donde exista o presuma que exista infracción a alguna de las disposiciones de la ley (todo lo cual daría lugar a las numerosas “razzias” de inmigrantes que caracterizaron el último lustro de los noventa); interrogar a solas o ante testigos a los responsables o sus representantes; exigir la presentación de libros y documentación para su verificación, requerir directamente el concurso de fuerza pública cuando sea necesario para el cumplimiento de sus funciones.
- La radicación en el país “demandaba un trámite casi imposible de cumplimentar, caro, engorroso y sometido a los antojadizos impulsos de funcionarios permanentemente cambiantes”¹⁸. Uno de los objetivos de la nueva ley era, entonces, terminar con la “fábrica de ilegales”¹⁹.

¹⁸ Zaffaroni, Eugenio, “Migración y discriminación: la nueva ley en perspectiva histórica”, en Giustiniani, Rubén, *Migración: un derecho humano*, ob. Cit., p. 46.

¹⁹ “Una nueva ley para desactivar la ‘fábrica de inmigrantes ilegales’”, *Clarín*, 20/01/04. Esto es afirmado por el mismo Director de Migraciones el 24 de marzo de 2004 en su audiencia ante la Comisión de Población del Senado, al sostener que “evidentemente, todo el sistema anterior era muy malo porque Migraciones solamente era una fábrica de ilegales...Se generaba un sistema muy perverso, con muchos requisitos prácticamente incumplibles. Esa fue la razón por la cual la gente no los cumplía” (citado por Novick, “Una nueva ley...”, 2004, ob. Cit., p. 77).

3. EL PROCESO DE GESTACIÓN DE LA LEY

La ley fue producto de un largo proceso de debate entre una multiplicidad de actores y en este sentido, puede afirmarse que su gestación es un modelo para la adopción de normas. Como apunta Mármora, “fue el resultado de un largo proceso de discusiones y consensos tanto al interior del poder legislativo como de éste con el poder ejecutivo, y de ambos con los diferentes sectores de la sociedad civil”²⁰. Se señala así que “el camino elegido para su elaboración fue el más largo...”²¹. Se realizaron varias reuniones de debates, un seminario el 1 de diciembre de 2000 y una audiencia pública el 26 de septiembre de 2002.

Durante el año 2000 algunas organizaciones de Buenos Aires que trabajan con migrantes habían comenzado a reunirse para proyectar las diversas actividades y trata de resolver los problemas más acuciantes de los propios migrantes (falta de documentación, abuso a sus derechos, etc.). Así se constituyó la Mesa de Organizaciones para la Integración de los Inmigrantes o “Mesa de organizaciones en defensa de los derechos de los inmigrantes”²² integrada por: SERPAJ, Servicio de Paz y Justicia; CELS, Centro de Estudios Legales y Sociales; CEMLA, Centro de Estudios Migratorios Latinoamericanos; CAREF, Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Refugiados y a Migrantes; FCCAM, Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones; Arzobispado de Buenos Aires (Departamento de Migraciones); CTA, Central de los Trabajadores Argentinos (Departamento de Migraciones), Central de Trabajadores Argentinos; APDH, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos; RIMCA, Red de Investigadores en Migraciones Contemporáneas en Argentina, OIM, Organización Internacional para las Migraciones.

Entre sus objetivos figuran el favorecer los procesos de integración de los inmigrantes en nuestro país, mantener la atención sobre el respeto a los derechos de los inmigrantes, canalizar las inquietudes de las colectividades inmigrantes hacia los organismos competentes, mantener informados a grupos y organizaciones del país y promover una correcta información en la prensa sobre los problemas de los inmigrantes²³. Sus encuentros sistemáticos datan de 1996, con una reunión semanal o cada 15 días. Según sus participantes, la “Mesa” representó “una modalidad

²⁰ Mármora, Lelio, “La ley de migraciones como contexto normativo (de la “ley videla” a la Ley de Migraciones 25.871”, en Giustiniani, Rubén, *Migración*, ob. Cit., p. 63.

²¹ Giustiniani, Rubén, “Fundamentos...”, en Giustiniani, R., *Migración*, ob. Cit., p. 15.

²² Correa, Violeta, “La nueva ley de migraciones y la participación de las organizaciones de la sociedad civil”, en Giustiniani, R., *Migración*...ob. Cit., p. 174.

²³ Véase: Informe CELS 2001, ob. Cit. También, <http://www.caref.org.ar/trabajoredes.htm>

de intervención frente a los diferentes problemas que afectaban a los inmigrantes y se expresó a través de un conjunto de acciones, instituciones o grupos que actuaron de manera conjunta... guiados por un objetivo común”²⁴.

Para “abrir el debate” se organizó el seminario “Política y normativa migratoria en la Argentina”. Este seminario tuvo lugar el 1 de diciembre del 2000 organizado por el Ministerio del Interior y la Comisión de Población y Recursos humanos de la Cámara de Diputados²⁵.

La idea del seminario, según se destaca al momento de la conferencia de apertura, no es sacar conclusiones cerradas, sino iniciar “un camino para saldar una deuda que... tiene el Parlamento en su conjunto, y que es que en 17 años de vida democrática no hayamos podido todavía establecer una normativa legal para la temática migratoria en la Argentina”²⁶. En este orden de ideas, no se trata de partir “de cero”, sino que recoge el dictamen que había perdido estado parlamentario, destacando los puntos fuertes del mismo²⁷. Podemos destacar, por demás, que esta primera intervención plantearía como sentido de la reunión y del proyecto mismo el ver la migración desde una perspectiva “realista”: “[esto] significa, como primera conclusión, que no podemos tener gente en nuestro país sin que sepamos quiénes son, entonces debemos trabajar para que sepamos perfectamente quiénes son todos los que habitan en el suelo argentino”.

“Realista” también significaba adecuar a la realidad una normativa que, por más restrictiva y represiva que fuera, no iba a cambiar la existencia de un movimiento de personas que por demás, respondía a una dinámica mucho más amplia que aquella que pudiera o pretendiera aprehender una ley nacional. Por otro lado, formaba y todavía forma parte de la realidad argentina es que está incluida dentro de los espacios de tránsito, origen y destino del tráfico y la trata de personas; uno de los ejes fundamentales al respecto es que parte de la adecuación de la norma a la realidad será desplazar al rol de los migrantes: de criminalizados y destinatarios de aquellas medidas

²⁴ Correa, Violeta, “La nueva ley...”, ob. Cit., p. 176.

²⁵ Participaron en el mismo, por orden de disertación: El Diputado Rubén Guistiniani. P. Ildo GRIZ, por la Fundación Comisión Católica Argentina de Migraciones Dn. Enrique OTEIZA, por el CELS Movimiento Obrero. Prof. Alberto Abraham SZWARC, por la Federación de Colectividades. Lic. Alejandro GIUSTI, Director de Estadísticas Sociales y de Población. Dr. Noel BREARD, Director de Investigación, Política y Desarrollo Demográfico. Lic. Jorge GURRIERI, por la Organización Internacional para las Migraciones. Dra. Nora PÉREZ VICHICH, Ministerios de Trabajo y de RREE y Culto. Dra. Adriana ALFONSO, Dirección Nacional de Migraciones. Diputado Nacional Enzo HERRERA PÁEZ. Diputada Nacional Marta PALOU. Diputado Nacional Franco CAVIGLIA. Ángel ROIG, Director Nacional de Migraciones. Diputado Nacional Juan Pablo CAFIERO – Vicepresidente 1° de la H. Cámara de Diputados de la Nación.

²⁶ Palabras del Diputado Guistiniani, Presidente de la Comisión de Población y Recursos Humanos.

²⁷ Hemos dado cuenta de los principales puntos del Dictamen en un párrafo anterior.

supuestamente destinadas a combatir el empleo ilegal y el tráfico, a sujetos de derechos reconocidos en ocasiones como víctimas y no como responsables del problema.

A. Roig (Director de la DNM) representando al Ministro del Interior, hace hincapié, por ejemplo en la inserción de una política migratoria de cara al MERCOSUR, remarcando que las **“políticas migratorias resultan ineficaces si no contemplan el marco de integración en el que están comprometidos los países”** (énfasis agregado).

En el primer panel se abordó el panorama de la migración en Argentina, del cual hemos dado cuenta en diversos apartados de este trabajo. Algunos oradores hicieron énfasis en que la situación de pobreza y desamparo, “la situación de desespero en la que vive la mayoría de los inmigrantes en la Argentina tiene que ver con las dificultades que se relacionan con la regularización de su situación migratoria.

Oteiza, por su parte, resume la situación el panorama de la situación Argentina en los mapas de la inmigración: mayor inmigración limítrofe, creciente emigración de argentinos. “La inmigración dominante actual, que no es más la masiva europea, sino la relativamente moderada de los países latinoamericanos, es hoy en día la corriente inmigratoria mayor, tiene carácter estructural, es una inmigración que tiene sus colectividades instaladas en el país, desde siempre...y esto aparece en todos los censos”.

También se destacó la importancia de contar con una política de Estado: “un país debe tener una verdadera política inmigratoria por encima de una ley migratoria... Hoy, para una política migratoria, tenemos, por favor, que dejar de lado chauvinismos y tenemos que dejar de lado malformaciones con respecto a las informaciones que muchos difunden creyéndose dueños de la verdad”

El segundo panel se aboca al tratamiento de las políticas migratorias. El representante de la OIM (Jorge Gurrieri) que abre el panel destaca que el diseño de las políticas migratorias para la argentina y su gobernabilidad enfrenta una “situación compleja”: la inexistencia de una política explícita y coherente (aceptación o rechazo) y de un cuerpo normativo apropiado han determinado la acumulación de ciudadanos, principalmente de países limítrofes, en las filas de la ilegalidad migratoria. Menciona varias razones que compartimos: (i) incapacidad del Estado para comprender “la significación de los ámbitos espaciales por donde se producen los procesos migratorios, entre cuyos rasgos se pueden señalar la existencia de fronteras frágiles,

proximidades geográficas y de vecindad, continuidades socio culturales entre algunas regiones”; (ii) determinados aspectos institucionales de antigua data que condicionan la modalidad del proceso migratorio (acuerdos de simplificación, procesos de integración hoy en marcha); (iii) una visión distorsionada de la significación cualitativa y cuantitativa de las migraciones y de su impacto en los mercados laborales y otros sectores de la sociedad²⁸; (iv) incompreensión de la diferencia entre una política real y una política ideal. Este es, a su juicio, un factor medular. Los requisitos impuestos respondían a una situación ideal que no comprendía la lógica de los movimientos migratorios.

Otro de los niveles en que es necesario trabajar es el del “discurso antimigratorio”. Aquella inexistencia de una política explícita permitió utilizar (el discurso sobre) la migración como una válvula en tiempo de crisis. La otra línea argumental se basa en la construcción de mitos sustentados en interpretaciones simplistas y lineales sobre los efectos de esta migración, amén del uso de información distorsionada de la realidad. Termina su alocución con la misma exhortación de otros oradores acerca de la política de Estado en materia de migración: “La construcción de una política migratoria es una acción de largo aliento, como política de Estado debe ser consensuada con la sociedad civil y requiere decisiones parlamentarias, planteando objetivos coherentes con el desarrollo de nuestro país, el respeto por los derechos humanos de los migrantes”.

El 28 de agosto de 2002 (apenas un mes antes de la Audiencia Pública), la Mesa es recibida, a su pedido, en la Comisión de Población y Recursos Humanos²⁹. En dicha reunión exponen un documento que había sido adoptado recientemente en la Conferencia Sudamericana de Migraciones que se realizó el 15 y 16 de agosto de aquel año en Quito, del cual destacan la necesidad de armonizar las legislaciones de los países latinoamericanos, y porqué no pensar en una amnistía recíproca: “Todos estudian la necesidad en comenzar a ponerse de acuerdo en las políticas que tiene cada uno en su propio país y cómo hacer para beneficiar a sus nacionales

²⁸ “Respecto del real impacto, en particular la latinoamericana, en el mercado laboral y en el tema específico de la desocupación, cabe recordar los estudios realizados por el INDEC, la Fundación Mediterránea, el CONICET, todos los cuales fueron coincidentes en señalar de que no existe, a partir de información objetiva, fundamentalmente de las encuestas permanentes de hogares, razones objetivas para establecer relaciones que hagan a la llamada culpabilidad de los migrantes con respecto a los procesos de desocupación o al tema del desplazamiento de la mano de obra en el mercado local. Algo parecido podríamos señalar con respecto al tema del uso de los servicios y de la educación, donde tampoco los estudios realizados muestran una incidencia, digo más allá de sus porcentajes en la población con respecto a estos servicios, salvo, yo diría quizás, en áreas de fronteras en las cuales el tránsito vecinal y las transmigraciones presentan una incidencia mayor en determinados puntos de la frontera”.

²⁹ Versión taquigráfica completa en: <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/cpyrhumanos/VersTaq2002.htm#Setiembre26>. [Consultado el 20-06-2010].

fuera de su patria”³⁰. También, que en numerosas ocasiones se refiere a la necesidad del reconocimiento de derechos humanos al migrante.

Asimismo, en la audiencia se deja en claro que los inmigrantes que no tienen regularizada su situación migratoria no han cometido un delito, sino que la infracción es a lo sumo una de tipo administrativo. Otros temas que se tocan es la falta de acceso a la salud, a la justicia, la obligación de denunciar incluso para quienes dan alojamiento gratuito y la falta de reconocimiento al derecho a la reunificación familiar.

En septiembre de 2002 se celebra una audiencia pública para discutir el proyecto. La misma convocó a unas 150 personas, entre público y participantes, en la sala de conferencias del Palacio Legislativo: académicos, investigadores, legisladores, representantes de ONGs, de colectividades varias, consulados, embajadas y organismos gubernamentales³¹.

El objeto de la misma, según se declarara, sería es la de constituir una “instancia de participación en el proceso de toma de decisión legislativa en el cual la autoridad responsable de la misma habilita un espacio institucional para que todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular expresen su opinión respecto de ella”. Las opiniones recogidas durante la audiencia serían de carácter consultivo y no vinculante.

Dado que muchos de los oradores habían participado también del Seminario realizado dos años antes, muchas de las intervenciones son reproducciones de sus participaciones anteriores, con alguna actualización.

³⁰ Intervención de Mario Santillo.

³¹ En el libro *Migración, un derecho humano*, se acompaña como anexo la transcripción de algunas de las intervenciones. Los oradores de la Audiencia Pública: Representantes del Estado Nacional: Alejandro Giusti, Director del INDEC, Enrique Oteiza, Presidente por entonces del INADI, Gabriel Chausovsky, juez de la Cámara Federal e Apelaciones de Entre Ríos y Director del Curso de posgrado “Derecho de la extranjería” en la UNL. Diputados: Ricardo Gómez, Alicia Gutiérrez, Marta Palou. Nora Pérez Vichich, del Ministerio de Trabajo. Gustavo Dalmiro Roca, de Gendarmería Nacional. José Vigo Mendoza, asesor de Diputados. Representantes de la Ciudad de Buenos Aires. Alicia Olivera (Defensora del Pueblo de la Ciudad), Cecilia Piñeiro, Dirección de Derechos Humanos de la Ciudad. María Cristina de Ciervo, Dirección General de la Mujer de la Ciudad. Representantes municipales. Alejandro Mesa, Defensoría del Pueblo de Avellaneda. Representantes de organizaciones civiles. Víctor Abramovich, CELS. Padre Ildo Gris, de la Comisión Católica de Migraciones. Juan González, de la CTA. Agni Castro Pitta, del ACNUR. Victoria Correa del CAREF. Lelio Mármora por la OIM. Salomón Ramírez Santa Cruz, club paraguayo. Manuela Natividad Obeso González, de Mujeres peruanas unidas. María Perés Hermosa, Asamblea Barrial 20 de diciembre de san Telmo. Lilian Camacho, Movimiento boliviano por los derechos humanos. Abad castro, Patrocinio jurídico gratuito de abogados de la Ciudad. Investigadores. Susana Novick, del CONICET. Mario Santillo, del CEMLA. Kuo Wei Sui Lee. Ramona Alvarez Fleitas, investigadora paraguaya en ORAPE.

En su apertura, Giustiniani aprovecha el contexto internacional para situar el debate sobre la ley: los reclamos por la situación de los argentinos en el exterior, en especial en España: “hemos hecho solicitudes, pedidos, a estos países para que se preserve el derecho de nuestros migrantes. Y nos parece contradictorio esto cuando nosotros mismos todavía no tenemos en nuestra propia legislación esos derechos consagrados”.

A continuación destacamos los principales aspectos de las principales intervenciones.

Alicia Olivera destaca que los trámites deberían ser gratuitos, eliminando todas las tasas actuales; menciona la falta de la consagración de patrocinio jurídico gratuito para los migrantes. Finalmente, debería fijarse un plazo para los trámites: esto es algo que, por ejemplo, la ley no recogió.

E. Oteiza, por el Instituto Nacional contra la Xenofobia, la Discriminación y el Racismo (INADI), deja muy en claro el rol de la DNM: “su personal viene de esta tradición [se refiere a las actitudes burocráticas, al migrante como amenaza, a toda esta gestión policíaca y de seguridad], de un organismo ubicado durante más de un siglo en el Ministerio del interior, ejerciendo un tipo de legislación policíaca, sin posibilidades de defensa por parte de quienes eran objeto de alguno de estos abusos de poder, y esto establece tradiciones muy pesadas”. Además, da cuenta que la ley apoya un modelo absurdo, el de fomento de la inmigración europea: “la inserción de la Argentina en el mundo de hoy...[es a través de] una **integración regional como una componente fundamental de la estrategia de las relaciones exteriores de la Argentina y de la política argentina frente a la coyuntura mundial**” (énfasis agregado).

V. Abramovich, por el CELS, reseña de alguna manera la situación de los migrantes desde aquél primer informe de la organización. Un punto central que señala, advertido por todos, es el cambio en la lógica que subyace a la ley en torno a la cual se organiza la política migratoria: “un punto central para destacar en relación con este proyecto de ley de migraciones es el cambio en la lógica política con la cual las migraciones son reguladas en la Argentina”. Advierte que luego del 2001 y del nuevo escenario de seguridad global generado, “es muy probable que ciertos sectores pretendan nuevamente colocar la problemática migratoria otra vez bajo la idea de la seguridad del Estado, al migrante como una amenaza para la seguridad nacional”.

Pérez Vichich hace hincapié en la inserción del proceso migratorio en las necesidades del MERCOSUR, con algunas apreciaciones al proyecto en debate. También destaca la importancia

de dejar bien en claro los derechos, en particular la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.

El representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, **Agni Castro Pita**, se aboca a la necesidad de proteger a los refugiados y asilados en la marea de personas en movimiento, a saber distinguirlos y aplicar el principio de no devolución.

Mario Santillo, por su parte, destaca la pluralidad de iniciativas en el Cono Sur sobre migrantes (Chile, Brasil), y hace notar que hace falta mencionar más explícitamente al MERCOSUR: “lo que está faltando son los mecanismo para el tema de la regularización”.

Victoria Correa apunta la oportunidad histórica que representa esta ley, que debe enmarcarse dentro de los procesos del MERCOSUR, y al igual que Pérez Vichich, se inclina por que la ley deje bien en claro su marco en derechos humanos.

Casi al final, **Lelio Mármora** (quien no había podido concurrir al Seminario dos años antes), felicita en primer lugar la iniciativa (“la posibilidad de un espacio, de una audiencia, en que los distintos sectores sociales que están involucrados en un tema particular”): “por lo menos dentro de la región es única”. En primer lugar, resalta como importante la mención, antes que nada, de derechos humanos de los migrantes. Adhiere en segundo lugar a todas las peticiones para ratificar la Convención de los Migrantes. Otro punto que señala como fundamental es el tema del tráfico y su tipificación, y la multilateralidad de la iniciativa: “si bien [la ley] es un instrumento que se está planteando como una norma nacional, hay en esta presentación, en esta norma, encontramos una serie de elementos que superan la tradicional unilateralidad que tienen los gobiernos para empezar a pensar en términos de procesos de integración regional y creo que hoy es imposible pensar, sobre todo cuando tenemos un MERCOSUR que ha incorporado la cuestión migratoria dentro de sus objetivos”. Por último, destaca el carácter de instrumento de la norma con respecto a la política migratoria, “políticas migratorias que sean a la vez herramientas para el proceso de reconstrucción nacional y del proyecto de país que queremos, y, por otro lado, una garantía incuestionable de todo migrantes que pise el suelo argentino”.

Los restantes oradores hicieron hincapié en el carácter de “hito” de la ley, un resurgimiento nacional que debía cuidarse al momento de la reglamentación del Ejecutivo³², las iniciativas

³² Intervención de Kuo Wei Sui Lee.

previas de la Ciudad de Buenos Aires protegiendo derechos de los migrantes, aún indocumentados³³, la necesidad de una regularización o amnistía³⁴ o de la sanción de una doble ciudadanía³⁵.

Luego de que durante todo el año 2002 el proyecto fue sometido a discusión en varias instancias y a través de varias reuniones, en el año 2003 se logra el dictamen por unanimidad en la Comisión de Población y Recursos Humanos.

4. LÍNEAS FUNDAMENTADORAS DEL PROYECTO

De los debates de la Mesa, en la Audiencia y diversos informes acompañados por las organizaciones surgen los ejes centrales del proyecto transformado en ley. Estos ejes evidencian la postura de los distintos actores que impulsaron la reforma migratoria a raíz de necesidades concretas. Por la cantidad de apariciones en los discursos y participaciones, el siguiente podría ser un orden de prioridades:

- **Derogación de una ley de la dictadura.** Se hace énfasis en este punto con independencia de las prácticas en torno a los migrantes y de los términos de la ley Videla. Derogar la vieja ley implica desfondarlas de base para las distintas prácticas que se atacan tanto como sentar una nueva ideología y una nueva base para otro modelo de desarrollo. Eso es, por ejemplo, lo primero que se destaca en los “Fundamentos de la ley” que trae el libro publicado con posterioridad a la ley por Giustiniani. Este punto es también la principal bandera de las ONGs.
- **La integración regional.** La variable integración regional se incorporó un poco después (hacia el 2002 aproximadamente), al cobrar impulso la cuestión migratoria en el MERCOSUR, pero una vez incorporada se constituyó como un eje que ninguno de los actores dejó de mencionar. Aspectos particulares de la integración es el énfasis en un nuevo modelo de desarrollo, la necesidad de enmarcar la política migratoria de forma multilateral, la posibilidad de lograr una doble ciudadanía, el reconocimiento de lo absurdo del fomento de la inmigración europea. En los fundamentos del proyecto se expresa que “en los procesos migratorios históricos de la Argentina, las migraciones no tuvieron como entorno un proceso de integración, sino que respondieron a estrategias que tenían que ver con el desarrollo de

³³ Intervención de Cecilia Piñeiro, Dirección de Derechos Humanos de la Ciudad de Buenos Aires.

³⁴ Intervención de Salomón Ramírez Santa Cruz, Club Paraguayo.

³⁵ Ramona Alvarez Fleitas. Coordinadora del equipo de trabajo social “Orerape”.

proyectos políticos, económicos, sociales puramente nacionales”. “La dinámica de integración, en cambio, presupone un proyecto compartido por varios países y la construcción de espacios comunes, con niveles altos de armonización jurídica y social, donde las legislaciones deben tender a la garantía cada vez mayor de la economía y del trabajo de la población de la región; donde las políticas de empleo, de formación profesional, de seguridad social, de educación y de salud pasan a ser objeto de atención conjunta y orientada hacia la compatibilización de los intereses nacionales y las necesidades como región. Sobre todo, tiende a permitir que el ciudadano no pierda su calidad de tal en la región integrada, pudiendo ingresar, residir, prestar servicios y trabajar en cualquiera de los territorios de los países partes. En otras palabras, permite al trabajador circular libremente e insertarse en el mercado de trabajo regional fundado en su derecho de ciudadano comunitario... La normativa migratoria y la normativa laboral, articuladas con aquella que garantiza la defensa de los derechos humanos, deben permitir restablecer en el país receptor aquellos derechos que una persona pierde en el acto de cruzar la frontera hacia otro territorio y asegurar el cumplimiento de las obligaciones que como habitante de ese territorio tenga que asumir, hasta tanto el proceso de integración se complete y dé lugar al nuevo sujeto de la regionalización: el ciudadano comunitario.” En suma, forma parte de la necesidad de hacer una política realista. Dentro de este tema se hizo especial hincapié en el tráfico y la trata de personas, y el rol de la integración y la necesidad de acciones concertadas.

- **La consagración de derechos para los migrantes.** Como sumatoria de todas las prácticas arbitrarias que tuvieron auge sobre todo en los noventa, el reclamo por la explicitación de los derechos de los migrantes, la necesidad de llevar a cabo la política migratoria en el marco dogmático de los derechos humanos y finalmente, la exhortación a ratificar la Convención de los Migrantes formaron todas parte de la demanda por derechos para los migrantes. Esta consagración además se pide que sea explícita y no meramente referida, haciendo énfasis en particular sobre el derecho al trabajo y al acceso a la justicia. También se señaló la falta, en el proyecto, del derecho a la reunificación familiar.
- **La ley debía permitir terminar con las prácticas arbitrarias y discriminatorias** que se plasmaron en distintos debates e intervenciones. Dentro del accionar de la administración, se cuenta la necesidad de terminar con la imposición de tasas administrativas que desconocieran la situación económica del migrante, o las tasas arbitrarias; las demoras en el trámite de radicación (la ley repetiría la ausencia de plazo), el acceso a la justicia, el trámite de

expulsión, el acceso al DNI. También debía atacar las prácticas policiales y las detenciones por tiempo indeterminado, sin intervención judicial por demás.

- **La trata de personas y las precarias condiciones laborales.** Varias intervenciones dan cuenta que la situación de vulnerabilidad en que la ley Videla y sus prácticas ponía a los migrantes permitían la perpetuación de sus precarias condiciones laborales, la falta de reclamo de los derechos asociados hasta llegar incluso a condiciones de servidumbre.
- **La situación de los argentinos en el exterior.** Como señala Zaffaroni, “Nuestros connacionales sufren las mismas dificultades a que la llamada ley Videla sometió en nuestro país a los inmigrantes de nuestra región latinoamericana e incluso del propio MERCOSUR”³⁶.

³⁶ Zaffaroni, Eugenio, “Migración y discriminación...”, en Giustiniani, R., *Migración*, ob. Cit., p. 48.

CAPÍTULO 2. LA LEY APROBADA

1. LA LEY

Según Oteiza¹, la sanción de una nueva ley de migraciones, junto con la ratificación de (la) convención (para la protección de los trabajadores migrantes) permitirían superar las serias deficiencias en materia de política migratoria que se arrastran desde el siglo XIX: “La revisión rápida de la actual política inmigratoria argentina, heredada de la última dictadura, habilitará a nuestro gobierno para formular una política coherente que apunte a defender los derechos fundamentales de los argentinos radicados en el exterior, protegiendo igualmente a los inmigrantes que se establezcan en nuestro país e impulsando así el proyecto latinoamericano de integración regional en materia migratoria”. Precisamente, uno de los puntos que no pasa inadvertido para los analistas es la promoción de una legislación protectora de derechos humanos como elemento para coadyuvar la integración en el marco del MERCOSUR.

"Este proyecto va de la mano con la política del Gobierno en pos de la integración de los países del Mercosur", dice el diputado socialista Giustiniani, el principal promotor legislativo de la nueva ley. En efecto, la ley 25.871 explicita las mencionadas declaraciones del gobierno en derechos humanos e integración, al establecer como objetivos de dicha legislación “dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes” y “g) Promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, *manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta* con relación a los migrantes y sus familias” (art, 3, énfasis agregado). Veamos cuál es la visión de ambos objetivos en su relación con la política migratoria.

2. COMPARACIÓN PROYECTO Y LEY APROBADA

2.1. Artículos suprimidos

Se suprime el primer artículo del proyecto que establecía una cláusula general de interpretación para la aplicación de la ley. La misma es similar a la que se encuentra en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y establecía que la ley se aplicaría a toda persona migrante sin distinción alguna, enumerando a continuación una serie de supuestos prohibitivos y a título meramente enunciativos: sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, etc.

¹ “Política migratoria argentina: ¿y por casa cómo andamos?”, *Página 12*, 16/10/2003.

En cuanto a los derechos, han sido suprimidos los artículos referidos al derecho a la educación de los hijos de extranjeros (“Los hijos de los extranjeros tendrán derecho a acceder a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales”, art. 8 del proyecto), la referencia a la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (“Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores se entenderá que los menores migrantes gozan de todos los derechos, libertades y garantías establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, cualquiera sea la condición migratoria de éste, sus padres, representantes legales o quien de hecho ejerza su guarda o cuidado”, art. 10 del proyecto). Otra norma de interpretación suprimida es la referente al principio conocido como “pro homine”: según el proyecto, “En caso de duda sobre la interpretación, aplicación de normas o alcance de esta ley, se entenderá que prevalece el principio del trato más favorable para el inmigrante” (art. 25). No obstante, es de notar que el mismo surge de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ejemplo, aunque resaltamos nuevamente la importancia que hubiera tenido incorporarlo en el texto de la ley.

También, el fundamental derecho a la libertad de movimiento, que hubiera sido valioso poner expresamente aunque esté consagrado (con restricciones) en los instrumentos internacionales y la libertad para establecer asociaciones para el fomento y la protección de sus intereses (arts. 13 y 14 del proyecto).

En materia de expulsión, se suprimió un aspecto fundamental que no ha sido receptado debidamente en los artículos de la ley que se refieren a dicha circunstancia. El proyecto original establecía que “Los extranjeros no podrán ser expulsados salvo por las razones definidas en la legislación nacional y con sujeción a las salvaguardas establecidas en la presente Ley. No se podrá recurrir a la expulsión como medio de privar a un trabajador migratorio o a un familiar suyo de los derechos emanados de la autorización de residencia.

Al considerar si se va a expulsar a un migrante o a un familiar suyo, deben tenerse en cuenta consideraciones de carácter humanitario y también el tiempo que la persona de que se trate lleve residiendo en el país” (art. 20). Aunque otros artículos se refieren a los derechos del trabajador con respecto a la expulsión, ninguno es tan específico y, finalmente, de ninguna manera se recepta el tener en cuenta las circunstancias personales u otras al considerar decretar la expulsión.

Se suprime también la creación de un Consejo Nacional de Migraciones y de un Foro Argentino para la Integración Social de los Migrantes.

2.2. Modificaciones sustanciales

2.2.1. Definición

En el proyecto se definía “migrante” en base al criterio de nacionalidad, ánimo de residencia, limitándolo a los migrantes laborales. Así, establecía que “inmigrante” serían todos aquellos extranjeros que no hubieran nacido en el territorio nacional y que deseen transitar, residir o establecerse definitivamente en el país a fin de desarrollar actividades lícitas en situación de igualdad con los ciudadanos argentinos. El texto aprobado finalmente se agrega una referencia aquellos extranjeros que deseen “ingresar” y se amplía el ánimo para dichas actividades a “temporaria” o “transitoriamente”. Finalmente, se suprime la referencia al desarrollo de actividades lícitas.

2.2.2. Objetivos

Se mantienen en su mayoría sin alteraciones. Puede destacarse la supresión del inciso f), que establecía como objetivo “Promover y garantizar, conforme a la Constitución Nacional y las leyes, la igualdad de oportunidades y de trato en materia laboral, seguridad social, derechos gremiales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en territorio argentino.”

En el inciso e) de la ley aprobada, correspondiente al e) del proyecto, se suprimió, en referencia a la promoción de la integración en la sociedad argentina de las personas que hayan sido admitidas como residentes permanentes (esto es igual en el proyecto y en la ley), la promoción para ello de “la cooperación entre el gobierno nacional, los gobiernos provinciales, municipios, instituciones... movimiento obrero organizado, las asociaciones de productores y empleadores y las ONGs”.

2.2.3. Los derechos

El derecho a migrar: se suprime la referencia a que el derecho a migrar corresponde también a todas las familias migrantes (art. 4 del proyecto).

Acceso a bienes y servicios sociales. El art. 6 de la ley quedó redactado de manera incompleta. En el original, lo cual se mantiene a grandes rasgos, se establecía que “el Estado en todas sus jurisdicciones asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias a los servicios sociales y bienes públicos, a la salud, educación”, etc. En la redacción definitiva se omitió consignar “servicios sociales y bienes públicos”, o sea, la cosa a la cual tendrían acceso, de modo

que la redacción final no se menciona a qué tendrán acceso: “El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social”.

Igualdad de trato. En el original se enumeraban particularmente a qué tendrían derecho a la igualdad de trato y se mencionaban instituciones de enseñanza, servicios de orientación profesional y colocación, vivienda, planes sociales de vivienda, servicios sociales, cooperativas, vida cultural. En la redacción definitiva quedó reducido a una cláusula general bajo, además, la condición de satisfacer las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes.

Convenciones internacionales. El artículo 7 del original equivale, aproximadamente, al 12 de la ley. Dicho artículo establecía que “... se entenderá que todos los derechos y deberes consagrados en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y las leyes que de ellos se deriven serán aplicables a la persona inmigrante y su familia”. Este derecho fue, sin embargo, desplazado de su forma de derecho a la de obligación estatal; el artículo 12 de la ley establece que “El Estado cumplimentará todo lo establecido en las convenciones internacionales y todas otras que establezcan derechos y obligaciones de los migrantes, que hubiesen sido debidamente ratificadas”.

Educación. La redacción actual es más detallada que la del proceso, lo cual es un acierto habida cuenta de las prácticas llevadas a cabo en el sistema educativo respecto a los migrantes en edad escolar. Incluye los establecimientos educativos privados, la enseñanza secundaria y superior (terciaria y universitaria), explicitando que ningún nivel estatal podrá impedir la admisión de un extranjero por su irregularidad migratoria. Las restantes hipótesis estarían cubiertas por el art. 6.

Salud. Se refiere a las prácticas en lugar de a los establecimientos, agregando que los mismos deben brindar asesoramiento para regularizar la situación.

Acceso a la información: no ha sufrido modificaciones (art. 9 de la ley)

Integración a su comunidad: el art. 14 de la ley corresponde al 24 del proyecto, sin modificaciones sustanciales.

Participación en la vida pública. Se aprobó sin modificaciones sustanciales, suprimiendo la referencia a una Convención internacional.

Reunificación familiar. El artículo aprobado es más restrictivo con respecto al contenido en el proyecto. En el original, se establecía que “Artículo 16: La Argentina, reconociendo que la familia es el grupo básico natural y fundamental de la sociedad, garantiza el derecho a la reunión de los migrantes con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con él una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo. La autoridad de aplicación, por razones humanitarias, podrá conceder un trato igual a otros familiares de los migrantes”. En la ley, se establece que “El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes” (art. 10).

Exención impositiva. La redacción aprobada es también más restrictiva respecto del proyecto. En el original se establecían varias categorías de exención .

Empleo. Orientación laboral. La redacción del art. 19 se mantuvo sustancialmente igual a los artículos 18 y 19 del proyecto. **Combate a la contratación irregular.** El 16 de la ley es análogo al 21 del proyecto, si modificaciones. **Habilitación para trabajar.** En el proyecto, los no residentes no podían realizar actividades remuneradas o lucrativas. Esto se traslada a la ley bajo la categoría de “residentes transitorios”, con la salvedad de los trabajadores migrantes estacionales. En ambos casos se mantiene la permisión de trabajar para los portadores de una residencia precaria. Empleador. “...ninguna persona de existencia visible o ideal, pública o privada, podrá proporcionar trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia, a los extranjeros que residan irregularmente” (art. 55 de la ley).

Irregularidad. El artículo definitivo es más genérico respecto a su redacción original. En efecto, el 17 de la ley establece que “El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”. Por el contrario, el art. 22 del proyecto erigía una obligación más consistente (“Tomará medidas apropiadas para asegurar que las situaciones de irregularidad no persistan”) que además debía tener en cuenta “las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar”.

Discriminación. La definición del proyecto era explícita en ejemplos de actos de discriminación contra los migrantes. La ley agrega que el acto u omisión debe tener además arbitrariedad y que se impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio de los derechos. La definición original, por el contrario, receptaba la definición de discriminación tal como ha sido esbozada en el ámbito de las Naciones Unidas: no requiere que la acción se perpetúe

“arbitrariamente” sino que además, incluía cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia.

Categorías de extranjeros. EL proyecto preveía una categoría de “no residentes” que es reemplazada por “residentes transitorios” (art. 26 y 20, respectivamente). Todos los que en el proyecto se indican como “no residentes” son tratados como “residentes transitorios” en la ley aprobada. Sin embargo, los trabajadores fronterizos desaparecen como categoría en la ley, manteniéndose sí bajo “residentes transitorios” los trabajadores migrantes estacionales”. Presumiblemente, ello se debe a que, o bien quedan incluidos en la categoría general de residentes temporarios, bajo “trabajadores migrantes” o se asimilen a los residentes transitorios “trabajadores migrantes estacionales”. Se agregan en la ley como residentes transitorios (i) académicos, (ii) debido a tratamiento médico y (iii) especiales.

Además, la ley instituye una residencia precaria que, además, habilita para trabajar. En cuanto a los trabajadores inmigrantes, en el proyecto se preveía que la actividad podía ser no remunerada y que podía trabajar en forma autónoma; en la ley, la actividad debe ser remunerada y la actividad debe ser bajo relación de dependencia. Un aspecto importante es que el proyecto no preveía la categoría de admisión por “nacionalidad” (el inciso l) e incluye, además, “razones humanitarias”.

2.3. Receptados sin modificación

2.3.1. Ley y MERCOSUR

La articulación con los convenios del MERCOSUR queda sin alteraciones. Según la redacción, regirá para el extranjero incluido en acuerdos o convenios de migraciones la norma más favorable (art. 28 de la ley y 34 del proyecto).

2.3.2. Salida y entrada

Lo referente a impedir la salida por falta de documentación necesaria y el ingreso por lugar no habilitado como causal de expulsión fueron receptados conforme lo dispuesto por los art. 45 (impedimento de salida) y 46 del proyecto (expulsión), actuales 36 y 37 de la ley.

2.3.3. Empleo

Los extranjeros admitidos o autorizados como "residentes permanentes" podrán desarrollar toda tarea o actividad remunerada o lucrativa, por cuenta propia o en relación de dependencia, gozando de la protección de las leyes que rigen la materia. Los extranjeros admitidos o autorizados como "residentes temporarios" podrán desarrollarlas sólo durante el período de su permanencia autorizada. Artículo 51 de la ley y 59 del proyecto.

Los extranjeros que residan irregularmente en el país no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia. Artículo 53 de la ley y 61 del proyecto.

2.3.4. Alojamiento

No podrá proporcionarse alojamiento a título oneroso a los extranjeros que se encuentren residiendo irregularmente en el país. Art. 55 de la ley y 62 del proyecto presentado.

2.3.5. Empleo

La aplicación de la presente ley no eximirá al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, cualquiera sea su condición migratoria; asimismo, en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados, cualquiera sea su condición migratoria. Art. 56 de la ley y 64 del proyecto. Asimismo, tampoco “Ningún extranjero o familiar suyo será privado de su autorización de residencia ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso”. 70 del proyecto, 65 de la ley.

2.3.6. Expulsión

Los artículos respectivos disponen que “los extranjeros y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente” (art. 71 del proyecto) y que “la expulsión no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido el migrante de conformidad con la legislación nacional, incluido el derecho a recibir los salarios y toda otra prestación que le pudiese corresponder” (art. 72 del proyecto).

3. CONTENIDO DE LA LEY

3.1. Ámbito de aplicación y objetivos

El ámbito de aplicación espacial de la ley es toda la República Argentina; el temporal está dado por la entrada en vigencia de la ley luego de su publicación en el Boletín oficial. En cuanto al ámbito personal, la misma se aplica a todas las personas en cuatro situaciones específicas: admisión, ingreso, permanencia y egreso. Al no distinguir entre extranjeros o nacionales, debe entenderse que se aplica también a nacionales argentinos; por ello el título X se ocupará brevemente de los argentinos en el exterior.

Acto seguido, sin embargo, la ley define qué es lo que entenderá por inmigrante: “todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente”².

En el primero de sus objetivos se dejan en claro dos grandes líneas fundamentadas: derechos humanos e integración. Este primer objetivo (art. 3 inciso a) resume la mayoría de los objetivos:

- “fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria” (una política de Estado)
- Dar cumplimiento a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, promoverlos y difundirlos, manteniendo en alto nuestra tradición humanitaria (inciso f), integración (incluida la integración social de los migrantes en la sociedad argentina –inciso e; su integración e inserción laboral para el mejor aprovechamiento de sus capacidades personales –inciso g) y movilidad de los migrantes, en particular al derecho a la reunificación familiar (art. 3 inciso d).
- Facilitar la entrada de visitantes para propósitos tales como la industria, el comercio, el turismo, las actividades culturales, etc.
- Promover el orden internacional y la justicia denegando el ingreso o permanencia de personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación
- Promover el intercambio de información, la asistencia técnica y la capacitación en el ámbito internacional para prevenir y combatir la delincuencia organizada internacional.

En este racconto de objetivos puede verse alguna diferencia entre los ejes discutidos en las audiencias. Uno de los grandes ausentes en dichos debates, apenas mencionada, fue la cuestión de la multiculturalidad, la cuestión de la “integración” o “asimilación” de los migrantes en la sociedad que los recibe. Notoria es también la ausencia de objetivo declarado sobre los argentinos en el exterior. También se omitió toda referencia a prácticas abusivas, discriminatorias o discrecionales.

3.2. Derechos

Todo el título I consagra derechos y libertades de los extranjeros. El primer derecho reconocido es el **derecho a la migración**, de importancia capital si tenemos en cuenta que en el derecho internacional el mismo no se encuentra reconocido más que de *lege ferenda* o a lo sumo, en instrumentos no vinculantes. Dicho derecho es reconocido por la Argentina como “esencial” e “inalienable” y nuestro país lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y

² En el apartado 4 de este capítulo veremos las dificultades que trae esta definición.

universalidad. Estos caracteres nos permiten reconocerlo como “derecho humano”, aunque no se lo mencione explícitamente como tal³.

Los arts. 5 y 6 se refieren a la igualdad, en dos aspectos: el primero, a la igualdad de trato “a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones”; el segundo, a la igualdad de acceso (por parte del migrante y su familia) a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social.

Los artículos siguientes reconocen derechos con independencia de la condición migratoria: a la educación (sea en establecimientos públicos o privados, art. 7 de la Ley de Migraciones), a la salud, asistencia social o atención sanitaria (art. 8), a la información (sobre sus derechos o cualesquiera formalidades acerca de su trámite migratorio, por ejemplo, art. 9), a la reunificación familiar (art. 10), ciertos derechos políticos (art. 11), a la integración en sus comunidades de residencia (art. 14), a la eliminación de la contratación laboral de inmigrantes en situación irregular (art. 16), a medidas de regularización (art. 17). Para aquellos residentes permanentes, el derecho a introducir sus efectos personales libres de impuestos (art. 15).

Notoria es la diversidad de redacciones utilizadas; salvo la formulación del derecho a la información, en ningún otro lugar se emplea la fórmula corriente de “x tendrá derecho a...”.

- Para el derecho a la migración, no se establece que la persona tiene derecho a él sino que el mismo es consustancial a la persona.
- Dos derechos están redactados de forma negativa: “no podrá negársele o restringírsele” o “en ningún caso la irregularidad impedirá...”, para los derechos a la salud y a la educación respectivamente.
- El derecho a introducir elementos personales esta fijado como una posibilidad. Esto sin embargo no cambia la sustancia de derecho ya que metodológicamente se encuentra bajo el capítulo de “derechos y libertades de los extranjeros”.
- Finalmente, los restantes derechos se reconocen desde las obligaciones que tiene el Estado al respecto: “el Estado asegurará”⁴, “garantizará”⁵, “facilitará”⁶, “cumplimentará”⁷, “favorecerá”⁸, “proveerá”⁹.

³ Véanse en el capítulo 2 de la Tercera parte los caracteres definitorios de los derechos humanos.

⁴ ARTICULO 5° — El Estado asegurará las condiciones que garanticen una efectiva igualdad de trato a fin de que los extranjeros puedan gozar de sus derechos y cumplir con sus obligaciones, siempre que satisfagan las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia, de acuerdo a las leyes vigentes. ARTICULO 6° — El Estado en todas sus jurisdicciones, asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales, en particular lo referido a servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social.

Queda claro, sin embargo, que en todos los casos se trata de derechos, aunque el enfoque sea desde las obligaciones a cargo del Estado.

Un aspecto adicional que es necesario añadir como derecho es el relativo a la documentación. Cuando el art. 30 dispone que los extranjeros permanentes o temporarios “podrán obtener su DNI”, la importancia de dicha documentación la aleja de las posibilidades discrecionales de la DNM. El uso del “podrá” se refiere a una facultad o libertad de los extranjeros, no a una facultad discrecional de la Administración.

Finalmente, debemos notar dos grandes ausencias en el catálogo de derechos: la libre circulación y residencia (aunque la misma puede entenderse subsumida por el reconocimiento del derecho a migrar) y el derecho a transferir remesas. También hubieran sido útiles algunas disposiciones particulares sobre la detención de migrantes.

3.3. Categorías de admisión

El título II, por su parte, regula la admisión de extranjeros, efectuando una categorización en:

- Permanentes: entendiéndose por tales (a) extranjeros con propósito de establecerse definitivamente en el país; (b) inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción. El calificativo “parientes” corresponde solamente al cónyuge, hijos y padres; (c) hijos de argentinos nativos o por opción que nacieren en el extranjero.
- Temporarios: (a) trabajadores migrantes; (b) rentista; (c) pensionado; (d) inversionista; (e) científico y personal especializado; (f) deportistas y artistas; (g) religiosos de cultos reconocidos oficialmente y con personería expedida por el Ministerio; (h) pacientes bajo tratamiento médico; (i) académicos; (j) estudiantes; (k) asilados y refugiados; (l)

⁵ ARTICULO 10. — El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes.

⁶ ARTICULO 11. — La República Argentina facilitará, de conformidad con la legislación nacional y provincial en la materia, la consulta o participación de los extranjeros en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales donde residan.

⁷ ARTICULO 12. — El Estado cumplimentará todo lo establecido en las convenciones internacionales y todas otras que establezcan derechos y obligaciones de los migrantes, que hubiesen sido debidamente ratificadas.

⁸ ARTICULO 14. — El Estado en todas sus jurisdicciones, ya sea nacional, provincial o municipal, favorecerá las iniciativas tendientes a la integración de los extranjeros en su comunidad de residencia, especialmente las tendientes a: a) La realización de cursos de idioma castellano en las escuelas e instituciones culturales extranjeras legalmente reconocidas; b) La difusión de información útil para la adecuada inserción de los extranjeros en la sociedad argentina, en particular aquella relativa a sus derechos y obligaciones; c) Al conocimiento y la valoración de las expresiones culturales, recreativas, sociales, económicas y religiosas de los inmigrantes; d) La organización de cursos de formación, inspirados en criterios de convivencia en una sociedad multicultural y de prevención de comportamientos discriminatorios, destinados a los funcionarios y empleados públicos y de entes privados.

⁹ ARTICULO 17. — El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros.

nacionalidad –receptando los pedidos de incluir la dimensión MERCOSUR; (m) razones humanitarias; (n) especiales.

- Transitorios: turistas, pasajeros en tránsito, tránsito vecinal fronterizo, tripulantes de transporte internacional, trabajadores migrantes estacionarios, académicos, tratamiento médico.
- Precaria: es de 180 días, y se puede conceder hasta tanto se formalice el trámite de regularización pertinente, pudiendo ser renovada hasta la resolución de admisión. Habilita para permanecer, salir y reingresar al territorio, así como trabajar y estudiar durante su vigencia.

En lo que nos interesa, por “trabajador migrante” se entenderá a quien “ingrese al país para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita, remunerada”, lo cual le significa una autorización de permanencia de hasta 3 (tres) años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples y, claro está, con permiso para trabajar bajo relación de dependencia (art. 23 inc. A).

El inciso (l), identificado en la ley como “nacionalidad”, se refiere a los ciudadanos nativos de Estados Parte en el MERCOSUR y sus asociados, que sin ningún requisito adicional a la mera nacionalidad, podrán tramitar su residencia temporaria para permanecer en el país por 2 (dos) años. Considerando que con anterioridad se había ya aprobado el Acuerdo para Nacionales del MERCOSUR, y que la misma ley migratoria reconoce que “los extranjeros incluidos en Acuerdos o Convenios de Migraciones suscriptos por la Republica Argentina se regirán por lo dispuesto en los mismos y por esta ley, en el supuesto más favorable para la persona del migrante” (art. 28), surge que:

- Para los nacionales de los países asociados al MERCOSUR distintos a Bolivia, Chile y Perú, se aplicará la ley migratoria argentina, por art. 23 inciso (l).
- En todos los casos, se otorga una residencia temporaria de **hasta 2** (dos) años (art. 4 Acuerdo; 23 (l) ley). A los nacionales de Bolivia, “se les podrá otorgar una residencia temporaria con una permanencia autorizada **de dos años**” (art. 3 Convenio con Bolivia).
- Si se trata de un trabajador migrante, la residencia temporaria puede otorgarse “hasta un máximo de tres años” (art. 23 inc. A ley). En este sentido, aparece modificado el plazo de 2 (dos) años previsto en el Acuerdo de Residencia y en el acuerdo de residencia ampliado que ingresen como trabajadores migrantes, aplicándose el plazo máximo para los casos en que resulte más beneficioso.
- Es importante tener en cuenta que, según el régimen general legal, los extranjeros ingresados bajo la categoría de “transitorios” no podrán realizar tareas remuneradas o

lucrativas, sea por cuenta propia o en relación de dependencia (art. 52), con excepción claro está, de aquellos admitidos como trabajadores migrantes estacionarios. En cuanto a los admitidos como temporarios, podrán desarrollarlas sólo durante el período de su permanencia autorizada (art. 51).

- Aquellos que tuvieran una residencia “precaria” podrán ser habilitados para trabajar por el plazo y con las modalidades que establezca la Dirección Nacional de Migraciones (art. 51): para el caso de los nacionales bolivianos rige una disposición especial referida párrafos arriba, la cual no importa un menoscabo al principio de igualdad de trato con respecto a otros extranjeros (art. 28 ley). Más allá de lo dispuesto por este artículo, lo cierto es que la particular situación de explotación de que se da cuenta en los considerandos de la disposición pertinente, permiten sostener que mediante su adopción, el Estado argentino está llevando a cabo una medida de acción positiva o discriminación inversa por la cual se busca morigerar una situación de hecho desigual.

3.4. Impedimentos al ingreso y permanencia

El capítulo II del Título II trata, a continuación de las categorías y los plazos de admisión los impedimentos tanto para el ingreso como para la permanencia de extranjeros. La mayoría de estos impedimentos están relacionados con infracciones penales y una minoría, con infracciones administrativas.

Para el primer grupo, será causa impeditiva de ingreso y permanencia:

3.4.1. Por condenas

- La disposición general establece que será impedimento el haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior (art. 29 inciso c). La comisión de un delito doloso que prevea pena mayor a cinco años o “registrarse una conducta reiterante en la comisión de delitos” será objeto de la cancelación de la residencia y posterior expulsión (art. 62 inciso b)¹⁰. A continuación y en distintos incisos se enumeran causas específicas.
- Haber sido condenado en la Argentina por promover o facilitar, con ánimo de lucro, el tránsito ilegal de extranjeros (inciso f),
- Haber sido condenado en la Argentina por presentación de documentación ideológicamente falsa para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio

¹⁰ El artículo también establece que en el caso de delito doloso, deberá transcurrir un plazo de dos años para que se dicte la resolución definitiva de cancelación de residencia, la que debe fundamentarse en alguno de los impedimentos del art. 29. en caso de silencio de la Administración durante los treinta días posteriores al vencimiento de dicho plazo, se considera que la residencia queda firme.

(inciso g). Este caso debe ser cuidadosamente estudiado en el caso de los refugiados, por ejemplo, ya que el supuesto es similar a la simple presentación de documentación falsa o adulterada. Lo mismo puede decirse de la documentación falsa obtenida para sí en los casos de tráfico y trata de personas.

- Haber sido condenado por promover o lucrar con la prostitución o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico y la explotación sexual de personas (inciso h).

3.4.2. Por antecedentes

- Tener antecedentes por delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de libertad de tres años o más.
- Tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas (inciso c), por actividades terroristas (inciso d), por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros (inciso f). Los antecedentes por actividades terroristas son además causal de cancelación de la residencia y expulsión.
- Tener antecedente por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio.
- Tener antecedentes por promover o lucrar con la prostitución o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico y la explotación sexual de personas (inciso h).
- Tener antecedentes de pertenecer a organizaciones que nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgada por el TPI o por la ley de Defensa de la democracia nro. 23.977. Se supone aquí que se habla de antecedentes judiciales. Esta causal de impedimento también lo es de cancelación de la residencia y expulsión.

Hay otros casos en los que no se habla ni de antecedentes penales ni de condenas específicas. El inciso (d) menciona como impedimento el haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y otros susceptibles de ser juzgados por el Tribunal Penal Internacional. Esto es causal de cancelación de la residencia y expulsión. Otra acción mencionada aún sin condena o antecedente es el hecho de promover la prostitución y de lucrar con ello, como dos supuestos distintos.

3.4.3. Por causas administrativas

- Tener prohibido el ingreso o haber sido objeto de expulsión, hasta tanto no pase el plazo impuesto al efecto.

- Presentar ante autoridad documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada. El hecho se sanciona con expulsión (art. 62 inciso a) y con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de cinco años. Este es el principal problema que enfrentan los migrantes que fueron estafados con documentos falsos a través del sistema de gestores. La prohibición de expulsión para migrantes de países limítrofes, vigente incluso durante la etapa de implementación del Programa Patria Grande, no prevé este caso como excepción.
- Intentar ingresar o ingresar eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados (inciso i). ¿Esto incluye a los migrantes víctimas de tráfico? Este impedimento es causal de expulsión, y la forma en que está redactada el artículo indica que al parecer no tiene límite temporal: me pregunto que pasaría, si sería razonable, decretar la expulsión si se detectara tal circunstancia en un migrante que ingresó hace 10 años.
- Constatarse un impedimento de radicación. Esto es una redundancia, pues significa que “será causa impeditiva del ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional...constatarse la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la presente ley”: todos los impedimentos son los mencionados en el artículo 29. Dado que se trata de una restricción, la interpretación debe ser la que de mayores garantías a la persona. Es por ello que sobre el final del artículo se dispone que en virtud de razones humanitarias, se puede autorizar la admisión de un extranjero que encuadre en alguno de los impedimentos.
- Incumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley de Migraciones.

El título III enumera las condiciones generales de ingreso y egreso. Antes de enumerarlas, establece que aunque no cumpliera los requisitos, un extranjero puede ser admitido en su ingreso cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o **cumplimiento de compromisos adquiridos por la Argentina**.

El primer artículo (nro. 35) autoriza a denegar el ingreso (y permanecer en las instalaciones del punto de ingreso) cuando “exista sospecha fundada que la real intención que motiva el ingreso difiere de la manifestada al momento de obtener la visa o presentarse al control migratorio”. No hace falta para ello que la diferencia implique la posible comisión de un delito de orden penal, basta con la simple “sospecha”. Al parecer la corroboración debería ser bastante ágil, a juzgar por el hecho de que la persona debe permanecer en el puesto, sin siquiera la opción de regresar, ya que para la corroboración le retienen los documentos. Si se corrobora la sospecha (por ejemplo y pensando en el caso más usual, que venía de turista y en realidad pensaba trabajar), el

extranjero es rechazado. Lo notorio es que estas decisiones sólo son recurribles desde el exterior, mediante presentación en las oficinas consulares. Sólo queda apelar a la razonabilidad de los agentes de migraciones en ejercicio del principio general que abre el capítulo: alguna excepcionalidad.

Lo peor viene en el artículo siguiente, ya que la autoridad migratoria puede impedir la salida del país si no se cuenta con la documentación necesaria. Nos referiremos a ello en el último párrafo de este capítulo.

3.5. Cancelación y expulsión

La cancelación lleva insita la conminación a hacer abandono del país o bien, la expulsión, teniendo en cuenta las condiciones fácticas y personales del interesado. La expulsión, por su parte, implica la prohibición de reingreso por cinco años como mínimo o bien, permanente. Esto se gradúa según la importancia de la causal, aunque nunca puede ser inferior a cinco años; sí puede ser dispensada por la DNM (art. 63).

En algunos casos, el decreto de expulsión se ejecutará de forma inmediata: extranjeros privados de libertad –y la ejecución de la pena de extrañamiento da por cumplida la condena impuesta–, extranjeros sometidos a proceso sobre los cuales recayere pena de ejecución condicional: en estos casos la expulsión tiene los mismos efectos sobre la condena impuesta. El tercer supuesto es el de procesamiento de un extranjero sobre el que pese orden administrativa de expulsión, en cuyo caso no se otorgarán beneficios de probation o de medidas curativas: se ejecuta la expulsión, quedando así cumplida la carga impuesta sobre el extranjero.

Para finalizar, hay limitaciones en cuanto a la ejecución del acto de expulsión:

- Ningún extranjero o familiar suyo será privado de su autorización de residencia ni expulsado por el solo hecho de no cumplir una obligación emanada de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación constituya condición necesaria para dicha autorización o permiso.
- Los extranjeros y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.
- La expulsión no menoscabará por sí sola ninguno de los derechos que haya adquirido el migrante de conformidad con la legislación nacional, incluido el derecho a recibir los salarios y toda otra prestación que le pudiere corresponder.

- El interesado deberá contar con oportunidad razonable, aún después de la partida, para reclamar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que le pudieren corresponder, así como para cumplimentar sus obligaciones pendientes.
- Los gastos a que dé lugar el procedimiento de expulsión de un migrante o un familiar suyo estarán a cargo de la autoridad de aplicación. Podrá exigírsele que pague sus propios gastos de viaje desde el puesto de salida hasta su lugar de destino.

4. CLAROSCUROS DE LA LEY

4.1. Imprecisiones

La primera de dichas imprecisiones puede ser ubicada a nivel terminológico, al tratar indistintamente los términos “inmigrante”, “migrante” y “extranjero”. En el art. 2 define al inmigrante como “todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país”. Como se ve, la única categoría de inmigrante que no queda comprendido en la amplitud de la definición es aquel que no se encuentre en territorio argentino, pues es aún inmigrante aquél que, desde el exterior y en cualquier punto del plantea, desee ingresar a nuestro país, siquiera para transitarlo. De esta manera, al desconocer la tradicional vocación de permanencia que diferencia la subcategoría de inmigrantes dentro de los extranjeros, se termina incluyendo a todos los no nacionales por oposición a los nacionales, de lo cual surge que tanto inmigrantes como extranjeros tienen los mismos derechos y obligaciones bajo la ley.

Esta interpretación y sus efectos presentan algunos puntos en contra y otros a favor. A favor, resuelve las menciones intercambiables que efectúa la ley, según la cual, por ejemplo, la efectiva igualdad de trato se asegura a los “extranjeros” y el acceso igualitario, a los “inmigrantes” (arts. 5 y 6 respectivamente); los arts. 7 y 8 sobre educación y salud refieren a los “extranjeros” y el derecho de reunificación familiar a “los inmigrantes” (art. 10); la participación en la vida pública de país se reconoce, por caso, a los “extranjeros” (art. 11), lo mismo que la integración (art. 14), el ingreso de efectos personales (15), el asesoramiento en el empleo (19). Por caso, aunque el título del Capítulo 2 se refiera a las obligaciones de los “inmigrantes”, éstos no aparecen mencionados en el articulado del mismo.

En resumidas cuentas y pese a la definición del art. 2 referida, las referencias a los “inmigrantes” son las que aparecen en menor medida: por lo demás, “migrantes” es un término que, aunque no definido, fue más utilizado: la promoción de sus derechos y garantías (art. 3.g), el derecho a la información (art. 9), auto-obligación de cumplir con convenciones (12), la obligación, bajo el

mencionado capítulo 2 sobre los inmigrantes, de que los “migrantes” deben cumplir con sus obligaciones (art. 18).

¿Plantea esto distintas categorías de derechos según se trate de un migrante, un inmigrante o un extranjero? No; entender la sinonimia de los tres términos en el marco de una interpretación *pro homine* otorga la solución más equitativa. No obstante, surge por lo mismo la incoherencia de reconocer que cualquiera de las categorías de “extranjeros” (incluso “transitorios”: turistas, pasajeros en tránsito, tripulantes del transporte internacional, etc., de conformidad con los arts. 20 y 24) tengan derecho a la “consulta o participación en las decisiones relativas a la vida pública y la administración de las comunidades locales donde residan” (art. 11).

La segunda de dichas imprecisiones se refiere al art. 6 de la ley. Según el mismo, “el Estado... asegurará el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones... que los nacionales, en particular en lo referido a servicios sociales, bienes públicos...” Lo extraño es la omisión del acceso “a qué”; incluso dando por sobreentendido que en lugar de acceso igualitario “a” debió ir “de”, sólo es posible concluir que el legislador pensó en un “derecho de acceso” o “al acceso”; teniendo en cuenta que con la simple enunciación de un derecho igual al de los nacionales no se soluciona el goce efectivo del derecho de que se trate ya que los inmigrantes encuentran obstáculos reales para acceder a dichas mismas instancias (sean cuales fueran), concluimos que el Estado ha puesto tal énfasis en el “acceso” que lo ha elevado a la categoría de derecho, contrapartida de la obligación enunciada en dicho art. 6.

4.2. Desventajas

El art. 36 establece que “la autoridad migratoria podrá impedir la salida del país a toda persona que no se encuentre en posesión de la documentación necesaria, conforme a lo dispuesto en esta ley”; en resumidas cuentas, este artículo permite impedir la salida del país debido a la condición migratoria (irregular) o peor aún, que aún de tratarse de un extranjero en situación regular, no cuente con la “documentación necesaria”, que por demás, es definida a nivel administrativo. Sin embargo, y bajo la lupa de los compromisos internacionales que esta legislación reconoce como obligatorios, tal disposición no cuadra con los lineamientos más básicos de los mismos; si bien la condición regular es exigida en los principales instrumentos de derechos humanos como requisito para entrar, circular y residir en el país de que se trate, se reconoce el derecho **a salir** de cualquier país, incluso del propio, es indiferente de la condición migratoria (art. 8 de la Convención de los Trabajadores Migrantes) e incluso de documentación alguna, circunstancias que en definitiva responden al orden interno de un Estado respecto del cual la universalidad de los derechos humanos debe mostrarse indiferente.

Por otra parte, cuando el artículo 8 de la CM establece que el derecho a salir libremente de cualquier Estado se ejerce “de conformidad a la ley”, estamos ante un supuesto de restricción normal de un derecho cuyo contenido sólo puede ser justificado, según lo dispone el mismo artículo, por motivos de “seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades ajenos y sean compatibles con otros derechos reconocidos en la presente Parte de la Convención”; estos motivos, sin embargo, no pueden reducirse a la situación de indocumentación –ya que el artículo 8 se encuentra dentro de los derechos reconocidos “a todos los trabajadores migratorios” y sus familiares (parte III)- y por demás, ningún motivo puede terminar desvirtuando el derecho a salir, sujetándolo a un requerimiento administrativo interno.

En el mismo sentido es dable interpretar el artículo análogo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el art. 22 distingue (i) el derecho a circular y residir libremente en el país (inciso 1), sujeto a la situación legal en el país y “con sujeción a las disposiciones legales” del (ii) derecho a salir de un país (inciso 2), sobre el cual sólo se enuncia que se ejercerá “libremente”.

4.3. Ventajas

Los derechos y obligaciones de los “inmigrantes” (en ocasiones también denominados “extranjeros” o “migrantes”) se hallan regulados en el título I; un balance de los mismos arroja el siguiente saldo a favor:

El reconocimiento de un “Derecho a la migración” (art. 4), reconocido además como inalienable y esencial. Este reconocimiento, escindido de los motivos de la migración (económicos, laborales) es fundamental para, por ejemplo, una política migratoria no meramente instrumental, a la vez que, mediante tal subjetivización, establece un balance entre aquel extremo de “la migración como medio” y “el migrante como víctima”.

El acceso al derecho a la salud a todos los “extranjeros” que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria (art. 8). Esto constituye un avance respecto de la Convención de los Migrantes, ya que la misma reconoce sólo la “atención médica urgente” sea cual fuera la situación migratoria y para los trabajadores migrantes y sus familiares (art. 28), reservando el pleno goce del derecho a la salud para aquellos en situación regular (art. 43).

Recoge pautas importantes respecto de la irregularidad: la misma no menoscaba derechos frente a empleador (Art. 56 y 67), ni obsta al acceso a la educación en todos sus niveles (art. 7).

En la ley argentina, el derecho de reunificación familiar se garantiza a todos los “inmigrantes” (art. 10), mientras que la CM lo reserva sólo para los documentados (art. 44).

4.4. Breve balance de la ley

Elogiada por la Organización Internacional para las Migraciones como ley modelo en su especialidad, ha significado, no obstante la demora en la aprobación de su decreto reglamentario, un punto de partida para la reorganización de la Dirección Nacional de Migraciones, la simplificación de los requisitos para acceder a la residencia, la implementación del Plan Nacional de Regularización Migratoria (decreto 1169/04 y Disposición DNM 53.253/2005) y ciertos beneficios para nacionales provenientes del MERCOSUR, Bolivia y Chile (ley 25.902), extendidos también a nacionales del Perú (Disposición DNM 20.880/2005), todo lo cual suma, por ahora, más para sus virtudes que para sus defectos o ausencias.

En este sentido, una ley como la sancionada no hace más que, en principio, saldar una deuda brindando un marco a una realidad existente desde hace mucho más que una década, donde la principal herramienta está en la regularización de la situación migratoria. Y como sostiene Mármora, “no es que la Argentina les parezca un país de posibilidades extraordinarias: eligen *lo menos peor*”¹¹.

En términos generales, entonces, la Argentina ha receptado en su legislación migratoria las principales recomendaciones efectuadas por la Organización Internacional para las Migraciones y las prescripciones contenidas en la Convención para la protección de los trabajadores migrantes y sus familiares, en particular el muy reclamado “derecho a migrar”, reconocido en los foros internacionales en que ha participado. Esto no sólo permite acortar la brecha entre las normas en derechos humanos y su efectividad, sino que en el caso específico de la migración por motivos laborales, constituye un importante avance hacia la integración de todos los factores productivos en el marco del MERCOSUR.

¹¹ “En busca de una esperanza”, *Clarín*, 29 de mayo de 2001.

CAPÍTULO 3. ANTESALA DE LA REGULARIZACIÓN

1. PANORAMA

La iniciativa de regularización de los migrantes ilegales presentes en Argentina viene íntimamente ligada con dos grandes preocupaciones. Por un lado, los reclamos por el trato dado a los argentinos ilegales presentes sobre todo en España y que salieron con la crisis de 2001; por otro, el impulso a la integración MERCOSUR, uno de los objetivos planteados por la administración de Néstor Kirchner. Habría luego razones más prácticas: la voluntad de asegurar las fronteras, sobre todo en lo que respecta al tráfico de personas¹ y a combatir el trabajo ilegal.

Como señaláramos en el capítulo 1 de esta parte, la situación de los argentinos en el exterior fue una de las líneas fundadoras del proyecto para una nueva ley de migraciones, especialmente en el sentido de señalar la incoherencia entre los reclamos por nuestros nacionales (respeto de derechos y regularización) y el trato a los inmigrantes en nuestro país. En 2004, el tema de los argentinos en España seguía siendo tema en la agenda de las reuniones presidenciales².

El objetivo de impulsar la “dimensión social” o la integración del MERCOSUR encuentra en la migración una de sus grandes deudas, transformada así en “uno de los primeros puntos de nuestra agenda regional”³. En diciembre de 2005 y en ocasión del lanzamiento del programa de regularización, el Presidente afirmaba que “creo que el MERCOSUR...y creo que abiertos hacia el mundo, tiene que haber una política migratoria que tiene que velar por la incorporación clara y concreta del ser humano que viene a vivir a un país determinado...Por eso nosotros, apostamos mucho a esta política migratoria; apostamos a que sea una política de integración...”⁴.

Esto, de manera unilateral, ya que los acuerdos sobre residencia del MERCOSUR no habían entrado en vigor, y los escuetos acuerdos de regularización tampoco: con motivo de la XVI Cumbre Iberoamericana celebrada en 2006 en Uruguay -y dominada por el tema de la migración

¹ Discurso del Presidente Néstor Kirchner del 17 de diciembre de 2004 en la Cumbre del MERCOSUR. Disponible en: http://www.casariosada.gov.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=4285 [Consultado el 20-06-2010].

² “El tema de los ilegales, presente en la reunión entre Kirchner y Aznar”, *Clarín*, 24 de enero de 2004.

³ Discurso del Presidente Néstor Kirchner ante la Asamblea legislativa, 25 de mayo de 2003. Disponible en: http://www.casariosada.gov.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=4020&Itemid=71 [Consultado el 20-06-2010].

⁴ Discurso del Presidente Néstor Kirchner en el acto de presentación del Plan de Normalización Migratoria, disponible en: http://www.casariosada.gov.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=4467&Itemid=120. [Consultado el 20-06-2010].

y el desarrollo-, Kirchner resaltó que "en reconocimiento de esa situación el gobierno adoptó la iniciativa de avanzar unilateralmente en un programa de normalización de documentación migratoria denominado Patria Grande...". Se trata de "un nuevo criterio de radicación basado en la acreditación de nacionalidad de uno de los países de la región y adoptando la buena fe como principio rector", afirmó el mandatario sobre el programa que permitió documentar a más de 200.000 migrantes en los primeros cuatro meses"⁵.

Hasta el Plan que se denominaría "Patria Grande", la regulación de las migraciones a través de la regularización tenía lugar a través de convenios bilaterales con los distintos socios del MERCOSUR. Sería en el año 2002 (antes incluso que la ley 25871) que se firmaría un Acuerdo sobre residencia para los nacionales del MERCOSUR que recién entraría en vigor el 28 de julio de 2009. Notorio es también resaltar, aunque nos referiremos a ello más adelante, que en la misma decisión del MERCOSUR (28/02) que adopta este Acuerdo y el Acuerdo sobre residencia para nacionales del MERCOSUR, Bolivia y Chile ("Acuerdo ampliado"), aparecen también dos acuerdos sobre regularización que aún no están en vigencia por la falta de comunicación Argentina: se trata del Acuerdo sobre regularización migratoria interna de los ciudadanos del MERCOSUR y su Acuerdo ampliado.

Como ya hemos mencionado en el capítulo sobre el panorama regional, algunos meses después de aprobada la ley 25871, el ministro Aníbal Fernández anunciaría que Argentina había decidido avanzar en materia migratoria sin esperar a sus socios del MERCOSUR: "Nuestra política en esta área es legalizar rápidamente a los inmigrantes de los países vecinos y que, según nuestros cálculos, llegan a 1,2 millón de personas indocumentadas"⁶. Claro que no todos concuerdan con estos cálculos y algunos incluso señalan como "exagerado" decir que hay un millón de ilegales⁷. Las cifras se ubican, entonces, entre los 250 y los 800 mil ilegales⁸.

En esto hay un dato no menor y que expresa el ministro en la misma entrevista, y es el tema de la seguridad: "seguridad, coincidieron los ministros, implica también una política migratoria de la región. Sencillamente porque registrar y documentar a los inmigrantes ilegales permite tener control"⁹. A nivel interno, el Director de Migraciones diría que se lanzó el Programa Nacional de

⁵ "Kirchner reclamó la apertura de la migración y el comercio", *Nacional*, 5 de noviembre de 2006.

⁶ "Resumen de noticias nacionales", *El Comercio Online*, 24 de noviembre de 2004. <http://www.elcomercioonline.com.ar/articulos/40002481-Resumen-de-noticias-Nacionales.html> [Consultado el 20-06-2010].

⁷ "Cuántos son", *Clarín*, 20 de enero de 2004.

⁸ *Ibidem*.

⁹ "Resumen", *El comercio Online*, 24 de noviembre de 2004. citado.

Normalización Documentaria Migratoria porque "no podemos, por razones de seguridad, no saber dónde vive tanta gente que ya está en el país ni tener gente indocumentada"¹⁰.

En esto, la propuesta de un plan para la libre circulación de personas provenientes de los países del MERCOSUR y asociados independientemente de su estatus de trabajador no se encontraba en el proyecto original.

En el art. 23 de la ley (29 del proyecto) se listan las categorías de residentes temporarios. El primer inciso corresponde, en ambos, al "trabajador migrante"¹¹; pero la ley finalmente aprobada incorporó el que se conoce como inciso "nacionalidad", el (1), el establece como categoría también a "los ciudadanos nativos de países del MERCOSUR, Chile y Bolivia, con autorización para permanecer en el país por dos años...".

Además, debe mencionarse que unos meses después de la promulgación de la ley y evidentemente, con miras al inicio del proceso de regularización (cuyo decreto se había aprobado unos días antes, el 06/09/2004), una disposición de la Dirección Nacional de Migraciones extendió la interpretación de dicho inciso, al disponer que dicho inciso es "meramente enunciativo" y que debía comprender "a todos los nacionales de los Estados partes y asociados del MERCOSUR" (Disposición 29.929/04 del 17 de septiembre de 2004).

El rol del Poder Ejecutivo respecto a la iniciativa de regularización de los migrantes provenientes de países limítrofes fue, en este sentido, muy activo. Poco después de aprobada la ley, ya estaban en marcha los borradores para el plan de regularización¹², y se reseñaba en los diarios la situación a enfrentar¹³.

En los apartados siguientes veremos las tres formas principales que ha tomado la regularización de migrantes en nuestro país: amnistías de excepción, acuerdos bilaterales y finalmente acuerdos en el marco del MERCOSUR, antesala del plan de normalización documentaria.

2. LAS AMNISTÍAS

Las amnistías de inmigrantes ilegales fueron la forma más usual para ajustar las normas restrictivas para superar una situación dada de ilegalidad, o lo que es igual, de superar el habitual

¹⁰ "Intentan blanquear a un millón de extranjeros que trabajan en el país", *Clarín*, 22 de enero de 2006.

¹¹ En el proyecto, se definía como tal a "quien inmigre para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita y honesta, remunerada o no, con autorización para permanecer en el país hasta por 3 años"; la redacción final en la ley 25871 es prácticamente igual, sólo que las actividades deben ser remuneradas.

¹² "Blanquearían a miles de extranjeros ilegales", *Tiempo fueguino*, s.f. (presumiblemente de enero 2004). Disponible en: <http://www.tiempofueguino.com.ar/main/modules.php?name=News&file=article&sid=4505> [Consultado el 16 de mayo de 2009 y el 27 de enero de 2010].

¹³ "El gobierno inicia la actividad de 2004 con agenda cargada", *Hoy La Plata*, 5 de enero de 2004.

divorcio entre las leyes y la realidad. Lo más notorio al respecto es que fueron patrimonio casi exclusivo de los gobiernos democráticos; esto, según señalan algunos, muestran la dificultad de generar una norma integral sobre migraciones. A nuestro entender, muestra una falta de una visión sobre la migración, sus posibilidades, el rol del migrante. Esto, a su vez, muestra el conflicto irresuelto sobre la identidad que los grupos sociales atribuyen al migrante.

En 1948, durante el gobierno del presidente Perón, se dictó la primera regularización migratoria, con la participación activa de la colectividad hacia la cual iba dirigida y cuyo objetivo era legalizar a los migrantes indocumentados de origen judío. En 1952, durante ese mismo gobierno y luego del Pacto de Amistad argentino-chileno, se documentó a todos los chilenos que estaban en la Argentina en situación irregular. Ambas medidas dieron lugar a públicas reacciones xenofóbicas.

Durante el gobierno de Frondizi se emite el Decreto 3364/58. Según el mismo, todos los extranjeros asentados en el país con anterioridad al 1 de mayo de 1958 gozarán de 180 días para regularizarse; entretanto, se suspenderían las expulsiones. El mismo año se crea una Comisión Asesora de Migraciones.

En el año 1964 El Dr. Illia dicta dos decretos de amnistía, por el cual se radicaron algo más de 216 mil extranjeros. En 1971 se dictarían tres decretos para solucionar la situación de los inmigrantes limítrofes en situación irregular. En 1974, la amnistía del nuevo gobierno peronista regularizaría la situación de 147 mil 383 inmigrantes. Esta fue una decisión “consensuada” que logró el apoyo de tres sectores importantes: la CGT, una fracción de los empresarios a través de la Confederación General Económica y la Iglesia¹⁴. Esto sería decisivo pues la reacción de diferentes sectores o grupos de la sociedad no se hizo esperar; también contaron con la oposición de diversos sectores de la burocracia gubernamental, del Ministerio del Interior muy particularmente y de la misma DNM¹⁵.

En 1984 y por Decreto 780/84, Alfonsín permitiría el trámite de casi 157 mil extranjeros más. Durante los años 1992-1994 (Decreto 1033/92) y bajo el gobierno de Menem se regularizarían 211 663 ó 211.471 (según la fuente que se consulte¹⁶) personas, con amplia mayoría de bolivianos y paraguayos.

¹⁴ Mámora, *Las políticas de migraciones*.ob. cit., p. 344 y ss.

¹⁵ Mámora, *ibídem*.

¹⁶ Cfr. Benencia, Apéndice “La inmigración limítrofe”, en Devoto, F., *Historia...*ob. Cit., p. 441.

Estas regularizaciones son con independencia de las logradas bajo los convenios bilaterales a las cuales nos referiremos en el párrafo siguiente.

3. LOS ACUERDOS MIGRATORIOS BILATERALES CON LOS PAÍSES DEL CONO SUR¹⁷

En el año 1998¹⁸ se firmaron los primeros convenios con países limítrofes en materia migratoria con Bolivia y Perú, lo cual puede ser bastante paradójico si consideramos la política agresiva de los noventa hacia los migrantes del Cono Sur¹⁹. No obstante, el mayor número de instrumentos internacionales ha sido firmado con Chile, si bien con un área de aplicación muy limitada. Con dicho país, al igual que con Uruguay, se han firmado acuerdos para la libre circulación de personas que se encuentran en distintos grados de avance. Finalmente, no hay convenios migratorios con Paraguay -lo cual es bastante llamativo, dado que los nacionales del Paraguay se encuentran a la cabeza del ranking migratorio, apenas superados en ocasiones por nacionales bolivianos- de la misma manera que no los hay con Brasil.

Sobre los convenios puede decirse además que surge de ellos un criterio de política migratoria, y es que no se trató de fomentar ni de restringir la migración, sino de “tratar de darle un marco legal adecuado a las migraciones regionales. Un marco legal que tenga que ver con las verdaderas condiciones socio-laborales de la migración limítrofe y asumiendo una realidad. La realidad del fenómeno migratorio que no tiene tanto que ver con la mayor voluntad restrictiva de la legislación interna, sino más bien con una realidad de desnivel en el desarrollo relativo de los países que integran la región sudamericana, que son el factor determinante de los desplazamientos poblacionales”²⁰.

En el mismo sentido operarían las amnistías migratorias: “corrigiendo las restricciones que las legislaciones nacionales mantenían”²¹. Justamente, el propósito de los tratados bilaterales se orientaría a “superar la ineficacia de la legislación migratoria interna, es decir fue hacer un

¹⁷Estos acuerdos se tratan en este capítulo sobre regularización pues si bien los mismos prevén también la regulación de las solicitudes de ingreso, en la práctica lo importante de los mismos fue sus aspectos para regularizar la situación de los ya presentes en el territorio.

¹⁸ El corte temporal final para los acuerdos bilaterales se fija en la implementación del programa de regularización, el cual efectivamente comienza el 16 de abril de 2006. Aunque el programa se había creado dos años antes (Decreto 836/04 del 7 de julio de 2004), hasta su efectiva implementación, el marco de referencia para la regularización estuvo solamente dado por los convenios bilaterales. Un caso especial será el de Bolivia, ya que apenas unos meses después de comenzado el programa de regularización (octubre 2006), entró en vigencia un convenio bilateral de regularización firmado en 2004. Esta situación será tratada en un apartado especial.

¹⁹ Amén de lo que reseñamos en el panorama Argentino de la primera parte, la situación es básicamente aquella que resumen José Nun o Susana Torrado: los inmigrantes limítrofes fueron utilizados por Cavallo como chivos expiatorios de la desocupación. “Adiós al prejuicio de la <<invasión>> de los inmigrantes del Cono Sur”, Clarín, 11 de abril de 2004.

²⁰ Rozlosnik, María Belén, representante del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto Seminario Política y Normativa Migratoria en la Argentina, organizado por el Ministerio del Interior, la Comisión de Población y Recursos Humanos del Senado y Cámara de Diputados, 1° de diciembre de 2000.

²¹ Mármora, Lelio, “MERCOSUR y políticas migratorias”, Clarín, 21 de julio de 2003.

esquema, un marco legal alternativo a una legislación que era evidente que no captaba la realidad del fenómeno migratorio regional”²².

3.1. Bolivia

El 16 de febrero de 1998 se firma el primer Convenio de Migración entre Argentina y Bolivia (ley 25.098 publicada el 7/5/1999) destinado a nacionales (originarios) de una de las Partes que desearan establecerse en el territorio de la otra “para desarrollar actividades formales en relación de dependencia”, sea que desearan ingresar como regularizar su situación²³. En este último caso, pueden encontrarse desarrollando una actividad en relación de dependencia como también autónoma. La autoridad consular o migratoria (según el lugar de presentación de la solicitud), podría otorgar una residencia temporaria de 6 meses que podía ser renovada por 12 meses. Los requisitos y trámites para el otorgamiento de la residencia temporaria o permanente son, en el marco de este convenio, sumamente complejos y pueden ser identificados como una de las causas del posterior colapso de la Dirección Nacional de Migraciones; por caso, preveía la presentación del interesado cada 12 meses ante la autoridad migratoria munido de documentaciones varias, en particular certificado de antecedentes penales en el país de residencia.

La vigencia determinada de este convenio (5 años) llevó a la firma y posterior aprobación de dos Protocolos Adicionales. Por el primero de ellos, firmado en noviembre de 2000 y aprobado por 25.536 dos años más tarde, (i) amplía en 365 días, desde la entrada en vigencia del Protocolo, para la regularización de aquellos nacionales descriptos en el Convenio (que gozaban de un plazo de 180 días) y (ii) amplía el ámbito de aplicación del Convenio, extendiendo la residencia y beneficios otorgados a los nacionales definidos originariamente a sus cónyuges, padres e hijos solteros menores de 21 años o discapacitados; (iii) extiende a 3 años la residencia temporaria otorgada a los nacionales comprendidos en el Convenio originario.

Por el segundo Protocolo adicional, firmado en diciembre de 2003 y aprobado recién tres años después (ley 26.091 de abril 2006) dispone, en lo sustancial, prorrogar por otros 365 días la regularización, a contar desde el 2 de agosto de 2003.

²² Rozlosnik, ob. Cit.

²³ Existen, sin embargo, precedentes: el 30 de mayo de 1964 se firma el *Convenio para reglamentar el trabajo de los braceros bolivianos en la República Argentina*. Aunque estaba circunscrito a los braceros (“persona mayor de 18 años que ingresa y reside transitoria y legalmente en territorio argentino, contratada en forma exclusiva para trabajar temporalmente en el cultivo, recolección y/o industrialización de la caña de azúcar y/o del tabaco”), es probablemente el convenio más antiguo con países limítrofes en materia de migración.

3.2. Perú

El 12 de agosto de 1998 se firma el primer Convenio de Migración entre Perú y Argentina, aprobado por ley 25.099 de mayo del año siguiente. El mismo tiene el mismo abanico de destinatarios que el convenio respectivo firmado con Bolivia. La residencia temporaria también era de seis meses, prorrogable por otros doce.

Los igualmente 5 años de vigencia del Convenio para los ingresantes y 180 días de plazo para regularizar la situación llevó a la adopción de otros dos protocolos adicionales; el primero de ellos, firmado en diciembre de 1999 y aprobado por ley nacional No. 25.495 (03/12/2001), prorrogó por otros 180 días el plazo para la regularización de los nacionales de cualquiera de las Partes. En el segundo protocolo (firmado en diciembre de 2002, aprobado por ley 25.889 de abril de 2004) se dispone la ampliación del ámbito de aplicación personal, comprendiendo ciertos familiares de los nacionales (cónyuges, padres o hijos solteros mayores de 21 años o discapacitados); asimismo, extiende la residencia transitoria a 3 (tres) años.

3.3. Brasil

No hay documentos que regulen bilateralmente la migración brasilera en Argentina antes de los Acuerdos de Residencia. La explicación en esto puede ser encontrada en la baja incidencia de la migración de origen brasilero en el total de la población extranjera. Según los datos ponderados por Benencia, el porcentaje de brasileros ha venido en descenso: sobre la población total de extranjeros y contando desde el censo de 1914, el % de brasileros nunca superó el 0,5% (máximo porcentaje de 1914); sobre el total de la población de origen limítrofe, el descenso se registra desde un 17,7% en 1914 hasta un 4,2% en 1991²⁴. Según la Encuesta Complementaria de Migraciones del último censo, el total de brasileros –mayores de 18 años- en la Ciudad de Buenos Aires era de unas 4 mil personas (de las cuales casi 2 mil habían llegado entre 1990 y 2003, lo cual representa el máximo número de ingresantes de todos los censos); para el Gran Buenos Aires el número total es similar (4689 personas brasileras mayores de 18 años), de las cuales 1172 habían llegado en el período 1990-2003. Es de notar que la gran mayoría (1109 personas) de los que llegan al GBA lo hace directamente. Para la mayoría de los censados en la CABA, es altísimo el número de brasileros que residió previamente en el GBA (1945 personas)²⁵.

²⁴ Benencia, Roberto, “La inmigración limítrofe”, en Devoto, Fernando, Historia de la inmigración en la Argentina, Buenos Aires: Sudamericana, 2004, p. 468 y ss.

²⁵ INDEC, Censo 2001. Encuesta complementaria de migraciones internacionales. Disponible en: http://www.indec.gov.ar/webcenso/ECMI/ampliada_index_brasil.asp?mode=03 [Consultado el 20-06-2010].

3.4. Chile

En términos generales, tampoco ha sido necesaria la proliferación de instrumentos bilaterales regulatorios de la migración entre ambos países dado el bajo impacto de la migración chilena en la Argentina: no tanto numéricamente –aunque se ubica lejos de los números de la migración paraguaya, boliviana- como en términos de problemas originados en razón de la ilegalidad de la estancia. En 1997, se contaban un total de 244.087 chilenos en territorio argentino, según surge de los datos de los consulados²⁶. Del último censo, surgen un total de 99.755 chilenos, de los cuales apenas un 6,4% ingresaron en el período 1990-2003 (6.428 personas)²⁷. De ellos, la mayor presencia se da en Río Negro; y una abrumadora mayoría de los llegados en 1990-2003 – con la salvedad de los censados en la Ciudad de Buenos Aires- lo hicieron directamente al lugar sin residir previamente en ningún otro²⁸.

Independientemente del Convenio Laboral aprobado por ley 19.251, recientemente se ha adoptado una Declaración Presidencial Conjunta sobre libre circulación de personas, firmado el 28 de agosto de 2003. Según el mismo, que consta de apenas un artículo, desde el 1ro. De enero de 2004, se dispone que se adoptarán las medidas necesarias para permitir el libre ingreso y egreso de ciudadanos argentinos y chilenos y de residentes permanentes en ambos países con la sola exhibición del documento de identidad o viaje.

3.5. Uruguay

Las características de la migración uruguaya tampoco la han hecho merecedora de convenios bilaterales especiales. La “buena performance” de los uruguayos, su más alto nivel educativo y la diversificación en la inserción en el mercado de trabajo marca una diferencia con respecto a los problemas que enfrentan los provenientes de otros países²⁹. Además, ha habido un franco descenso: en 1991, el volumen total de uruguayos censados era de más de 133 mil personas, de las cuales, 44.700 habían ingresado en ese período; en 2003, si bien se censaron 86.694 personas en la zona de mayor residencia de uruguayos (GBA y CABA), tan sólo unas 5 mil habían

²⁶ Benencia, “La inmigración limítrofe”, ob. Cit., p. 474.

²⁷ Debe tenerse en cuenta que el Censo 2001 releva, a los fines de la Encuesta Complementaria de Migraciones Internacionales, sólo cinco regiones: Ciudad de Buenos Aires, Gran Buenos Aires, Neuquén, Río Negro, Río Gallegos, Mendoza, las de mayor asentamiento de población chilena.

²⁸ Los chilenos de la Ciudad de Buenos Aires residieron previamente en el GBA. Datos extraídos del Censo 2001, ECMI, ya citada.

²⁹ Véase Benencia, “La inmigración limítrofe”, ob. Cit., p. 466 y ss.

ingresado en el período 1990-2003. Esta parece ser la respuesta a la pregunta de Benencia sobre los efectos de la desocupación sobre la migración uruguaya³⁰.

Pese al igualmente fluido tránsito de personas entre ambos países, es en el año 2001 que se firma un documento similar al referido para Chile, denominado *Memorando de Entendimiento para la libre circulación de personas entre los territorios de Argentina y Uruguay*. Según el mismo, se establece la realización de un plan piloto relativo a la libre circulación de personas nacionales de uno y otro Estado, simplificando los controles migratorios.

3.6. Paraguay

No hay antecedentes internacionales de convenios migratorios con Paraguay, pese a que la población paraguaya mayor de 18 años censada en 2001 daba un total de 234.730 personas, sólo relevando las ciudades de mayor presencia (GBA, CABA, Formosa y Misiones). El primer convenio aplicable es entonces el Acuerdo de Residencia, que entró en vigencia por la ratificación paraguaya, a mediados de 2009.

En septiembre de 2009 había conversaciones para agilizar los trámites en los pasos fronterizos³¹.

En el anexo se puede consultar un cuadro resumen de este panorama (cuadro 1).

4. LOS ACUERDOS SOBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN EL MERCOSUR

4.1. Los Acuerdos de Residencia

En diciembre de 2002 y en el marco de la XXII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR se firman el *Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR*, y el *Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile* (Decisión del Consejo Mercado Común nro. 28/02³²), aprobados por ley nacional No. 25.902 y 25.093, respectivamente. Para su entrada en vigor, se previó que era necesaria la comunicación, por parte de los cuatro Estados firmantes (Argentina, Brasil,

³⁰ Hacia el final del apartado sobre la migración uruguaya, de niveles educativos e inserción similar a los argentinos, Benencia se pregunta “acerca de los efectos del aumento del desempleo de los últimos años sobre el mercado de trabajo uruguayo, al obstruirse la válvula de escape tradicional que ofrecía la migración hacia Buenos Aires”, ob. Cit., p. 468.

³¹ “Argentina-Paraguay Analizan mejorar los trámites en pasos fronterizos”, Misiones on-line, 16 de septiembre de 2009. Fuente: <http://www.migraciones.gov.ar/prensa/noticias/16-09-09%20Argentina%20Paraguay%20Analizan%20mejorar%20los%20tramites%20en%20pasos%20fronterizos.htm> [Consultado el 20-06-2010].

³² Según el artículo 8 inciso 6to. Del Protocolo de Ouro Preto modificatorio del Tratado constitutivo del MERCOSUR, corresponde al Consejo Mercado Común (órgano superior aunque no preeminente del Mercado al cual corresponde la conducción política) expedirse sobre los acuerdos remitidos por las Reuniones de Ministros. Véase Caetano, Gerardo (coord.), *La reforma institucional del MERCOSUR. Del diagnóstico a las propuestas*. Colección integración y desarrollo. Montevideo: Trilce, 2009.

Paraguay y Uruguay) y de los seis, según el caso, de que se habían dado cumplimiento a las formalidades internas necesarias (normalmente, la obtención de la ley interna aprobatoria del convenio) para la entrada en vigor del instrumento (art. 15 del Acuerdo).

Para el primero de los convenios, Argentina fue la primera en efectuar dicha comunicación (19/07/2004), seguido por Brasil (agosto 2004), Uruguay (marzo 2006) y finalmente Paraguay (julio 2009), cuya comunicación permitió así la entrada en vigencia del acuerdo desde el 27 de julio de 2009. En cuanto al segundo, también la primera comunicación fue hecha por la Argentina (misma fecha que el anterior), seguida por Bolivia (11 de abril de 2005). Ambos entraron en vigor con la comunicación paraguaya, el 28 de julio de 2009.

Según el *animus* declarado, busca “profundizar el proceso de integración” mediante “la implementación de una política de libre circulación de personas en la región”, al mismo tiempo que busca solucionar la situación migratoria de los nacionales de los Estados partes y asociados, aunque sin reconocer el histórico flujo de personas que caracteriza al Cono Sur, especialmente trabajadores migrantes desde Paraguay y Bolivia hacia la Argentina.

- Esta omisión probablemente sustente una de las grandes características ausentes: el desarrollo de actividades laborales como fin de la solicitud de residencia o regularización. En efecto, amén de simplificar el ámbito de aplicación y los requisitos, el objeto del tratado se enuncia como destinado a aquellos “nacionales de un Estado Partes que deseen residir en el territorio de otro Estado Partes” (art. 3.1), o bien que se encuentren en territorio de la otra deseando regularizarse (art. 3.2), a cuyo fin podrán obtener una residencia legal en este último.

Cumplidos los requisitos, la autoridad consular o migratoria, según corresponda, podrá otorgar una residencia temporaria de hasta dos (2) años, que puede transformarse en permanente mediante solicitud con una antelación de noventa (90) días al vencimiento de aquella (art. 5). De no realizarla, quedarán sometidos a la legislación migratoria interna de cada Estado Parte (art. 6).

4.2. Los acuerdos sobre regularización migratoria en el marco del MERCOSUR

Al igual que los acuerdos sobre residencia, estos acuerdos sobre regularización migratoria interna se han firmado, por un lado, entre los Estados que conforman el MERCOSUR y por otro, estos mismos Estados incluyendo a sus asociados Chile y Bolivia, también emanados de la XXI Reunión de Ministros del Interior y aprobados por Decisión nro. 28/02 del Consejo Mercado Común. Ambos instrumentos son sustancialmente iguales y muy breves (ocho artículos, de los

cuales la mitad corresponde a los aspectos formales de entrada en vigor, denuncia, etc.) pero apuntan a subsanar una situación fundamental en los procesos de regularización: el requerimiento de salir del país.

Así, el artículo 1 dispone que los nacionales de un Estado parte que se encuentren en otro Estado parte no necesitarán egresar del territorio de dicho Estado para tramitar su regularización migratoria. Ello, aclara el artículo 2, se hará con independencia de la categoría por la que hubiere ingresado y por aquella por la cual pretenda regularizar. A los efectos de la regularización, los Estados podrán otorgar residencias transitorias o permanentes, según lo establezca su derecho interno.

Pese al plan de regularización iniciado por la Argentina, el Acuerdo de regularización para MERCOSUR (que en nada afecta a las disposiciones de aquél) no está en vigor puesto que falta la cuarta comunicación, que es la argentina: Brasil aprobó internamente el acuerdo por decreto nro. 928 de septiembre de 2005 (y efectuó la comunicación en octubre del mismo año), Paraguay por ley 3579 del 15 de agosto de 2008 (procediendo a la comunicación en septiembre de 2009) y Uruguay, finalmente, aprobó el acuerdo por ley 17.941 del 3 de enero de 2006, procediendo al depósito previsto el 8 de marzo del mismo año. El Poder Ejecutivo argentino, por su parte, envió el 26 de septiembre de 2006 el mensaje nro. 1274/06 para lograr la aprobación del Congreso (expediente 271/06)³³. El 28/08/06 se giró a la comisión respectiva (de Relaciones Exteriores y Culto), de la cual todavía no se ha obtenido dictamen.

Por su parte, el Acuerdo de regularización que incluye a Bolivia y Chile tampoco está en vigencia por falta, además de la comunicación argentina, de la boliviana. Por parte de la Argentina, la solicitud de aprobación fue girada al Congreso el 11 de noviembre de 2005 (mensaje del PEN 1379/05) y girada en la misma fecha a la comisión pertinente, e la cual todavía no se ha obtenido dictamen.

Ante la inoperatividad de estos acuerdos, se han firmado varios acuerdos bilaterales entre los países del bloque desde la mentada Reunión de Ministros del Interior. En 2002 y contando con un Memorándum de Entendimiento para regularizar la situación migratoria interna de ciudadanos peruanos y bolivianos (27 de julio de 2001), se firma entre Perú y Bolivia el Acuerdo para regularizar la migración el 26 de enero de 2002, entrando en vigencia el 2 de noviembre de 2002. En 2005 Bolivia y Brasil firman un acuerdo de regularización en vigencia desde el 15 de

³³ En 2003 y ante la demora del Ejecutivo, el Congreso había aprobado el proyecto de Declaración donde Giustiniani y otros solicitaban al PEN el envío de los proyectos (acuerdos sobre residencia y sobre regularización) a la comisiones para su aprobación. Orden del día 2938 de octubre 2003. Expediente 3952/03.

septiembre de 2005 por el cual durante 180 días, los ciudadanos de uno y otro país presentes irregularmente en el territorio del otro podían regularizarse. Este acuerdo fue extendido numerosas veces; la última prórroga es de 2008 y se regularizaron 18 mil bolivianos en cuatro años desde su implementación. También Paraguay y Bolivia tienen un acuerdo similar, aprobado por el primer país por ley de 2007.

CAPÍTULO 4. EL PROGRAMA DE REGULARIZACIÓN DE LA SITUACIÓN MIGRATORIA

1. INAUGURACIÓN

“Creo que el Mercosur, creo que la tarea llevada adelante por el ministro Aníbal Fernández y creo que abiertos hacia el mundo, tiene que haber una política migratoria que tiene que velar por la incorporación clara y concreta del ser humano que viene a vivir a un país determinado... Por eso nosotros, apostamos mucho a esta política migratoria; apostamos a que sea una política de integración; apostamos a que realmente en el marco del Mercosur entren a sentir a cada país como su propia Nación y en este caso a la Argentina; apostamos a que los que vengan a vivir a la Argentina no tengan miedo de ir o tener contacto con las instituciones oficiales; apostamos a que se terminen definitivamente, como dijo con toda claridad, una palabra dura pero real, los procedimientos de coima y demás, para tratar de obtener con rapidez los papeles u obtener papeles que no correspondan, es decir, todo se deba hacer tal cual marca la ley, pero la ley con el sentido de integrar, la ley con el sentido de dar posibilidades, la ley que tenga en el lugar que corresponde al ser humano, la ley que evite el abuso, que valore el trabajo del que viene, la ley que permita garantizar ese trabajo del que viene pero también que no devalúe el trabajo del que está en el país; esto es central, fundamental y todas estas cosas han pasado en nuestro país y seguramente han pasado y pasan en vuestros países, es una lucha muy difícil que hay que dar y hay que llevar adelante... le pedimos a todas las organizaciones que controlen, que vean, porque lamentablemente para erradicar culturalmente ciertas prácticas, no sólo basta la voluntad, no sólo basta una ley, no solo bastan los acuerdos, sino que también es la necesidad de una sociedad de vivir distinto y eso se va construyendo en el día a día”.

DISCURSO DE NÉSTOR KIRCHNER, ABRIL 2005.

El discurso inaugural deja en claro tanto los objetivos de la nueva política en materia de migración como la relación de la misma con el MERCOSUR: reconocimiento del derecho humano a vivir en cualquier país; política migratoria como política de integración. Aunque el programa de regularización y “saneamiento” de la Dirección Nacional de Migraciones había comenzado casi un año antes, a mediados del 2004, justo es reconocer entonces que el nuevo paradigma en materia migratoria fue inaugurado bajo la administración Kirchner, quien asumiera el 25 de mayo de 2003.

En el discurso se reconocen algunas líneas de problemas básicos de la migración: (i) la incorporación del ser humano y no simplemente del “trabajador”, (ii) el problema de la ilegalidad y más ampliamente, clandestinidad, como obstáculo para acercarse a instituciones oficiales, (iii) la alta arbitrariedad administrativa; (iv) el reconocimiento de los límites de la ley: “no basta una ley para erradicar...”, (v) las condiciones de explotación laboral que habilita la situación de ilegalidad o clandestinidad.

2. EL PROGRAMA NACIONAL DE NORMALIZACIÓN DOCUMENTARIA MIGRATORIA

El Programa se inició poco después de aprobada la ley y aún antes de su creación, la primera medida fue suspender las expulsiones y conminaciones a salir del país a nacionales de países limítrofes¹, dirigida ella a lo que la misma disposición expresa respecto a la integración: “[q]ue la República Argentina se encuentra en un proceso de integración avanzado 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”². Es de notar que dicha disposición sigue en vigencia, dado que no dispuso plazo y tampoco fue derogada por norma alguna. También se suspenderían las expulsiones y conminaciones a salir del país para los extranjeros nativos de países distintos al MERCOSUR (Decreto 1169/04, art. 13)³.

Por el decreto del 7 de julio de 2004 (Decreto 836/2004) se crea el Programa y en lo sustancial, se autoriza a la DNM a firmar convenios con las provincias y muy especialmente, con los municipios; en esta descentralización, serán llamados “instituciones colaboradoras”. Es así que se lanza la convocatoria para formar una lista de entidades colaboradoras que tendrían a su cargo la primera parte de la gestión, aunque tardaría bastante en conformarse. Además, este *Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria* estableció entre sus objetivos: a) la creación del marco de ejecución de nuevas políticas migratorias orientadas a la inserción e integración de la población inmigrante; b) la regularización de la situación de los inmigrantes (art. 11). Las normas aplicables desde entonces se resumen en el cuadro al final de esta sección.

Mientras se conformaba esta lista, se inició el mismo año un primer programa especial de regularización dirigido a la población extranjera de nacionalidad distinta a la del MERCOSUR, dado que sus dimensiones cuantitativas no hacían imposible el trámite directamente ante la DNM, el cual tampoco tenía simplificación alguna sino que era requisito presentarse con toda la documentación necesaria y dentro de los 180 días desde el Decreto 1169 (BO del 13 de septiembre de 2004). Mediante este programa se lograría la regularización de 12 mil

¹ La Disposición DNM 2079/04 (del 28 de enero de 2004) dispone la suspensión de las medidas de expulsión de nacionales de países limítrofes así como las conminaciones a hacer abandono del país, también respecto de estos, con la excepción de los supuestos previstos en los incisos a) a h) inclusive del art. 29, ley 25871. Estas causales impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros se refieren a la presentación de documentación falsa o adulterada, tener prohibido el ingreso o haber sido objeto de medidas de expulsión, haber sido condenado o estar cumpliendo condena, haber incurrido en actos que constituyan genocidio, crímenes de guerra, terrorismo, facilitar o promover el ingreso de ilegales, promover o lucrar con la prostitución, entre otros supuestos.

² Disposición 2904/04, exposición de motivos, párrafo 1.

³ “Art. 13. — Las medidas de expulsión o conminación para hacer abandono del país ya dictadas, firmes y consentidas, respecto de aquellos extranjeros cuya situación migratoria pueda ser encuadrada en los términos de la presente medida, quedan suspendidas durante la vigencia del régimen especial contemplado en el presente”.

extranjeros⁴. Al mismo tiempo (octubre 2004), es de recordar, se estudiaba en España un riguroso plan de regularización de extranjeros ilegales (500 mil indocumentados de los cuales se estimaba que 60 mil serían argentinos), el cual entraría en vigencia en 2005⁵.

El decreto inicial (836/2004) estaría acompañado de otras medidas: decreta la emergencia administrativa de la DNM (prorrogada por decreto 578/05 hasta el 31 de diciembre de 2005) y se crean varios registros –de Apoderados de Inmigrantes⁶, de Admisión de Extranjeros⁷, de Aptitud Migratoria⁸, de Ingreso y Egreso de Personas⁹, de Requirentes Extranjeros¹⁰–.

Según las estimaciones del Ministerio del Interior dadas a conocer dos semanas después de la aprobación de la ley 25871 en ocasión de difundirse la existencia de “borradores muy avanzados” para proceder a la implementación de un plan de regularización para nacionales del MERCOSUR, “en Argentina se encuentran en situación irregular unos 290.000 paraguayos, 276.000 chilenos, 219.000 bolivianos y 73.000 peruanos, según las estimaciones oficiales”¹¹. Esto trascendió en enero de 2004; el primer decreto creando el Programa de normalización documentaria es de julio y la primera implementación (nativos fuera de la órbita del MERCOSUR) de septiembre de 2004... pasaría un año más para el lanzamiento de la regularización para nacionales del MERCOSUR (diciembre 2005) y cuatro meses más hasta que comenzara a operar en abril de 2006. En esto, un dato no menor en cuanto a la tan demorada operatividad, señalado por diversos actores como el detonante para la aceleración de la puesta en marcha es el incendio que tuvo lugar a fines de marzo en un taller textil de Caballito¹².

⁴ Exposición de motivos de la Disposición 53253/2005.

⁵ “España lanza hoy plan para regularizar extranjeros”, *Ámbito Financiero*, 7 de febrero de 2005. Disponible en: <http://prensa.cancilleria.gov.ar/noticia.php?id=11098038> [Consultado el 20-06-2010].

⁶ Por Disposición DNM 32.689/04 (BO 5/10/04) se crea el Registro Único de Apoderados de Inmigrantes, al cual tienen obligación de inscribirse todos aquellos que representen a un inmigrante en más de una actuación o a más de una persona. Se encuentran exceptuados quienes representen a sus padres, hijo o cónyuge.

⁷ El Registro Nacional de Admisión de Extranjeros es creado por Disposición DNM 15.440/05 (BO 2/5/05), en el cual se consignan todos los datos de los extranjeros ingresantes.

⁸ La Disposición DNM 15.441/05 (BO 2/5/05) crea el Registro Nacional de Aptitud Migratoria donde se asientan inhabilitaciones, prohibiciones, etc. dictadas respecto a inmigrantes.

⁹ El Registro Nacional de Ingreso y Egreso de Personas (Disposición DNM 15.442/05, BO 2/5/05) lleva el registro de los ingresos y egresos del territorio argentino.

¹⁰ Todos aquellos que invoquen una causa lícita para solicitar el ingreso de un extranjero deberán anotarse en este registro, creado por Disposición 56.647/05 (BO 29/12/05).

¹¹ “Gobierno procura regularizar inmigrantes”, *El País -Montevideo*, 4 de enero de 2004. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/04/01/04/ultimo_74302.asp [Consultado el 20-06-2010].

¹² Por ejemplo, “Arranca un plan para legalizar a más de 750 mil extranjeros”, *Clarín*, 17 de abril de 2004, donde puede leerse que: “Las repercusiones por el incendio del taller textil de la calle Luis Viale, en el que murieron seis personas hace casi 20 días, aceleraron la implementación de esta iniciativa, que estaba prevista desde hace tiempo. En ese taller trabajaban y vivían cerca de 70 personas en condiciones de esclavitud, según denunció el Gobierno de la Ciudad. Desde entonces, se clausuraron otros 84 establecimientos por sus deficientes condiciones de seguridad e higiene”.

Esta catástrofe puso en evidencia –y desde entonces diversas organizaciones se encargan de mantenerlo en la agenda de los medios y hasta en la pública- una realidad velada que muestra una de las peores caras de la inmigración ilegal: la esclavitud. Todavía hoy, miles de bolivianos (y en menor medida otras nacionalidades) siguen trabajando en condiciones de semi-esclavitud en la misma Ciudad y Provincia de Buenos Aires, especialmente en talleres textiles. Aunque la realidad argentina del tráfico, la trata y la esclavitud de personas es muy diversa, es la condición de ilegalidad en que son traídos y/o puestos y mantenidos la que posibilita su perpetuación: la modalidad usual es sustraerles sus documentos y amenazarlos con que las autoridades procederán a su deportación si ponen en conocimiento su situación de cualquier forma. Si logran escapar, difícilmente se presentan para efectuar una denuncia.

Sin embargo, el plan finalmente aprobado difirió muy acertadamente respecto de sus proyectos. En estos, por ejemplo, se solicitaba un certificado de salud, además del consabido certificado de antecedentes penales¹³.

En 2005 se inaugura la primera etapa del programa “Patria Grande”, para regularizar la situación de miles de inmigrantes provenientes de países del MERCOSUR y sus asociados, con la sola acreditación de nacionalidad en los mismos, aunque recién comenzó a operar el 17 de abril del año siguiente y primeramente sólo en la Ciudad de Buenos Aires y en el GBA. Era hora: sobre la población argentina total, el porcentaje de inmigrantes limítrofes se ha mantenido relativamente estable ya desde 1869, aunque nunca superó el 3%: sin embargo, hacia inicios de este siglo, ya conformaban más del 50% del total de la población extranjera. Ello, incluso cuando el peso de los inmigrantes limítrofes sobre la población total de extranjeros ha crecido notoriamente: desde su pico más bajo en 1914 (poco más de 8%), alcanza según el censo de 2001/2003 más del 60% sobre el total de la población extranjera¹⁴. La predominancia de paraguayos, chilenos y bolivianos y (en ese orden) se ha mantenido desde 1947 y casi hasta el 2001, donde los bolivianos pasan a ocupar el segundo lugar: hacia 2001, el 35,2% de los extranjeros habían nacido en Paraguay, el 25,3% en Bolivia y el 23% en Chile. La población nacida en el Perú, curiosamente y pese a su cuantía, todavía no figuraba en la contabilidad del Censo 2001.

El primer día de implementación (17 de abril de 2006), los medios daban cuenta de unas 10 mil consultas¹⁵. Sólo en el Consulado de Bolivia se registraban, ese mismo día, más de 2 cuabras de

¹³ “Gobierno procura regularizar inmigrantes”, *El País -Montevideo*, 4 de enero de 2004. Disponible en: http://www.elpais.com.uy/04/01/04/ultmo_74302.asp [Consultado el 20-06-2010].

¹⁴ Fuente: INDEC, Encuesta Complementaria sobre Migraciones.

¹⁵ “Más de 10 mil inmigrantes consultaron para regularizar la situación”, *La Nación*, 17 de abril de 2006. Disponible en: http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=798269 [Consultado el 20-06-2010].

fila, aún cuando el consulado estaba abierto las 24 horas con motivo del comienzo del plan¹⁶. En menos de un mes, más de 23 mil extranjeros provenientes el MERCOSUR habían iniciado los trámites para su regularización¹⁷.

3. REGÍMENES DE REGULARIZACIÓN

3.1. La disposición para nacionales de Estados distintos al MERCOSUR

La primera implementación del Programa de Normalización Documentaria creada por Decreto 836/04 es aquella dirigida a nativos de países distintos al MERCOSUR ampliado, según el Decreto 1169/04 (6/09/04). Como lo expresan los considerandos de este último decreto, el régimen esta pensado en función de que la mayoría de estos inmigrantes “no puede satisfacer los requisitos usuales para radicarse legalmente en el país, no obstante su efectiva vinculación al mismo”.

Este primer régimen (que no comprende a aquellas personas que hayan ingresado con visa de cortesía, diplomática, refugiados o asilados) contempla la presentación, en un plazo de 180 días, de los solicitantes que al 30 de junio de 2004 se hallen de hecho residiendo en nuestro país.

Como forma de solucionar la gran cantidad de expedientes de regularización y residencia acumulados, la norma prevé en distintas disposiciones que los diferentes pasos para lograr la regularización implican el desistimiento de cualquier presentación anterior¹⁸.

Para todos los peticionantes, se prevé que una vez aprobada la regularización, se otorgue una residencia temporaria de dos años. Para transformarla en permanente, el régimen es distinto según los casos:

Para aquellos peticionantes que, resultando amparables en los términos del presente Decreto, acrediten ser padres de hijo argentino y domiciliado en la REPUBLICA ARGENTINA o cónyuge de argentino nativo o por opción o residente permanente o permanencia de hecho superior a los cinco años, cumplida la residencia de dos años y contra presentación de carencia

¹⁶ “Más de 200 metros de cola en el Consulado de Bolivia”, *Ambito.com*, 17 de abril de 2006. Disponible en: <http://www.ambito.com/diario/noticia.asp?id=273554&seccion=Informaci%C3%B3n%20General> [Consultado el 20-06-2010].

¹⁷ “Más de 23 mil extranjeros ya iniciaron el trámite para regularizar su situación”, *Clarín*, 2 de mayo de 2006. Disponible en: <http://www.clarin.com/diario/2006/05/02/um/m-01188248.htm> [Consultado el 20-06-2010].

¹⁸ “Art. 5° — El acogimiento al presente régimen implica el desistimiento automático de toda otra solicitud de radicación anterior y de los recursos interpuestos por el peticionante en sede administrativa o judicial”; art. 6: ... “El inicio del trámite al amparo del presente régimen implicará el desistimiento de toda presentación anterior tendiente a obtener regularización migratoria”; “Art. 9° — La tramitación de toda solicitud de identificación para la obtención del Documento Nacional de Identidad de ciudadanos extranjeros que obtengan su radicación bajo el amparo del presente Decreto, implica el desistimiento automático de toda otra solicitud así como de los recursos interpuestos por el peticionante en sede administrativa y/o judicial”.

de antecedentes penales, acreditación de medios de vida lícitos y útiles, y pago de la tasa correspondiente, podrán acceder a una residencia permanente.

Para aquellos peticionantes que, resultando amparables en los términos del presente Decreto, no encuadren en las previsiones del párrafo anterior, cumplida la residencia de dos años y contra presentación de carencia de antecedentes penales y acreditación de medios de vida lícitos y útiles (más pago de la tasa correspondiente) se les prorrogará el beneficio con una nueva residencia temporaria de dos años. Cumplida la misma, y previa acreditación de idénticos requisitos a los que se presentaron para su otorgamiento podrán acceder a una residencia permanente.

Es programa regularizó unos 12 mil extranjeros¹⁹.

3.2. Regularización de nacionales provenientes del MERCOSUR

La Disposición 53253/2005 (BO del 15/12/05) establece el procedimiento para la regularización de nacionales provenientes del MERCOSUR ampliado, esto es: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela.

En un principio, el régimen preveía la regularización de solamente aquellos extranjeros que hubieran ingresado con anterioridad al 17 de abril de 2006. Mediante la Disposición 14.949/2006, se contemplan aquellos casos de migrantes llegados luego de dicha fecha.

De esta forma, se establecen dos categorizaciones, según la entrada del solicitante: (i) con anterioridad al 17 de abril de 2006 y (ii) con posterioridad a dicha fecha. La diferencia estriba en: a) ciertos requisitos (debiendo en el último caso presentar declaración jurada acerca de que cuenta con medios de vida lícitos y “útiles”), b) el tipo de residencia temporaria a otorgar (dos años en el caso de los primeros, noventa días para los segundos, que puede ser prorrogada por única vez por igual período). El primer requisito se basa en la presunción, dada por la permanencia del inmigrante llegado con anterioridad al 17 de abril de 2006, de que goza de medios económicos para vivir. Si el extranjero ingresado con posterioridad al 17 de abril de 2006 decide solicitar una residencia temporaria, la misma se otorgará por dos años (de ser resuelta favorablemente la petición); también es posible que se le otorgue directamente una residencia permanente.

En su versión original (sin la modificación), se establecía que podían iniciar el trámite aquellos extranjeros nativos de países del MERCOSUR ampliado que residieran de hecho en la fecha de

¹⁹ Exposición de motivos de la Disposición 53.253/05.

entrada en vigencia de la disposición. El trámite comprendía dos grandes supuestos: el primer comprendía (i) aquellos que eran padres, hijos o cónyuges de de argentino nativo o por opción, o bien, (ii) padre, cónyuge, hijo soltero menor de 21 años o hijo discapacitado de residentes permanentes; el segundo supuesto, a todos los no comprendidos en esta disposición.

Es de notar en este marco que la parte del programa destinada al segundo grupo se vio demorada hasta los funestos hechos del taller de la calle Luis Viale. Luego de estos, rápidamente se resolvieron los pedidos de inscripción de las instituciones colaboradoras y se puso en marcha el plan general. Unos meses después, se reformaría la Disposición original mediante la Disposición 14949/06, de diciembre de 2006.

Con esta modificación, todos los extranjeros nativos del MERCOSUR ampliado, con el solo requerimiento de haber ingresado al país con fecha anterior al 17 de abril de 2006, podrían iniciar los trámites para acceder a una residencia permanente con la sola presentación del formulario y documento de identidad o en su defecto, certificado de nacionalidad. Una vez completados estos pasos y procesados los datos (los formularios se cargaban por Internet), se otorgaba una residencia precaria. Además, la modificación de diciembre de 2006 terminó de organizar el trámite, dividiéndolo en etapas. La primera es la que referimos en el párrafo anterior: acreditación de identidad y obtención de la residencia precaria. La segunda etapa es aquella que corresponde a la presentación de la restante documentación (antecedentes, etc.)

Luego de presentados estos documentos, se le concederá al requirente una residencia permanente²⁰ o temporaria de dos años²¹. En los casos de otorgamiento de una residencia temporaria, la misma puede transformarse en permanente si el interesado presenta, con sesenta días de antelación al vencimiento de su residencia, tal solicitud, acreditando: (i) Carencia de antecedentes penales en la REPUBLICA ARGENTINA; (ii) Pago de la tasa correspondiente; y (iii) Declaración jurada de haber permanecido en el Territorio Nacional durante un lapso mayor al 50% del tiempo del beneficio otorgado.

²⁰ Se considerará residente permanente, según el artículo 22 de la ley de migraciones, “a todo extranjero que, con el propósito de establecerse definitivamente en el país, obtenga de la DNM una admisión en tal carácter. Asimismo, se considerarán residentes permanentes a los inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos y padres”. También se consideran tales a los hijos de argentinos nativos o por opción que nacieren en el extranjero.

²¹ Para esto rige el inciso (L) del art. 23 de la ley de migraciones: se consideran residentes temporarios a los ciudadanos nativos de Estados parte del MERCOSUR ampliado –aunque la norma sólo menciona expresamente a Bolivia y Chile–, los que tendrán autorización para permanecer en el país por dos años, con entradas y salidas múltiples.

En todos los casos, los extranjeros nativos de los Estados Parte del MERCOSUR y sus Estados Asociados, que sean titulares de una residencia temporaria vigente al momento de su renovación, cumplidos los requisitos correspondientes, podrán optar por:

- Mantener el beneficio migratorio concedido;
- Requerir la aplicación del criterio de "nacionalidad MERCOSUR" contemplado en el artículo 23 inciso 1) de la Ley N° 25.871, o
- Acceder a una residencia permanente si correspondiere. Para este caso se tomará en cuenta el tiempo de residencia legal transcurrido.

Asimismo, se dispone que cuando razones fundadas lo ameriten, la DNM podrá aplicar lo establecido en el presente artículo a aquellos extranjeros que sean titulares de una residencia temporaria que no se encuentre vigente al momento de su renovación

El trámite se rige actualmente por el Instructivo de trámites MERCOSUR (Disposición 2529/09), a la cual nos referiremos en las conclusiones; sin embargo, dicho instructivo no deroga esta disposición sino que incluso la refiere dentro del marco legal aplicable.

Ambos regímenes resultan comparados en el cuadro 2 del anexo.

De esta forma, para los nacionales del MERCOSUR la regularización ha sido simplificada, exceptuándolos de la presentación de diversa documentación. Lo interesante es que ningún certificado de trabajo es requerido (ni para los nacionales del MERCOSUR ni para los extra-Mercosur), con la salvedad de una declaración jurada, para los nacionales del MERCOSUR ingresados con posterioridad al 17 de abril de 2006 (esto es, casi cuatro meses después de la entrada en vigencia de la norma), en la cual manifieste medios de vida lícitos. El hecho de que este requisito no se solicite para los nacionales extra-Mercosur está dado por el hecho de que sólo podrán regularizar su situación los ingresados en esa categoría con anterioridad al 2004, con lo cual se presumen los medios de vida (por ello tampoco se exige a los nacionales MERCOSUR que hayan ingresado con anterioridad a abril de 2006).

La ausencia de este requisito es decisiva, por lo menos a nivel normativo, para abonar el discurso y los objetivos de la integración, no como mero aspecto laboral y complementario de la circulación de productos. En la misma disposición de regularización para los del Mercosur se indica “el objeto y fin de la norma” en ese sentido:

“... conforme el artículo 28 de la Ley N° 25.871, el principio de igualdad de trato no se considerará afectado por la posibilidad que tiene el Estado de establecer esquemas diferenciados de tratamiento entre los países que con la REPUBLICA ARGENTINA forman parte de una región, respecto de aquellos países que resulten terceros dentro del proceso de regionalización, priorizando las medidas necesarias para el logro del objetivo final de la libre circulación de personas en el MERCOSUR”

3.4. Régimen especial de regularización para nacionales bolivianos

Existe un procedimiento especial de regularización para nacionales provenientes de Bolivia “que comprenderá a los ciudadanos nacionales de la República de Bolivia que hayan sido víctimas de explotación laboral en talleres clandestinos de costura o establecimientos similares”, el cual data del 11/4/06 y cuya fuente material puede ubicarse, claramente, en el siniestro que tuvo como víctimas a un grupo de nacionales de Bolivia explotados en un taller textil de la Ciudad de Buenos Aires.

Luego de adoptado el mismo, el vice el vicedecano del gobierno de Bolivia, Mauricio Dofler, remarcó en una conferencia de prensa “su satisfacción ante el compromiso asumido por parte del Estado argentino de facilitar la regularización de los residentes bolivianos, cuyo papeles migratorios no están en regla...Agradecemos la colaboración de parte de los gobiernos nacionales y de Buenos Aires y su respuesta ante la tragedia”. Además, enfatizó su respeto a las leyes y la normativa que aquí rigen en materia laboral, de migraciones y de derechos humanos²².

Por su parte, en una reunión bilateral entre los Ministros de Relaciones Exteriores de Argentina y Bolivia, los Ministros coincidieron en que el programa “Patria Grande”, en el caso específico de los nacionales bolivianos, “es una herramienta invaluable para su participación activa, a través del voto en el exterior, en la construcción de una nueva institucionalidad en la República de Bolivia”²³.

La disposición en cuestión (DNM No. 19.954/2006), simplifica los trámites de regularización por cuanto el solo procesamiento por parte del Consulado permite que la DNM emita la residencia precaria. En primer lugar, se procede a la confección de un Registro abierto al efecto por el Consulado boliviano, el cual a su vez tiene a su cargo la carga de los datos requeridos en el sistema informático de la Dirección Nacional de Migraciones. Cumplido el cotejo de los requisitos solicitados: (a) Fotocopias del documento con el cual acredita identidad el extranjero;

²² “Acuerdan regularizar a inmigrantes”, Clarín, 12 de abril de 2004.

²³ “Taiana firmó con el Canciller de Bolivia una amplia Declaración Conjunta que profundiza las relaciones entre ambos países”, Comunicado de Prensa de la Cancillería argentina, 17 de octubre de 2006.

b) Dos fotos carnet del extranjero; c) Solicitud de inscripción firmada por firma autorizada del Consulado de la República de Bolivia y por el extranjero, la Dirección procede a la emisión de una credencial de residencia precaria, con los siguientes beneficios: (i) es gratuita y habilita a estudiar, trabajar, entrar, salir y permanecer en el país –conforme lo estipulado para todas las residencias precarias; (ii) el extranjero podrá tramitar su CUIL provisorio. Luego de presentada la restante documentación prevista en la normativa común de regularización, podrá accederse a una residencia temporaria o permanente, según corresponda. En esto sigue el trámite normal a los demás pedidos de residencia.

TERCERA PARTE. EL MARCO DE LOS DERECHOS HUMANOS

CAPITULO 1. DERECHOS HUMANOS: PODER Y REIVINDICACIÓN

“Durante los primeros días aquellos de nosotros que tenían práctica en matar pollos, y sobre todo cabras, jugaban con ventaja. Pero después todos nos acostumbramos a la nueva actividad y aprendimos cómo recuperar el retraso que llevábamos. El trabajo nos guiaba los brazos”. ¿Campesinos indios en un día cualquiera? No: la explicación de un protagonista sobre Ruanda, sobre “la temporada de matanzas” con machetes y otros instrumentos de labranza. 1994, en los albores del gran siglo tecnológico.

Los años noventa vieron una explosión de conflictos armados y disturbios importantes por todos sus frentes –“el estallido con que acabaron los años ochenta”- y luego del 911, “guerra preventiva” e “intervenciones humanitarias” mediante, el panorama parece derrumbarse, sobre todo para el papel del derecho internacional y, especialmente, de los derechos humanos. Timor Oriental, Sierra Leona, Afganistán, Corea del Norte, Angola, Sudán, Liberia, Chechenia, el Congo, Argelia, Kosovo, Iraq y siguen las firmas: el Tíbet, Irán junio 2009, China julio de 2009, muestran aquello de que “la negatividad moderna no se sitúa en alguna esfera trascendente, sino en la dura realidad que tenemos ante nosotros”¹.

El derecho internacional, la comunidad internacional y muy particularmente los derechos humanos tienen un asiento permanente en el banquillo de los acusados. Como claramente lo expone Pinto, “el conflicto armado en Iraq ha cuestionado el derecho internacional con mayor crudeza que cualquier otro suceso... se acabó el sistema internacional, se instaló el vale todo”². Esto tiene mucho que ver, sobre todo, con la íntima relación entre los derechos humanos y el Estado.

Justamente, la protección de los propios nacionales frente a sus Estados fue una cuestión que, hasta la aparición de los derechos humanos, quedaba bajo la discrecionalidad del Estado de que

¹ Hardt, Michel; Negri, Antonio, *Imperio*, Buenos Aires-Barcelona-México: Paidós, 2006. Traducción de Alcira Bixio, p. 54.

² PINTO, Mónica, *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.

se tratare: el derecho internacional sólo se ocupaba del trato dado a los extranjeros, como extensión de los Estados mismos.

Como lo expresa Pinto en la obra citada, “los Estados convenían en respetarse mutuamente en la persona de sus nacionales”. Amén de cuestiones políticas tales como la no injerencia en los asuntos de jurisdicción doméstica, existe también otro orden de justificaciones: si la población era un elemento constituyente de los Estados, ¿cómo podría éste atentar contra ella? Un Estado, en la teoría organicista, no amputaría uno de sus miembros, salvo, veremos, que se tratara de algo “infeccioso” o “anormal”.

1. CONFIGURACIÓN

El derecho internacional contemporáneo en materia de derechos humanos se halla, académicamente, en un estado consolidado y en constante expansión³; a nivel normativo, los instrumentos protectores se multiplican; políticamente, gozan de una amplia legitimidad⁴ y han sido receptados como la quintaesencia de la democracia⁵.

Históricamente -y principalmente desde los antecedentes de la *Bill of Rights* de 1776 y más aún, de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano-, el concepto de derechos humanos estuvo ligado a la necesidad de recocer ciertos derechos “inherentes” al ser humano como de sustraer, en consecuencia, ciertos derechos al arbitrio del poder público.

En este sentido, uno de los logros más notables de la Revolución Francesa puede resumirse en la famosa cláusula del artículo 16 que plasma el “contenido mínimo”⁶ de un Estado constitucional: división de poderes y garantía de los derechos. Haberle sintetiza las aportaciones de 1789 al tipo Estado constitucional, en particular: (i) el carácter escrito de las Constituciones; (ii) los derechos

³ Una de las discusiones modernas sobre los derechos humanos versa sobre la notable expansión (del uso) del término *derechos humanos*, tanto (i) para designar nuevos derechos (los llamados de *tercera* y *cuarta generación*), (ii) para reconocer nuevos sujetos (los pueblos), (iii) para reconocer derechos basados en la diferencia (homosexuales). Como referencia: Greppi, Andrea, “Los nuevos y los viejos derechos fundamentales”, en *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, 2002, pp. 179-201.

⁴ DONELLY (*Derechos humanos universales: en teoría y en la práctica*, México: Gernika., 1998) denomina “universalidad normativa internacional” a la amplia aceptación que tienen los instrumentos protectores, aunque la misma se refleje, lamentablemente, sólo en un nivel discursivo.

⁵ Véase: Declaración Americana, Art. XXVIII; Convención Americana, arts. 23 y 29.b; Carta Democrática Interamericana, especialmente arts. 3 y 7; en la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano (en especial, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87, *El hábeas corpus bajo la suspensión de garantías*, párrafos 20-26; Opinión Consultiva OC-9/89, *Garantías judiciales en Estado de emergencia*, párrafo 37) y en la doctrina (por ejemplo, GROS ESPIELL, Héctor, “La democracia en el sistema interamericano”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, 1997-1998, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 595-623).

⁶ Tomás y Valiente, Francisco, “Constitución”, *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, citado por Carbonell, “Estudio introductorio. Jellinek y la Declaración Francesa de 1789”, en Jellinek, Georg, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Traducción de Adolfo Posada, México: IIJ-UNAM, 2003.

fundamentales del individuo como derechos innatos e imprescriptibles del hombre; (iii) las declaraciones o tablas de derechos humanos en su conjunto, así como también derechos individuales: sus ámbitos de protección y funciones⁷.

Sin embargo, la noción de universalidad que imbuía al individuo de aquella declaración distaba aún de abarcar a los sujetos que no contaban como tales en los planos económico y político; así, Jellinek reconoce que “merced a la Declaración de los Derechos es como se ha formado con toda amplitud, en el derecho positivo, la noción, hasta entonces sólo conocida en el Derecho Natural, de los *derechos subjetivos del miembro del Estado* frente al Estado todo”⁸. Aunque pueda afirmarse que “la proclamación de los *derechos humanos* durante la Revolución francesa significó, por el contrario [en comparación con la Declaración de Virginia], casi literalmente que todo hombre, en virtud del nacimiento, se había convertido en titular de ciertos derechos”⁹, el “hombre” con derechos inherentes era no sólo el Hombre sino mayor, europeo, blanco y burgués.¹⁰

Estas nociones constituirían la antesala inmediata de la concepción actual de derechos humanos y que, como producto de la modernidad¹¹, dejaría entre sus características fundamentales:

(i) ejercicio frente al Estado, a la vez que, como resultado de su posición única y todavía preponderante, es también él quien debe respetar y garantizar tales derechos, de allí que el sistema sea estatocéntrico;

(ii) consolidación de la protección de los derechos civiles y políticos en desmedro de los económicos, sociales y culturales (con la siempre notada salvedad de la consagración del único derecho económico, la propiedad privada), una división derivada de la disposición de ciertas relaciones de poder en aquél momento sin el “real” trasfondo en derecho que pretendió imputárseles –pues las pretendidas distinciones en base a las obligaciones del Estado no fueron más que una justificación jurídica de la división- que resultaría cara a la protección de aquellos etiquetados como de “segunda generación” (económicos, sociales y culturales);

⁷ Haberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, citado por Carbonell, ob. Cit., p. 25.

⁸ Jellinek, ob. Cit, p. 82. (énfasis agregado).

⁹ Arendt, Hanna, *Sobre la revolución*, Madrid: Alianza Editorial, 2004, p. 199.

¹⁰ Raffin, Marcelo, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y postdictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 2.

¹¹ En un sentido histórico, la modernidad es sinónimo de capitalismo: “es la consagración del Estado moderno con sus principios de Estado de derecho, libertades públicas y separación de poderes. Es el despliegue más exacerbado de la revolución en la industria y de la entronización de la mercancía” (Raffin, Marcelo, “La modernidad como problema”, en Marcelo Raffin (comp.), *El tiempo-mundo contemporáneo en la teoría social y la filosofía. Problemas en clave transdisciplinaria*, Buenos Aires: Proyecto Editorial, 2006, pp. 11-20.

(iii) la verborragia legisferante y la positivación de los derechos humanos,

(iv) el reconocimiento del individuo en el plano internacional como sujeto “derivado” y no “originario”, con capacidad restringida. Impregnados de una concepción liberal, capitalista y formada bajo la égida de los Estados nación, los derechos humanos experimentan con la desconfiguración del orden mundial y de tales unidades territoriales los interrogantes más profundos de su existencia.

El orden inter-nacional post-westafaliano (1648) y el derecho internacional público clásico naciente determinarían que, con el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (1945/48), el único sujeto activo en una violación de derechos humanos sería el Estado, y también el único garante de estos derechos.

Lo más notorio es que incluso hoy –globalización y desconfiguración del orden o sistema internacional mediante- todavía nos encontramos discutiendo las posibilidades de erigir nuevos sujetos pasivos de las obligaciones en derechos humanos, bregando por el verdadero reconocimiento de la interdependencia de los que fueron llamados “derechos de primera generación” con los de “segunda” y modificando reglamentos en la mejor manera posible para permitir el pleno acceso de la persona humana a las instancias internacionales de protección.

En esta evolución, las convulsiones del inicio del siglo XX y sus largas consecuencias fueron un parteaguas, “el otro extremo del proceso de internacionalización de los derechos humanos y el surgimiento de la noción misma de estos derechos”¹². Los sistemas actuales de protección internacional de los derechos humanos comienzan como un deber, asumido por las Naciones Unidas, de promover el respeto de los derechos humanos como uno de los medios para garantizar la paz y la seguridad internacionales¹³; tres años más tarde, reconoce la importancia de su protección por un régimen de derecho en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DU, 1948), lo que origina ciertas resoluciones de la Asamblea General que instituyen lo que se denomina “sistema universal no convencional”¹⁴.

¹² Raffin, *La experiencia...*, ob. Cit., p. 23.

¹³ En la Carta de las Naciones Unidas las referencias a los derechos humanos se encuentran en la fe reafirmada en “los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana” (preámbulo), en los propósitos de la organización (art. 1.3), en las funciones de la Asamblea general (art. 13.1.b), en la consagración de la promoción general del respeto a los mismos con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas entre las naciones (art. 55.c), en las facultades del Consejo Económico y Social (art. 62.2 y 68) y en general, en todas las competencias relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (por ej., art. 99).

¹⁴ En líneas generales, la Resolución 1503 (1970) instituyó un procedimiento ante la Comisión de Derechos Humanos (órgano subsidiario de Naciones Unidas) para examinar denuncias individuales de violaciones de derechos humanos. Sin embargo, estas quejas individuales sólo son tomadas en tanto permiten verificar la existencia de una

Para reforzar la nota de universalidad consagrada en la Declaración Universal, los Pactos de 1966 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CA) especifican que los derechos en ellos contenidos deben garantizarse “a todos los habitantes que se hallen bajo jurisdicción” del Estado, sin discriminación por motivos de origen nacional, entre otros. Este reconocimiento, dado ya en 1945, resultó fundamental en el marco de la lógica de los Estados desmembrados por la Segunda Guerra Mundial para proteger tanto apátridas como nacionales perseguidos por el ente que garantizaba, hasta ese momento, su protección a nivel internacional.

A raíz de la adopción de estos Pactos en 1966 y el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se instituye el primer sistema convencional universal por el cual un individuo podía acudir, subsidiariamente, a la instancia internacional. Este reconocimiento, entonces, significó un hito importante en un sistema clásicamente basado en la igualdad soberana de los Estados y la consecuente formulación del principio de no injerencia en sus asuntos internos¹⁵; considerar que a nivel internacional las personas habían dejado de ser meros objetos de la política interna de cada Estado para empezar a ser contemplados como sujetos -con posibilidad de reclamar por la violación de sus derechos por parte del Estado bajo cuya jurisdicción se hallase-, significó una importantísima limitación para la soberanía estatal.

2. DEFINICIÓN, CARACTERES Y DATOS DE SU CONTEMPORANEIDAD

La práctica seguida en consecuencia y el enorme consenso logrado en torno a tal universalidad y sobre los derechos que son considerados “humanos”, dan lugar a lo que puede identificarse como “universalización” del concepto. Así, RABOSI, por ejemplo, se refiere al *fenómeno* de los Derechos Humanos, queriendo con ello significar que han alcanzado tal dimensión planetaria que es difícilmente reversible en el plano normativo¹⁶.

situación de violación manifiesta de derechos humanos en el Estado denunciado (al respecto, pueden consultarse las obras de PINTO, citadas). Actualmente, esta Comisión ha sido reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos. El pronóstico sobre si éste podrá superar los obstáculos políticos de la comisión todavía es reservado.

¹⁵ En el derecho internacional público clásico, los sujetos originarios del mismo eran los Estados, soberanos y con capacidad plena. Principios como el de no injerencia en los asuntos internos y el de igualdad soberana de los Estados, plasmados incluso en la Carta de las Naciones Unidas, ponía de manifiesto el marco de coordinación y de no subordinación en el cual se desenvolvían sus relaciones (GUITIERREZ POSSE, Hortensia (2005), *Guía para el conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: La Ley; BARBOZA, Julio ([1999] 2003), *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Zavalía). Tras la Segunda Guerra Mundial, se tomó conciencia que ese concepto de soberanía no podía sostenerse cuando se producían sucesos dentro de un Estado que podían poner en riesgo la paz y la seguridad internacionales (Kawabata, 2005).

¹⁶ Rabbosi, Eduardo, “Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°. 7, 1990, pp. 175-192.

En palabras de Muguerza, “nunca como antes parecen haber gozado los derechos humanos de un grado de reconocimiento jurídico comparable a escala planetaria”¹⁷. Esta “cultura de los derechos humanos”¹⁸ erige un sistema de valores básicos que marcan los criterios “de lo que debe ser respetado en cualquier caso y en cualquier tiempo o lugar, de lo que a estas alturas del siglo XX, es indiscutible y no negociable”¹⁹, “algo así como un hecho incontrovertible”²⁰. Constituyen, desde la perspectiva de Camps, una instancia desde la cual son criticadas las prácticas que sabemos son “universalmente inhumanas”.

Para otros, “el concepto de derecho humano... es una modalidad específica del concepto moderno de derechos subjetivos y por consiguiente un concepto jurídico... aquello que les confiere una pertenencia a los derechos morales no es su contenido, ni menos aún, su estructura, sino el sentido de su validez, que supera el orden jurídico de los Estados-Naciones”²¹. Por su parte, NAGEL encuentra la conexión en el estatus moral tan básico que funda la apelación a los derechos humanos “cuyas características puedan ser invocadas sin tener que considerar en detalle las circunstancias más generales de la situación”²².

“Los derechos humanos son aquellos que ostenta el ser humano en cuanto tal” es la afirmación más obvia para mostrar que aseveraciones tales como “pertenencia a la persona humana”, “tutela de la dignidad humana” son igual de tautológicas. Sin embargo, es el camino más corto para explicar claramente su *ratio* y los caracteres con los que nacieron estos derechos: universalidad, progresividad (lo cual significa también prohibición de regresividad), expansividad, interdependencia, supraestatalidad.

¿Qué significa, en definitiva, hablar de “derechos” y de “humanos”? En cuanto derechos, (i) son una categoría especial que tutela una dignidad realizable (en un mínimo) a través de ellos (Donelli²³; Gros Espiell²⁴); (ii) por tanto, no pueden ser negados por la sociedad ni por el Estado: no dependen de una concesión de los poderes constituidos, lo cual determina su irreversibilidad; (iii) constituyen el recurso final en el dominio de los derechos: no existe apelación a derechos

¹⁷ Muguerza, Javier, “La alternativa del disenso”, en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coord.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Debate, 1989, p. 19.

¹⁸ GUARIGLIA, Osvaldo, *Una ética para el siglo XXI. Ética y Derechos Humanos en un tiempo posmetafísico*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001.

¹⁹ CAMPS, Victoria, *Paradojas del individualismo*, Barcelona: Crítica, 1999, p. 50.

²⁰ Muguerza, ibídem.

²¹ Habermas, Citado por Melkevik, MELKEVIK, Bjarne, “El derecho cosmopolita: la reactualización habermasiana”, en *Revista Derechos Humanos*, 1 (1): pp. 221-238. (Centro de Estudios e Investigación en Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, Rosario), p. 225.

²² NAGEL, Thomas, “Los derechos personales y el espacio público”, en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona: Gedisa, 2004, p. 50.

²³ DONELLY, ob cit.

²⁴ GROS ESPIELL, Héctor, “La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en *Dignidad humana*, Uruguay: Cátedra UNESCO de Derechos Humanos, 2003, pp. 9-33.

más elevados o lo que es lo mismo, se recurre a ellos justamente por faltar derechos positivos ejecutables.

Es por ello que los derechos humanos “no sólo expresan aspiraciones, propuestas, pedidos o ideas encomiables, sino exigencias de cambio social basadas en derechos”²⁵, un “tramo sustantivo de la lucha de clases”²⁶. El reconocimiento de estos atributos es uno de los significados de su universalidad: la independencia de los órdenes jurídicos internos implica también un impedimento para cualquier eventual intento *legal* de derogarlos o retrotraer el grado de su reconocimiento, y así llegamos a su formulación según la cual “son una especie de [...] derecho de excepción para quienes no tenían nada mejor en que apoyarse”²⁷.

Aunque no hay una definición unívoca, las más conocidas receptan estas facetas en mayor o menor medida; la pluralidad existente de definiciones es testimonio de la dificultad, de poner límite a un campo en constante evolución, de definir algo tan multidisciplinario como el ser humano mismo, al punto que se afirma que “la idea de los derechos humanos concierne al sujeto, se apoya en él y lo aprisiona o mejor dicho, más bien a la inversa. Las bases y el *substratum* de los derechos humanos se apoyan en una cierta construcción del sujeto...”²⁸

Entre las varias, entonces, definiciones existentes, posiblemente una de las más logradas sea la del Prof. Pérez Luño, quien escribe que los derechos humanos constituyen **“un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”**²⁹.

Es Muguerza quien resume los méritos de la misma: no es tautológica, no es formalista (del tipo “los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado”), y tampoco pretende ser teleológica (“los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social o para el desarrollo de la civilización”)³⁰.

²⁵ Donnelly, ob. Cit., p. 31.

²⁶ Barcesat, “Fundamentos filosóficos y teóricos de los derechos humanos en democracia (año 1987)” en Barcesat, Eduardo, *derecho al derecho. Democracia y liberación*, Buenos Aires: Fin de siglo ediciones, 1993, p. 92.

²⁷ H. ARENDT, según cita y traducción de LAFER (LAFER, Celso, *La reconstrucción de los Derechos Humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p.146). El artículo citado se titula “The rights of Man, what are they?”, en *Modern Review*, Nueva York, verano de 1949.

²⁸ Raffin, “La experiencia del horror...”, ob. Cit., p. 2.

²⁹ Citado por Muguerza, ob. Cit., p. 21, énfasis por Muguerza.

³⁰ Aunque Muguerza no está tan seguro de que pueda haber escapado a este último cargo: <<no acabo de ver que la “dignidad”, la “libertad” y la “igualdad” sean valores menos susceptibles de interpretaciones diversas, ni menos

La discusión que sigue a dicha definición es interesante por cuanto Pérez Luño le atribuye el conjugar dos grandes dimensiones, el iusnaturalismo y el iuspositivismo, al reconocer las “exigencias de la dignidad” pero imponer el deber de positivización; recordemos aquí que según la primera vertiente y a grandes rasgos, los derechos son simplemente reconocidos o “descubiertos” y según la segunda, son otorgados por el Estado.³¹ Y lo interesante, decíamos, es aquella apreciación del comentarista según la cual “la presuposición de que valores como la dignidad, la libertad o la igualdad son exclusivo patrimonio de la tradición iusnaturalista”,³² quita un poco de peso, en nuestra visión, a la tradicional y devenida absurda dicotomía iusnaturalismo/iuspositivismo. En resumidas cuentas, sigue diciendo, tales “exigencias” son “*exigencias morales*”, “añadiendo que pasarían a merecer de pleno derecho la denominación de *derechos humanos* una vez superada la reválida de su reconocimiento jurídico”³³.

Primero, sobre la definición rescatamos la conveniencia de receptar las referencias a “en cada momento histórico” y las “exigencias”. La primera apreciación entra de lleno en uno de los puntos medulares: ampliación del catálogo y de progresividad tanto de la dimensión jurídico instrumental como de la jurídico institucional, avala el reconocimiento (incluso a veces excesivo) de nuevas “generaciones” de derechos, avala los parámetros de la interpretación de los instrumentos de derechos “acorde a los tiempos”, etc. En cuanto a “exigencias”, serán aquellas “necesidades” de las “condiciones de existencia social” a las que se referiría Barcesat pocos años después como “necesidades humanas socialmente objetivadas”, el sustrato material de los derechos humanos³⁴.

Segundo, nos referiremos a un aspecto de la positivización de la norma en derechos humanos. El asunto de la relación entre la norma en derechos humanos tiene además una faceta adicional, imbuida y resultante del “patrón tradicional de violaciones” que constituye la pregunta clásica del primer día de una clase cualquiera sobre derechos humanos: porqué se siguen violando si son tan inherentes, esenciales, innegables, etc. La brecha entre la norma en derechos humanos y su efectividad es más alarmante en este campo del derecho que en cualquier otro; no podría tratarse de un desconocimiento, de un error de hecho o derecho, ni siquiera de un eufemístico

controvertidas, que “el perfeccionamiento de la persona humana”, “el progreso social” o “el desarrollo de la civilización”, si bien, los creo bastante más fundamentales que éstos últimos desde un punto de vista ético>>

³¹ Una definición positivista de los derechos humanos es provista por Peces-Barba: “facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en unja comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción”.

³² Muguerza, ob. Cit., p. 22.

³³ Muguerza, ob. Cit., p. 24.

³⁴ Barcesat, ob. Cit., p. 79-80.

menoscabo, términos que parecen tibios ante lo que no es sino graves *violaciones* y donde el uso de este último término ni siquiera termina siendo una mera opción terminológica.

La connotación positiva derivada de referirse o incluso etiquetar una cuestión como de derechos humanos³⁵ o específicamente, como “violación” de derechos humanos tiene una carga importante; como reconoce Tomasevski, en tanto llamar "violación" a un pacto roto tiene un inmenso poder movilizador.³⁶

Finalmente, la función “reivindicadora” que normalmente se asigna a estos derechos, a diferencia de lo que opina Pérez Luño, creemos que no consiste en “promover e incentivar el proceso de positivización y garantía procesal de los derechos fundamentales”. Sí, la reivindicación forma parte hasta del contenido semántico de los derechos humanos: no se trata sólo de la praxis, ni de la acción política. Se imbrica en su formación histórica, son plásticos en la medida en que van siendo utilizados, al mismo tiempo, por distintos actores y no actores que quieren subir al escenario.

Cuando Arendt afirmaba que se trata de una especie de derecho de excepción para los que no tenían nada mejor a lo que recurrir o Donnelly cuenta con que constituyen el recurso final en el dominio de los derechos, pusieron en primer plano un contenido del cual hoy sólo se opera en la dimensión fáctica: sólo se habla de derechos humanos en desmedro de lo-que-se-dice. La instancia de crítica, pero también la capacidad de cambio.

³⁵ Es el profesor Rebolledo Gout quien afirma “que la magia de las palabras Derechos Humanos ha sido y es un escudo formidable no sólo contra los violadores de esos derechos sino contra los escépticos y los críticos” (ob. Cit., p. 173).

³⁶ TOMASEVSKI, Katarina, *El asalto a la educación*, Barcelona: Intermón Oxfam, 2004.

CAPÍTULO 2. CARACTERES DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos tienen ciertos caracteres definitorios; en virtud del desarrollo progresivo que caracteriza al derecho internacional general, muchos de ellos se han convertido en Principios del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Veremos unos y otros por separado.

1. INHERENTES O INNATOS

La Declaración francesa no se refiere a los derechos “inherentes” del Hombre; sí a “naturales”, “inalienables”, “sagrados”, “imprescriptibles”. La Declaración Americana se refiere a derechos “esenciales” (igual que la CA), la Declaración Universal a derechos “iguales e inalienables”, “fundamentales”. Sin embargo, la característica de inherencia de los derechos humanos está presente en la referencia a que los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (art. 1 DU; Preámbulo DA), permaneciendo así (Declaración francesa, art. 1), ya que no nacen los derechos como consecuencia de ser nacional de un Estado “sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana” (preámbulo CA) o bien, se derivan de “la dignidad inherente a la persona humana” (Preámbulo, PIDCyP). Según la OIT, los derechos humanos son inherentes “porque son innatos a todos los seres humanos sin distinción alguna, pues se asume que nacemos con ellos. Por tanto, estos derechos no dependen de un reconocimiento por parte del Estado”.

Justamente, la característica de inherencia apunta a distinguirlos de los derechos legales o constitucionales, creando un orden superior que estaría más allá de la voluntad del Estado de reconocerlos u otorgarlos y que por tanto, los vuelve inderogables (de allí derivaría la garantía de ser un piso mínimo), imposibles de ser desconocidos por los Estados (“inviolabilidad”) o más bien, negados.

Por otro lado, cuando se refiere que los derechos humanos son propios de todo ser humano, la Corte IDH ha señalado que esta capacidad de goce de derechos es inherente a la persona humana y constituye una regla de *ius cogens*¹. Según Nikken, “la circunstancia de que determinados derechos sean proclamados internacionalmente como inherentes a la persona humana constituye un término de referencia objetivo basado en patrones universales”².

¹ Corte IDH, OC-17/03, párrafo 15.

² Nikken, “El derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas de Caracas*, num. 72, 1989.

Sin embargo, el asunto de la inherencia ha traído algunos comentarios determinantes incluso para las posibilidades de acción de los derechos humanos. No pocos señalan que anula el reconocimiento de estos derechos como históricos y políticos: García Méndez es muy claro al respecto cuando señala que “la concepción de los derechos humanos como derechos inherentes a la persona humana ha contribuido, decisivamente, a una visión idolátrica y ahistórica de derechos que, de forma evidente, resultan históricos y contingentes”³. Por otro lado, cuando Arendt cuando destaca que pese a ser inherentes fueron avasallados, hoy esta visión idolátrica tiene muchos seguidores, sobre todo para cuestionar su eficacia: cuando los derechos humanos son los derechos de los que no tienen derechos por estar excluidos de la comunidad política, ya no son útiles y “se dan a los pobres”⁴; como si valieran, como ya hemos dicho, sólo en su dimensión de eficacia, o como si ésta fuera posible por la invocación mágica de los derechos humanos.

Creemos por el contrario que la inherencia ancla los derechos humanos en los avatares de la noción de ser humano; no impide el desenvolvimiento de otras necesidades sociales, históricas. Si los derechos humanos son inherentes al ser humano, este no puede ser tal sin aquella titularidad, se trataría de una relación necesaria expresada a través de la “inherencia”. Piénsese por ejemplo en el derecho inherente que tiene el ser humano ciudadano a votar y ser elegido, o a la seguridad social, o al progreso científico (por no mencionar otros relacionados con las nuevas tecnologías o la información, consagrados en el ámbito europeo por ejemplo): es claro que el concepto de inherencia también es histórico y está marcado por lo que se entiende que debe ser inherente, con todo lo que ello conlleva, según las necesidades socialmente objetivadas.

Además y como de alguna manera lo señala Cançado Trindade, la idea de inherencia remite también a la necesidad de que los derechos humanos “sigan” a la persona en sus desplazamientos⁵; se trata entonces de derechos que están atados a los avatares del desenvolvimiento del ser humano en más de un sentido, atravesando fronteras físicas, históricas.

Claro que no podemos desconocer que, en este seguir los avatares del desarrollo de la persona, nos enfrentamos con al menos dos problemas: (i) el cambio en la centralidad, en el paradigma que sitúa en su centro al ser humano (la muerte del Hombre, por ejemplo, o el triunfo de algún sistema de ideas cyborg; (ii) sin desplazar al ser humano, sino que por el contrario, abarque cada vez más nuevas necesidades, supuestamente igual de inherentes, que es a lo que apuntábamos al

³ García Méndez, “Origen, sentido y futuro...”, ob. Cit., p. 8.

⁴ Žizek, ob. Cit., con cita de Ranciere.

⁵ Cançado Trindade, “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, *Revista Lecciones y Ensayos* nro. 78/2003: pp.71-116 Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

señalar el asunto de la multiplicación de derechos humanos; así, no falta quien hable de un desfachatado “derecho humano al consumo”. Cuando Fernández García plantea el concepto de derecho humano como “exigencia ética” independiente de “*de cualquier contingencia histórica o cultural, característica física o intelectual, poder político o clase social*”⁶ está tratando de conjurar una nueva experiencia del horror, algún eventual momento donde “de repente” el ser humano se vuelva descartable.

2. IMPRESCRIPTIBLES O VITALICIOS

La imprescriptibilidad viene a los derechos humanos ya desde la Declaración francesa. Los derechos humanos serían imprescriptibles porque “no se adquieren o pierden por el paso del tiempo”⁷, por más que no se ejerzan.

Sin embargo, esto es una característica de los derechos humanos y no de su regulación procesal como derechos. Con esto quiero decir que la ley puede reglamentar ciertos derechos teniendo en cuenta el paso del tiempo: el derecho a la propiedad privada se pierde por su no uso; el derecho a ocupar un cargo público se pierde si en determinado lapso dicho cargo no es asumido. En otro sentido, las prestaciones especiales a que se es acreedor durante la niñez se “pierden” por el paso del tiempo, ya que es el tiempo el que saca a la persona de la categoría específica de protección.

La imprescriptibilidad también es limitada por normas procesales para el reclamo de violaciones por derechos humanos, en términos generales, con excepciones tales como la imprescriptibilidad de las acciones por crímenes de lesa humanidad o el crimen de genocidio e incluso, puede argumentarse la inadmisibilidad de “las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”⁸.

Una formulación positiva de “no prescribir” puede encontrarse en la referencia a “vitalicios”: se tendrían desde el nacimiento de la persona como tal (concepción, nacimiento) y hasta su muerte. Esto sería así incluso en aquellos casos en que se tutela la “dignidad del cadáver”, ya que no se trataría propiamente de preservar la dignidad de la persona humana fallecida sino más bien, la de sus supervivientes.

⁶ Fernández García, Eusebio en “*Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*”, Madrid: Debate, 1984, p. 107.

⁷ García Becerra, *Teoría de los Derechos Humanos*, Sinaloa: Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991, p. 20 a 23

⁸ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafo 116; Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafo 150.

3. INVIOLABLES

La característica de inviolabilidad suele ser referida de formas diversas: (i) el Estado no puede violarlos, (ii) el orden legal no puede desconocerlos; (iii) se trata de derechos absolutos.

Por la primera, se entiende que el Estado no puede, *legítimamente*, menoscabarlos; el Estado no puede vulnerarlos sino sólo penetrar limitadamente.⁹ Para hacerlo, hay incluso una serie de requisitos, ya que los límites a los derechos deben basarse en una ley, emanada del Congreso legítimamente constituido, responder al bienestar general, etc. A esto apuntaría la segunda característica, y es que el orden legal, al reglamentarlos, no puede desconocerlos, o sea, reconocerlos en menor medida que la prevista en el instrumento internacional, o restringirlos irrazonablemente. Hay parece una segunda acepción, que tiene que ver con su “necesidad”. Manili apunta los derechos humanos como “necesarios”, en el sentido de necesidad jurídica: es ineludible su reconocimiento por el orden jurídico¹⁰. Creemos en este punto, como ya lo hemos dicho antes, que **el reconocimiento por el orden jurídico es sólo una técnica jurídica dirigida a su protección que no está relacionada con ningún carácter definitorio de los derechos humanos.**

Una tercera acepción referiría la inviolabilidad como derecho “absoluto”. Ello querría decir que primarían sobre otros derechos, más no que no pueden ser reglamentados: incluso esta reglamentación debe tener en cuenta el carácter de *ius cogens* que exhiben algunos derechos humanos. Otros definen que son “absolutos” porque su respeto se puede reclamar indeterminadamente a cualquier persona o autoridad¹¹, lo cual referiría en verdad a su “universalidad”. Creemos por esto que definir los derechos humanos como “absolutos” se presta a confusión, aunque algo de eso hay cuando se designa una cuestión como de derechos humanos: la cuestión deja de ser negociable, de ser política para volverse intransigente. Como señala Ignatieff, la introducción de la variable “derecho” no es un triunfo sino todo lo contrario: más que resolver la cuestión, apareja el riesgo de que se vuelva irreconciliable.¹²

Finalmente, lo que quiere referir esta característica es que la persona humana es en sí inviolable, y en consecuencia tales son los derechos de los cuales no puede deshacerse sin dejar de ser humana; no quiere decir esto que no ocurran de hecho menoscabos, violaciones etc., sino que

⁹ Corte IDH, OC 6-86, párrafo 21.

¹⁰ Manili, Pablo, “La difícil tarea de elaborar un concepto de derechos humanos”, *Manual digital de derechos humanos*. Disponible en: http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/a_1.2.html [Consultado el 20-06-2010].

¹¹ Mariblanca Staff Wilson, “Mujer y derechos humanos” (1998) - <http://www.derechos.org/koaga/viii/staff.html> [Consultado el 20-06-2010].

¹² Cfr. Ignatieff, Michel, *Human Rights as politics and idolatry*, Princeton: Princeton University, 2001.

incluso en dichos casos, tales actos no la privan de su entidad de persona. Estos menoscabos y violaciones, lejos de refutar “la norma”, no han más que poner en primer plano la necesidad del reconocimiento de derechos humanos.

4. INALIENABLES, IRRENUNCIABLES

Es otra de las consecuencias de la característica reconocida como “inherencia”. Corolario del hecho de que sean “inherentes” a la persona (en virtud de su dignidad inherente) y que como tales, no puedan ser violados so pena de desconocer a la persona humana misma en su carácter de tal, se sigue que no pueden ser alienados ni renunciados. Señala Laporta que por “inalienables” se ha referido la doctrina mayormente a señalar derechos que no pueden arrebatarse o ser sustraídos de la persona de su titular.¹³

Son inalienables porque no pueden ser objeto de negocios jurídicos: no pueden ser transferidos ni renunciados, ni tampoco negociados. Además, “no deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales. Por ejemplo, se puede restringir el derecho a la libertad si un tribunal de justicia dictamina que una persona es culpable de haber cometido un delito”¹⁴.

Propiamente, los derechos humanos no pueden suprimirse: lo que no “debería suprimirse” es su ejercicio. Cuando en las cláusulas de suspensión por motivos de guerra u otro peligro público se dispone que los Estados pueden adoptar disposiciones que “suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención” (art. 27.1 CA) y aunque el artículo 27.2 se refiera a ciertos derechos que no pueden ser suspendidos, de lo que se trata en realidad, como lo indica el título, es de una suspensión de las garantías, y sólo durante el tiempo estrictamente necesario. ¿Se refiere a las garantías procesales, a la disposición de recursos judiciales?

Como lo dirá la Corte IDH en sus opiniones consultivas 8 y 9, estos recursos deben seguir vigentes durante el Estado de emergencia pues es la única forma de controlar la legalidad de la suspensión en el ejercicio de ciertos derechos. A lo que refiere, en realidad, es a una suspensión de las obligaciones de garantía a cargo de un Estado, y en sentido estricto: respecto de ciertos derechos susceptibles de ser suspendidos en su ejercicio, el Estado puede durante ese tiempo no estar obligado por los compromisos asumidos en virtud de la Convención. Esta posibilidad lo liberaría de eventuales sanciones por lesión a los derechos en el plano internacional (aunque no

¹³ Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, n° 4, 1987. Universidad de Alicante.

¹⁴ Naciones Unidas, según caracterización disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx> [Consultado el 20-06-2010].

evitaría la posibilidad, por supuesto, de llevar el planteo a instancias internacionales) aunque no a nivel nacional sin infringir normas internas en el ejercicio de esta “suspensión”.

5. INDIVISIBLES, INTERDEPENDIENTES

La interdependencia de los derechos humanos puede resumirse en la frase de Ziegler según la cual una persona que pasa hambre no puede comerse su papeleta de voto: esto implica sostener que no es posible ocuparnos sólo de la eficacia de los derechos de “primera generación” en desmedro de los económicos, sociales y culturales, sino que unos y otros deben desarrollarse al unísono. Para otros, la indivisibilidad implica justamente la imposibilidad de desconocer, por ejemplo, los derechos civiles y políticos, con el supuesto propósito de lograr la vigencia de los económicos sociales y culturales o viceversa¹⁵. Indivisibilidad e interdependencia también significa que la privación de un derecho afecta también a los demás, ya que los derechos humanos constituyen un todo sistemático en el cual cada derecho se relaciona y complementa con los demás

En suma, universalidad, interdependencia y complementariedad son los esfuerzos para superar la compartimentación en dos tratados y en dos presuntas “generaciones” de derechos.

García Méndez hace ciertas observaciones a estos caracteres que no pueden ser pasadas por alto, al señalar que “el tan mencionado, poco analizado y superficial, carácter <<indivisible>> e <<interdependiente>> de los derechos humanos funcionó de hecho...como un elemento relativizador de la prioridad de los derechos políticos”.¹⁶

En este sentido, observábamos en el primer capítulo de esta parte los avatares de las generaciones de los derechos humanos, leídos como la lucha de los derechos económicos, sociales y culturales para posicionarse como “verdaderos derechos”.

Sin embargo, lo que rescata García Méndez es la pasividad, el “consenso por agregación” con que aparece la relación entre los derechos civiles y políticos y los DESC: “de modo similar al carácter mágico de la indivisibilidad, el carácter interdependiente de los derechos humanos, que afirma la igual importancia y homogeneidad de ambos, ha servido para suprimir, tildándolo de anacrónico, cualquier debate sobre la eventual prioridad de uno u otro tipo de derecho”¹⁷. Específicamente, deja expresada su sospecha acerca de la negativa a aceptar hoy la prioridad de los derechos políticos mediante la afirmación de que todos son prioritarios: ella “ha provocado,

¹⁵ Manili, Pablo, ob. Cit.

¹⁶ García Méndez, “Origen, sentido y futuro...”, ob. Cit., p. 10-11.

¹⁷ García Méndez, ob. Cit., p. 11.

en los países del Sur, un aumento de las violaciones a los derechos políticos, al mismo tiempo que no ha provocado ningún avance significativo en el campo de los derechos económicos y sociales”.

Estas genuinas dudas del autor van de la mano con algo que también él señala y que hemos referido en el capítulo general sobre derechos humanos: la multiplicación de los derechos señalados como humanos; cuando todo pasa a ser derechos humanos, cuando todo es prioritario, nada lo es. Aumentar cada vez su dimensión cuantitativa y fusionar derechos políticos con derechos económicos y sociales que quizás convendría mantener en el plano de lo político afirmando que ambos son igualmente importantes “constituye una forma sutil de confirmar la prioridad real de aquellos derechos cuyo incumplimiento no genere fuertes tensiones políticas con los Estados”.

6. COMPLEMENTARIEDAD

La característica de complementariedad en derechos humanos puede ser leída: (i) en relación derechos-deberes; (ii) en relación derecho internacional-derecho interno, y un tercer aspecto tiene que ver con (iii) la convergencia de los distintos regímenes de protección de la persona humana.

El primer aspecto se refiere específicamente a las obligaciones (deberes, miradas desde la moral) que genera el derecho internacional de los derechos humanos como complemento de los derechos reconocidos, obligaciones generales *erga omnes* y específicas (concretadas en respetar, garantizar, etc.) de los Estados, a los cuales nos referiremos en el capítulo sobre obligaciones de los Estados.

El segundo aspecto es el más usual al hablar de “complementariedad”. En términos generales, el DIDH es complementario del derecho interno¹⁸: de allí que haya órganos verificadores y que se otorgue primacía al orden interno a través del agotamiento de los recursos internos, salvo excepciones¹⁹.

¹⁸ Nikken, *El derecho internacional de los derechos humanos*, Revista de la Universidad central de Venezuela, 1989 nro. 72, pp. pp. 15-52, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela / Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.*-- Caracas, 72 (1989).

¹⁹ Es de notar que la complementariedad no es uniforme para las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, sino que se determina en cada caso. Así por ejemplo, los tribunales internacionales ad hoc tales como los de Nuremberg, Tokio, Ruanda y ex Yugoslavia preveían la preeminencia de la jurisdicción internacional frente a la interna; para el caso de controversias en tratados bilaterales de inversión, la cuestión del agotamiento de los recursos internos está relativizada.

Normalmente, la preeminencia de la jurisdicción internacional se garantiza a través de una serie de pautas procesales que incluso han alcanzado el rango de principios generales del derecho internacional, tal como la regla del agotamiento de los recursos de jurisdicción interna. Sin embargo, es un lugar común en esta misma regla el dar lugar a ciertas excepciones que privilegian la protección del individuo frente al Estado, en situaciones tales como inexistencia de los recursos judiciales, o que habiéndolos, no se haya permitido a la presunta víctima agotarlos, sea por no permitir el acceso a dichos recursos o por demora injustificada en la decisión.

Sobre este particular, la Corte IDH ha dicho que, como consecuencia de la naturaleza coadyuvante o complementaria de la protección internacional, “cuando el Estado no cumple cabalmente con su obligación de reparar alguna violación a los derechos reconocidos en la Convención Americana, corresponde a este Tribunal ejercer su competencia sobre el supuesto acto ilícito, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos procesales convencionales, así como declarar las violaciones que en su caso correspondan, y ordenar las reparaciones pertinentes de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención”²⁰.

Esto trae dos cuestiones espinosas: una, el caso de que luego de la tramitación de los recursos, se determine que la persona señalada no era responsable de violación alguna; la otra, que habiendo sido señalada culpable e incluso sancionada por un período de tiempo, luego recaiga sobre ella una amnistía o un indulto. En el caso “Barrios Altos”, por ejemplo, la Corte IDH dispuso que estas últimas leyes, si impedían imponer una sanción a los responsables por violaciones graves a los derechos humanos, eran inadmisibles²¹.

La otra interrogante está abierta y, al igual que la segunda, debe ser examinada caso por caso, bajo la premisa de que no se trate de un incumplimiento del Estado de su obligación de sancionar, a la cual referiremos en el capítulo sobre obligaciones de los Estados. Lo que no podemos dejar de notar, incluso en esta somera referencia, es que las instancias internacionales no son una instancia común ni una más (fórmula que se conoce, en vez de negativamente, como si así lo fuera: “fórmula de la cuarta instancia”) a la que se pueda acudir para solicitar se revisen sentencias internas porque el resultado no ha sido favorable a quien, agotadas las vías internas, acusó en ellas un presunto menoscabo a sus derechos por parte del Estado²².

²⁰ Corte IDH. Caso *Dacosta Cadogan Vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204, párrafo 30.

²¹ Cfr. Con Corte IDH. Caso *Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párrafos 41-44.

²² La Corte IDH considera que no se trata de revisar las sentencias de los tribunales internos sino establecer si el Estado lesionó o no ciertos preceptos de la Convención Americana, lo cual en numerosas ocasiones puede conducir

La cláusula del agotamiento de los recursos internos, entonces, está íntimamente relacionada con el carácter subsidiario del sistema de protección internacional. Como vimos, la complementariedad puede resolverse en uno u otro sentido (a favor de la jurisdicción nacional o de la internacional, en todos o en determinados temas); lo que hace la cláusula del agotamiento es plantear que, además, el sistema internacional es subsidiario del interno. Para esta preeminencia, la doctrina es unánime en señalar que es fundamental el carácter de los recursos judiciales disponibles en sede interna (que deben ser eficaces y adecuados) y así lo resume Albanese: “la regla del agotamiento previo es proporcional a la obligación del Estado que reclama su aplicación en el ámbito internacional, de garantizar la efectiva vigencia del derecho a la jurisdicción en el ámbito interno”²³.

Finalmente, el tema de la complementariedad entre distintos regímenes de protección de la persona humana (muy pertinente es la relación entre el DIH y el DIDH) es relativamente nuevo pero ha hecho correr ríos de sangre azul: sobre todo a instancias de la pluma de destacados jueces de la Corte IDH, el tema ha cobrado cada vez más relevancia práctica. De lo que se trata esta complementariedad, en suma, es de aplicar el principio de la norma más favorable a la persona humana, al cual nos referiremos hacia el final de este capítulo.

7. OTRAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

En virtud de que estas características que mencionaremos no han sido muy desarrolladas, serán agrupadas en este apartado.

En primer lugar los derechos humanos constituyen una garantía mínima o mejor dicho, un piso mínimo. Sobre el trabajan los principios de progresividad y no regresividad. La importancia de tener esto en cuenta es que ante retrocesos sobre este piso, el principio a aplicar no sería este de progresividad y su contracara, sino que estaríamos hablando más propiamente de una violación al derecho sin necesidad de aplicar el principio, que todavía trae controversias en el orden interno. Un ejemplo claro al respecto es el que se registrara en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con relación a los planes de emergencia habitacional²⁴.

a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos, si la actuación que se imputa ha tenido lugar a través de los órganos judiciales del Estado (cfr. Corte IDH. Caso *Dacosta Cadogan Vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204, párrafo 24).

²³ Albanese, Susana y Bidart Campos, Germán, *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 117.

²⁴ Véase, de mi autoría, “Titularidades de exclusión. Acciones pluriindividuales en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en AAVV, *Premio Formación Judicial 2009*, en prensa.

El que sea mínimo apunta, además, a que el ámbito de los derechos humanos no pretenden agotar los derechos a que pueda ser acreedor el ser humano, lo cual vuelve a vincularse con otro de los principios, el de complementariedad: son una especie de derecho adicional pero a la vez, esencial, por debajo, en la base, y por arriba de los derechos legales.

Los derechos humanos además son no negociables, más allá de las posibilidades de solución amistosa. Un aspecto importante es que no son susceptibles de ser amnistiada la sanción correspondiente ni de oponer la prescripción en sede interna ante una violación de derechos humanos. Así, ha dicho la Corte que la prescripción o la amnistía en casos graves de violaciones a los derechos humanos es incompatible con las obligaciones estatales:

“El Estado debe garantizar que los procesos internos tendientes a investigar y [eventualmente] sancionar a los responsables de los hechos de este caso surtan sus debidos efectos y, en particular, de abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía, la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad. En ese sentido, el Tribunal ya ha señalado que [...]son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”²⁵.

Los derechos humanos son además, una garantía colectiva. Tal posición indica que las obligaciones se aplican también en la acción conjunta que ejercita la garantía colectiva subyacente a todos los tratados de derechos humanos²⁶. En el caso *Tribunal Constitucional*, la Corte IDH resume las principales características de los tratados de derechos humanos: (i) se inspiran en valores comunes superiores centrados en la protección del ser humano, (ii) están dotados de mecanismos específicos de supervisión, (iii) se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, (iv) consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y (v) tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno²⁷.

La noción de garantía colectiva (presente en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) está íntimamente conectada con el estatus de

²⁵ Corte IDH, *Barrios Altos*, citado, párrafo 41.

²⁶ Cfr. Cançado Trindade, *El derecho internacional...* ob. Cit., p. 384.

²⁷ Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Competencia*. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 41.

obligaciones objetivas que emanan de los tratados de derechos humanos. En tanto régimen objetivo creado por los tratados, estas obligaciones deben ser implementadas colectivamente²⁸; esto es reforzado además por el carácter *erga omnes* de las obligaciones.

Estos tres elementos (obligaciones objetivas con efectos *erga omnes* y de garantía colectiva) señalan no sólo el carácter distintivo de los tratados de derechos humanos (que en todo caso sería causa de estas características) sino caracteres propios que se aplican al momento de entrar a ser parte de un tratado (se es parte de un régimen), efectuar una reserva o interpretar un caso. Así, por ejemplo, las comunicaciones interestatales son señaladas como el mecanismo “por excelencia” de la acción de la garantía colectiva²⁹. No es sólo el Estado en particular el cual debe involucrarse con obligaciones específicas en el respeto y garantía de los derechos humanos sino todos los Estados que han venido a formar parte del régimen objetivo de protección, además de los órganos de protección³⁰. Incumbe también a los Estados, en virtud de esta garantía, la supervisión del cumplimiento de las sentencias emanadas de los órganos internacionales de protección³¹.

²⁸ Cfr. Cançado Trindade, *El derecho internacional...* ob. Cit., p. 24.

²⁹ Corte IDH. Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó respecto Colombia, 2/06/2006, voto del Juez A. Cançado Trindade.

³⁰ Cfr. Helio Bicundo, Presentación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Comisión de Asuntos jurídicos y políticos, 19 de octubre de 2000. Disponible en: <http://www.cidh.org/Discursos/10.19.00.htm>

³¹ Ventura Robles, Manuel, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de acceso a la justicia e impunidad”, en el Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, septiembre de 2005. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PonenciaM Ventura.doc> [Consultado el 20-06-2010].

CAPÍTULO 3. PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. DERECHOS HUMANOS PROGRESIVOS Y EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Según la OIT, “dado el carácter evolutivo de los derechos, en la historia de la humanidad, es posible que en el futuro se extienda la categoría de derecho humano a otros derechos que en el pasado no se reconocían como tales o aparezcan otros que en su momento se vean como necesarios a la dignidad humana y, por tanto, inherentes a toda persona”¹. Esto nos pone frente a una de las acepciones que tiene el principio de progresividad, el que tiene que ver con la mentada multiplicación de derechos, con ir “descubriendo” derechos nuevos, con lograr que nuevas o viejas necesidades sean alcanzadas por la denominación como “derecho humano”.

Podemos señalar además otras dos vertientes al hablar de progresividad: (i) la se entiende como ampliación del contenido de los derechos ya existentes, en el sentido de mayor densidad o simplemente, mayor interrelación o mayor institucionalidad; esta cuestión tiene que ver con el principio de interpretación evolutiva o progresiva; (ii) otra, que tiene que ver específicamente con los DESC: las “medidas progresivas”.

Según Nikken, “el desarrollo del DIDH apunta a extender tanto el número como el contenido de los derechos protegidos, sea en la eficacia como en el vigor de las instituciones internacionales. Pacheco Gómez se pronuncia exactamente en el mismo sentido: se trata de la cantidad tanto como al contenido, y al vigor de los medios e instrumentos internacionales. Según este autor, además, la progresividad es una de las características fundamentales del DIDH e “implica una toma de posesión –todavía inconclusa- del hombre frente al Estado, en su lucha por acotar y racionalizar el poder”².

La progresividad es, en efecto, un aspecto medular de los derechos pues atiende a las necesidades cambiantes tanto históricamente como de sociedad en sociedad en un mismo momento dado; se relaciona así con la constante evolución³ pero en un sentido determinado: los derechos humanos constituyen un piso mínimo sobre el cual no puede volverse; la evolución es

¹ OIT: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/worker/doc/otros/xviii/cap1/i.htm> [Consultado el 20-06-2010].

² Pacheco Gómez, “Supraconstitucionalidad de los derechos fundamentales”, ob. Cit.

³ Cfr. Ayala Corao, “El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos)” en *V Congreso de Derecho Constitucional Iberoamericano*, Serie Estudios Doctrinales, México: IIJ-UNAM, 1998, pp. 37-92.

siempre hacia más y mejor, incluso con los riesgos que la multiplicación puede traer para la efectividad de los derechos humanos.

Frente a lo sostenido por Agamben acerca de que “el énfasis instrumental sobre los derechos del hombre y la multiplicación de las declaraciones y de los convenios en el ámbito de las organizaciones supranacionales han terminado por impedir una auténtica comprensión del significado histórico del fenómeno”⁴ o las preguntas que cuestionan la idea “acerca de que la expansión incesante del contenido de los derechos humanos –es decir, de aquellas áreas de la vida social que se sustraen a la contingencia y negociación de la política- fortalece, sin más, la agenda y la lucha por los derechos humanos”⁵, hay quienes sostienen que “the spread of human Rights represents moral progress”⁶ y que incluso, la difusión de los instrumentos de derechos humanos es reputada como progreso aún cuando quede una brecha entre los instrumentos y las prácticas actuales de los Estados “charged to comply with them”⁷.

No obstante ello, no creemos que la progresividad de los derechos humanos sea la que justifique la multiplicación de los derechos que son señalados como humanos. Amén de nuestra visión reduccionista o “desmultiplicadora” –ya que creemos que esta excesiva multiplicación produce una banalización y en última instancia, la pérdida de prioridad en los derechos que deben ser llamados “humanos”, creemos que la “progresividad” se refiere a los “derechos humanos”, no a los derechos que un día son “comunes” y luego serán humanos; este avance del lenguaje de los derechos humanos es otro proceso, por el cual una vez que el derecho ha alcanzado esta conciencia de obligatoriedad y etc., viene a jugar a su respecto el principio de progresividad. En este sentido, el principio de progresividad forma parte del concepto de derechos humanos, vendría a ser “intrasistémico” a estos derechos, pero no es la herramienta que justifica la incorporación de nuevos derechos sino que caracteriza a los que ya están “adentro”.

El segundo aspecto al que referíamos era el de la “interpretación progresiva” o “evolutiva”, también denominada “integralidad maximizadora del sistema”. Esta tiene una aplicación general (integración de los derechos reconocidos en la Convención con otros instrumentos internacionales) y una específica referida al contenido económico, social y cultural de los derechos “civiles y políticos”.

⁴ Agamben, Giorgio, *Homo...* ob. Cit., p. 161.

⁵ García Méndez, “Origen...”, ob. Cit., p. 16.

⁶ Ignatieff, ob. Cit., p. 3-4

⁷ Ignatieff, ob. Cit., p. 4

Tradicionalmente, se hablaba de derechos humanos de “primera” (civiles y políticos) o de “segunda” (económicos, sociales y culturales) generación, a los cuales correspondían, supuestamente, diversas obligaciones a cargo de los Estados (de omisión, de acción); si bien dicha separación ha sido ampliamente refutada en pos de la integralidad de los derechos del ser humano -ya que podemos afirmar que, en definitiva, las supuestas diferencias no eran la causa sino más bien la justificación de la compartimentación-, y hay iniciativas incipientes en algunos ámbitos internos⁸, los DESC encuentran problemas para transformarse en derechos exigibles, sea en los ámbitos internos como en el internacional.

Ante este panorama, la Corte IDH, nuevamente siguiendo a su par europeo, da lugar a lo que se ha dado en llamar *interpretación evolutiva* (inaugurada por la Corte en la Opinión Consultiva OC-16/99⁹, aunque hay antecedentes en el trabajo de la Comisión Interamericana ya que fue tomado de la Corte Internacional de Justicia¹⁰). Luego de aquél puntapié inicial de la Corte – opinión consultiva en la cual se sostuvo, memorablemente, que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”¹¹-, se falló el igualmente conocido caso de los *Niños de la calle*¹², hoy un verdadero *leading case* (en especial por el trascendido voto de los Dres. CANÇADO TRINDADE y ABREU BURELLI), en el cual se integraron las “medidas especiales” a que refiere el art. 19 de la CADH con las disposiciones particulares contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, especialmente aquéllas referidas a derechos económicos, sociales y culturales, “ya que ambas forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección” (párrafo 194).

El aspecto específico de la interpretación evolutiva es que los derechos “civiles y políticos” deben ser interpretados a la luz de las disposiciones de los económicos, sociales y culturales. Como decíamos, no es la única vertiente pues en términos generales, la interpretación evolutiva o integrada apunta a involucrar otros instrumentos internacionales en las obligaciones que examinan los órganos interamericanos, aunque no sean del sistema interamericano.

⁸ En Argentina, el puntapié inicial fue la protección del derecho a la salud, iniciado en un conocido caso decidido por la Corte Suprema de Justicia de ese país: “Campodónico de Beviaqua vs. Ministerio de Salud y Acción Social” (2000, Fallos 323:3229. Disponible en www.csjn.gov.ar). Será abordado en el apartado 6 de este trabajo.

⁹ Corte IDH, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

¹⁰ Cançado Trindade (*El derecho internacional...ob. Cit.*, p. 47) menciona el *locus classicus* al respecto: la Opinión Consultiva de la CIJ sobre Namibia, donde la Corte sostuvo que los conceptos incorporados en el artículo 22 del Pacto de la Liga de las Naciones no eran estáticos sino evolutivos por definición.

¹¹ Corte IDH, OC-16/99, citada, párrafo 114.

¹² *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Es por ello que Bidart Campos se refiere a este principio como el de “integralidad maximizadora del sistema”, ya que apunta a que cada precepto de derechos humanos amplía su contenido a través de diversos tratados que se refieren a ellos. De esta manera, se ha sostenido que **“la interpretación y aplicación de la Convención Americana no excluyen las del derecho internacional general; todo lo contrario, las requieren.** El propio preámbulo de la Convención Americana se refiere expresamente a los principios reafirmados y desarrollados en instrumentos internacionales, “tanto de ámbito universal como regional” (párr. 3). También se refiere a obligaciones impuestas por el derecho internacional (artículo 27), así como a los “principios del derecho internacional generalmente reconocidos” (artículo 46(1)(a))”¹³.

En su acepción general, sobre el principio de interpretación evolutiva la Corte ha señalado que cuando interpreta un tratado “no solo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con este (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)... Esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección”¹⁴.

La Corte consideró que la interpretación evolutiva se encuentra consagrada en las reglas generales de interpretación de la Convención de Viena de 1969, y afirma que tanto la Corte Interamericana como la europea han dicho que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”¹⁵. Esta interpretación es, además, una “una orientación fundamental para fortalecer el avance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”¹⁶.

De esta forma, diversos instrumentos protectores de derechos humanos vienen a dotar de sentido a los derechos y obligaciones particulares previstos en la Convención Americana; el *corpus juris* para cada derecho ha sido reconocido a convenciones de la OIT, instrumentos contra la violencia hacia la mujer o la prohibición de torturas, a los Convenios de Ginebra, a la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas. Todas ellas, “convenciones especializadas...especifican y

¹³ Corte IDH, “Caso de la masacre de Las Dos Erres c. Guatemala”, 24 de noviembre de 2009. Voto concurrente del juez ad-hoc Cádena Ramila. Negritas en el original.

¹⁴ Corte IDH, OC-16/99, párrafo 113; *Niños de la calle*, párrafo 192; Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafos 164 y 165; *Tibi*, párrafo 144.

¹⁵ OC-16/99, párrafo 114; *Niños de la calle*, párrafo 193; *Hermanos Gómez*, párrafo 165.

¹⁶ Corte IDH, *Tibi, ob. Cit.*, párrafo 144.

complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana”¹⁷.

En su vertiente específica, la *interpretación evolutiva* es la principal herramienta utilizada para el la protección efectiva de los DESC. En el *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador 1997*, la CIDH ya había sostenido que “el derecho a que se respete la vida individual no se limita a la protección contra la muerte provocada de manera arbitraria. Los Estados partes deben tomar ciertas medidas positivas para salvaguardar la vida y la integridad física”¹⁸.

Siguiendo este orden, encontramos que en el *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú* (2000) la CIDH reconoce, de igual manera que los jueces del mencionado voto concurrente del caso *Villagrán* –aunque sin citarlo- que “los requerimientos del derecho humano a una vida digna trascienden los contenidos igualmente fundamentales del derecho a la vida (entendido en su sentido mas estricto), del derecho a la integridad personal, del derecho a la libertad personal, de los derechos relacionados con el sistema de democracia representativa y de los demás derechos civiles y políticos”¹⁹. Un año después, en el *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay* (2001)²⁰, se amplió aquella noción, al sostenerse que la violación de los DESC es generalmente acompañada por la violación de derechos civiles y políticos: “*the less one can enjoy economic, social and cultural rights, the less they will be able to enjoy civil and political rights*” (párrafo 4 del cap. V)²¹.

De esta manera, dicha interpretación comenzó a integrar los derechos previstos en la Convención Americana con el contenido específico dado por otros instrumentos internacionales (ya que los nacionales forman, de por sí, parte del contenido de las obligaciones del Estado de que se trate) tales como la Constitución de la OIT (caso “Baena Ricardo”) y los convenios sobre pueblos

¹⁷ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrafos 276, 377 y 379; Corte IDH, *Masacre de Las Dos Erres*, párrafo 137.

¹⁸ *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, 24 de abril de 1997 (cap. VIII, página 94).

¹⁹ CIDH, SEGUNDO INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev. 2 junio 2000, capítulo VI, párrafo 2.

²⁰ CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/V/II.110, 9 de marzo de 2001.

²¹ Además, introduce y desarrolla a lo largo de diecisiete párrafos la cuestión de la pobreza extrema: máxima violación generalizada de todos los derechos: a la vez que “*constitutes the most vivid example of the indissoluble link which binds the various human rights to each other*”. Sobre la pobreza extrema y los derechos humanos: (i) Informes: citados en nota 1. (ii) Doctrina: GIALDINO, Rolando (2005), “La pobreza extrema como violación del derecho”, en *Gaceta de Derechos humanos*, año 12 número 72, marzo-abril de 2005, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, pp. 45-65; JONES-BOS, René, “Poverty is a comprehensive violation of human rights”, en *Development Issues*, vol. 5, nro. 3, Dic. 2003. (Instituto de Estudios Sociales, Países Bajos); REYES MIRANDA, Felipe, “Derechos, derechos humanos y pobreza extrema”, en *Derechos de segunda generación*. Fascículo 5 de la serie Transición democrática y protección a los derechos humanos, México, 2004, pp. 151-159.

indígenas (caso “Comunidad Sumo Awas Twingi”). En el caso *Baena, Ricardo*²², la Corte interpreta los derechos de reunión (art. 15) y de asociación (art. 16) de la CADH a la luz de los derechos sindicales. Aunque por cuestiones de hecho no declaró la violación del primer derecho, en uso de la interpretación evolutiva menciona la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-²³ para establecer el contenido de la libertad de asociación en materia sindical²⁴, considerando que “la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el *corpus juris* de los derechos humanos”²⁵.

Poco tiempo después (agosto del mismo año), falló el caso *Comunidad Sumo Awas Tingni*²⁶, en el cual se utilizó, paradójicamente, la interpretación evolutiva de los nuevos tiempos para reconocer una situación ancestral: la propiedad comunal de los miembros de una comunidad indígena. Al declarar la violación del Art. 21 de la CADH, la Corte entendió que dicho artículo (interpretado a la luz del Convenio 169 de la OIT²⁷) amparaba el derecho de este grupo en el marco de la propiedad comunal, agregando que “la estrecha relación que tienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas, la relación con la tierra (...) es un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras” (párrafo 149)²⁸.

Finalmente, la progresividad es una referencia común al hablar de DESC y de medidas progresivas. Aunque estas no son patrimonio exclusivo de los derechos económicos, sociales y culturales –ya que en la Declaración Universal, por ejemplo, encontramos que el preámbulo proclama que siendo la declaración el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse a fin de que tanto los individuos como las instituciones aseguren por “medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y

²² Corte IDH., *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

²³ *Ídem*, párrafo 157.

²⁴ *Ídem*, párrafo 156.

²⁵ *Ídem*, párrafo 158.

²⁶ Corte IDH., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

²⁷ El *Convenio (núm. 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes* dedica, en lo que al caso concierne, una parte especial a la regulación de los territorios y las propiedades indígenas (arts. 13 a 19).

²⁸ La contemplación de la tradición indígena en la Corte ya había tenido un antecedente en las reparaciones del caso *Aloeboetoe* (Corte IDH., *Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones*, Art. 63.1, CADH, Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15), donde la Corte IDH tomó en cuenta la tradición cultural de una tribu al estipular reparaciones pecuniarias que tomaran en cuenta la forma de organización familiar matriarcal para adjudicar las indemnizaciones correspondientes. Además, estimó el sufrimiento de la familia y enunció un “derecho a la verdad”, ambos con relación a la suerte corrida por sus seres queridos: derecho a recuperar los restos y darles el trato que corresponde conforme a sus creencias religiosas y tradiciones culturales (Caso ‘Blake con Guatemala’, párrafo 115; caso de los “Niños de la calle”, párrafo 173; caso “Bolaños Quiñones c. Ecuador”, conclusión 2).

efectivos”- lo cierto es que en el desarrollo de los derechos humanos parece haber quedar restringida a ellos: así, han sido omitidas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana.

Incluso, podemos corroborar que todo el sentido asignado a la progresividad de las medidas se intenta cercenar, proponiendo una interpretación que signifique, sobre todo en relación a la previsión de los “máximos recursos disponibles”, que los derechos humanos se irían logrando poco a poco.

La interpretación de la Observación General nro. 3 del CDESC era clara: “progresivamente” significa que si bien la esfera de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas -“deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas”- deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto, correspondiendo a cada Estado, aún así, una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos²⁹. Gialdino hace un racconto de lo que significa la obligación de progresividad consagrada en numerosos instrumentos de DESC:

<<Es una obligación “concreta y constante” de avanzar (*Observación General 14*, pár. 31), “concreta y permanente” (*Observación General 13*, pár. 44), un deber “concreto y continuo” (*Observación General 15*, pár. 18). La *Observación General 18, El Derecho al trabajo*, se inserta en esta misma línea (párrs. 19/20) También lo hacen los *Principios de Limburgo* (pár. 21), así como las *Pautas de Maastricht*, a la par que éstas agregan: la realización progresiva no puede ser invocada por el Estado como pretexto para no cumplir con el PIDESC (pár. 8). Por lo demás, como lo afirman dichos *Principios*, el compromiso de realización progresiva existe independientemente del incremento de los recursos (pár. 23) y, como lo señalan las *Pautas*, la carga de la prueba de la realización de tales progresos pesa sobre el Estado (pár. 8)>>³⁰.

De igual forma, la CIDH interpreta que “si bien el artículo 26 no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de encarar dicho proceso de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El

²⁹ CDESC, Observación General nro. 3 (1990), *La índole de las obligaciones de los Estados parte*.

³⁰ Gialdino, Rolando, “Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social”. Disponible en: <http://defensachubut.gov.ar/defgral/?q=node/2489> [Consultado el 20-06-2010].

principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos”³¹.

En su actuación en su competencia contenciosa, la Comisión había admitido varios casos por presunta violación al Art. 26, utilizando el PSS como herramienta de interpretación de los derechos que dicho artículo protege³².

Sin embargo, luego la Corte IDH fallaría el caso *Cinco pensionistas*³³. En los casos reseñados en el párrafo anterior, la Corte nunca se había referido al art. 26 de la Convención, lo que ocurre recién en el caso *Cinco pensionistas*, cuando se introduce el planteo por presunta violación al Art. 26 de la Convención en el marco de un caso por modificación del régimen de pensiones: las víctimas estimaban (y así lo reconoce la Corte) que el derecho a la pensión es un derecho adquirido y tutelado por el Art. 21 de la CADH.

Esta modificación, sostenía la Comisión, implicaba además un retroceso en materia de seguridad social que violentaba la obligación de no regresividad contenida en el art. 26. En su análisis de fondo, la Corte IDH utiliza el art. 5 del PSS para determinar el alcance de las restricciones permitidas al derecho a la propiedad en materia de seguridad social, el cual sólo permite a los Estados establecer limitaciones y restricciones al goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”³⁴.

En cuanto al Art. 26, la Corte “desestima la solicitud de pronunciamiento sobre el desarrollo progresivo de los Desc en el Perú” (sic), pues entiende que, dada la dimensión tanto individual como colectiva de los Desc, “el desarrollo progresivo se debe medir (...) en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población (...) y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general en particular”³⁵.

³¹ CIDH, *Informe Perú 2000*, ob. Cit., párrafo 6 del capítulo VI; *Tercer Informe sobre Colombia 1999*, OEA/Ser.L/V/II.102, capítulo III, párrafo 4.

³² CIDH, Informe 100/01, caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, 11 de octubre de 2001; Informe 29/01, caso 12.249, *Jorge Miranda Cortez y otros*, párrafos 34-36.

³³ Corte IDH., *Caso “Cinco Pensionistas”*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

³⁴ *Ídem*, párrafo 116.

³⁵ *Ídem*, párrafo 147.

Posteriormente la CIDH declaró admisible una petición por supuesta violación del derecho a la vida, pero no por Art. 26³⁶. Se argumenta, con cita de la sentencia en comentario, que el desarrollo progresivo del derecho a la salud no debe medirse en función de un grupo limitado, sino en función de la creciente cobertura a nivel general. Entiende que las alegaciones relativas a la salud quedan subsumidas en las claras pautas establecidas sobre los alcances del deber de garantía del derecho a la vida que surge de los artículos 1.1 y 4³⁷.

Una consecuencia interesante de la aplicación concreta del principio de progresividad a los DESC es señalada por Courtis: “El **principio de progresividad** en materia de **derechos** sociales requiere la evaluación de las acciones estatales y de sus resultados a lo largo del tiempo –de lo contrario, es imposible afirmar si la situación de un derecho tal como el derecho a la salud o el derecho a la vivienda ha avanzado, se ha estancado o ha retrocedido”³⁸. En palabras de la Corte IDH, “la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos”³⁹.

El principio de progresividad tiene un último aspecto, que es su relación necesaria con el de irreversibilidad.

2. PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD

La característica de irreversibilidad (o principio de no regresividad) viene a marcar que las conquistas quedan incluidas en los atributos de la persona humana y por tanto, adquieren todos los caracteres de los derechos humanos, entre ellos la imprescriptibilidad (las conquistas no van a poder perderse por el paso del tiempo ni por caducidades legales) y la inviolabilidad (ya no podrán ser desconocidas por el poder público ni por nadie, en lo sucesivo, pues entrañan obligaciones generales de tipo *erga omnes*).

La no regresividad viene a ser así el mínimo cumplimiento del principio de progresividad. Según la Corte IDH, de la obligación de progresividad “se desprende un deber – si bien condicionado –

³⁶ Informe 32/05, petición 642/03, *Cuscul Pascual, Luis Rolando y otras personas afectadas por el VIH/Sida*, 7/03/05.

³⁷ *Ibidem*, párrafos 42-44. Véase un mayor comentario sobre el artículo 26 de la Convención Americana en “Reconstruyendo el núcleo de derechos de la persona humana”, de mi autoría, citado en la bibliografía.

³⁸ Courtis, Christian, “Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una política garantista”. Seminario internacional *Candados y Derechos*, Mexico: PNUD, 2007. Disponible en: http://seminarioprotecciondeprogramas.org.mx/ponencias/Conference_Paper_Christian_Courtis.pdf [Consultado el 20-06-2010].

³⁹ Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198, párrafo 102.

de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho”⁴⁰.

Como lo señalan Rossi y Abramovich, <<la obligación asumida por el Estado al respecto [se refieren a una obligación concreta en el marco de la obligación de progresividad] es de *no regresividad*, es decir, la prohibición de adoptar medidas, y, por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora “progresiva”>>⁴¹.

En el mismo Comentario General #3 que mencionáramos se reconoce que “cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto requerirá la más cuidadosa consideración y deberá ser justificada plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se dispone”⁴².

Esta obligación, además, es pasible de revisión judicial y aún, de supervisión internacional. A tal punto es esto así que abarca, muy particularmente, la mayor amplitud con que los derechos humanos son reconocidos en el orden legal, planteando incluso dudas acerca de las consecuencias del retiro o denuncia por un Estado de un instrumento en derechos humanos.

Amén de lo que diremos en el siguiente capítulo acerca del derecho interno y su juego con el derecho internacional, lo cierto que la prohibición de adoptar políticas o disposiciones regresivas encuentra su ámbito específico en las acciones estatales e incluso en otras respecto de las cuales el obligado último resulte el Estado.

Esto tiene que ver, en parte, con la noción de derecho adquirido, el cual crea una situación objetiva que debe ser reconocida por todos y cuyo garante último es la Justicia: si un derecho es reconocido como humano, no puede luego volver a ser rebajado a la mera categoría de legal para ser derogado (o ser derogado vía norma, lo cual equivale a desconocerle su estatus supralegal).

Se plantea aquí la duda acerca de quién puede o tiene que efectuar ese reconocimiento de “humano”, sobre todo ante la proliferación de instrumentos internacionales de variada

⁴⁰ Corte IDH, *Acevedo*, ob. Cit., párrafo 103.

⁴¹ Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estud. Socio-Juríd.*, Bogotá (Colombia), 9(Número especial): 34-53, abril de 2007. Disponible en: http://www.cej.org.py/desc/desc/Adriana%20desc/Bibliograf%C3%ADa/02_La_tutela_de_los_derechos_economicos.pdf [Consultado el 15-03-2010].

⁴² CDESC, Comentario #3 ob. Cit., párrafo 9.

vinculancia. A modo de aproximación, podemos afirmar que si el Estado reconoce un derecho x como humano (llegando a ser parte en un tratado que consagre como humano tal derecho o declarándolo así y siguiendo una práctica consecuente, por ejemplo), no quedan dudas que ese derecho será “humano” para dicho Estado, ya que queda éste obligado por dicha declaración (doctrina del *stoppel*, principio de buena fe).

Al quedar signado el derecho de esta forma, adquirido irrevocablemente por la persona, es que nos plantean dudas los efectos de la desvinculación de un tratado de derechos humanos; allí resurge nuevamente la importancia de no reducir los derechos humanos a su mera existencia normativa (internacional, constitucional o legal).

Creemos que no hay dudas acerca de que tal suceso (la desvinculación) acarrearía, bajo las condiciones de retiro o denuncia de un tratado, la imposibilidad de lograr una sentencia como resultado de una reclamación internacional contra dicho Estado o el ejercicio de cualesquiera otra competencia de supervisión internacional; aún así, creemos que la “necesidad socialmente objetivada” y reconocida como derecho humano no desaparece y puede ser justiciable ante los tribunales internos. Porque “todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente integrado a la categoría de derecho humano, categoría que en el futuro no puede perderse”⁴³.

No todos comparten esta postura.

Según Ayala Corao, la irreversibilidad consiste en la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana, una vez que el estado así lo ha hecho en un instrumento internacional. Para este mismo autor, esto requiere que se consagre expresamente como derechos constitucionales a los derechos que sean inherentes a la persona humana y que todavía no tengan tal rango de constitucionalidad: “la incorporación del tratado al derecho interno tiene efectos irreversibles”⁴⁴.

Dejamos nuestras serias dudas acerca de la necesidad de tal incorporación al derecho interno, a nivel constitucional o no, para que esto funcione: la consagración constitucional o legal de orden interno no es un deber ni un requisito, es apenas un aspecto, bastante conveniente, pero un aspecto, un resultado de la configuración actual de los derechos humanos y del Derecho en general.

⁴³ OIT, ob. Cit.

⁴⁴ Ayala Corao, ob. Cit.

También nos manifestamos en desacuerdo en su postura acerca de que la denuncia de un tratado de derechos humanos conlleve a la liberación “al menos formal” del Estado respecto a las obligaciones asumidas, lo cual ocurriría incluso pese a la constitucionalización que el autor plantea como necesaria: por el contrario, el reconocimiento de los instrumentos de derechos humanos en la constitución implica que sería necesaria una reforma constitucional para “liberarnos de tales obligaciones”, la constitucionalización es un pivote más de protección, afianza el compromiso del Estado al hacer estribar en los representantes del pueblo y a largo plazo la decisión de llegar a ser parte en un tratado.

3. EFECTIVIDAD Y EL PRINCIPIO DEL EFECTO ÚTIL

En términos generales, la característica de efectividad de los derechos humanos refiere que éstos no pueden quedar en meros postulados de buenas intenciones ya que existe una obligación de efectividad por parte de los Estados (art. 2 de la CA), pero también de los organismos de supervisión internacional. Según lo tiene dicho la Corte IDH, “el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana”⁴⁵. En su formulación específica, este será el principio del efecto útil, derivado de la máxima *ut res magis valeat quam pereat* (es mejor que el negocio valga que perezca). Tempranamente la Corte IDH recogió el principio del efecto útil de un tratado, al reconocer que

“la interpretación de todas las normas de la Convención relativas al procedimiento que debe cumplirse ante la Comisión para que “la Corte pueda conocer de cualquier caso” (art. 61.2), debe hacerse de forma tal que permita la protección internacional de los derechos humanos que constituye la razón misma de la existencia de la Convención y llegar, si es preciso, al control jurisdiccional. Los tratados deben interpretarse “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). El objeto y fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos. Por ello, **la Convención debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo “su efecto útil”**⁴⁶.

Según este principio, (i) hay que asegurar a las disposiciones convencionales sus efectos propios en el derecho interno de los Estados Partes⁴⁷. “Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar

⁴⁵ Corte IDH, *19 Comerciantes*, párrafo 173.

⁴⁶ Corte IDH, *Velázquez Rodríguez*, ob. Cit., párrafo 30.

⁴⁷ Corte IDH. Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago. Sentencia de medidas provisionales. Voto del Juez A. Cançado Trindade. 25/5/99;

todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido”⁴⁸.

Tal principio se aplica “no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que disponen sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, en particular las relativas al derecho de petición individual y a la aceptación de la competencia contenciosa del órgano judicial internacional de protección”. Al ser esenciales a la eficacia del sistema de protección internacional, “han de ser interpretadas y aplicadas de modo a tornar sus salvaguardias verdaderamente prácticas y eficaces, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación colectiva”⁴⁹. También (ii) en relación con las normas procesales, tal como la referencia a la cláusula contenciosa del Tribunal: “tal cláusula, esencial a la eficacia del mecanismo de protección internacional, debe ser interpretada y aplicada de modo que la garantía que establece sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados sobre derechos humanos y su implementación colectiva”⁵⁰.

Finalmente, dado que los Estados tienen la obligación de adecuar su derecho interno para asegurar las obligaciones asumidas en virtud de los instrumentos de derechos humanos,

“esta obligación del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser *efectivas*. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en su orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella”⁵¹.

El principio se extiende asimismo (iii) al momento de interpretar sus obligaciones desde la óptica del derecho internacional, ya que “negar el amplio alcance de los deberes de protección bajo los artículos 1(1) y 2 de la Convención - o minimizarlos mediante una interpretación atomizada y desagregadora de dichos deberes - equivaldría a privar la Convención de su *effect utile*”⁵².

⁴⁸ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafo 142.

⁴⁹ Corte IDH, Sentencia sobre Excepciones Preliminares en el caso *Benjamin y Otros versus Trinidad y Tobago*, voto del Juez A. Cançado Trindade, párrafo 15.

⁵⁰ Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein, Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54. párrafo 37.

⁵¹ Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párrafo 69.

⁵² Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. Voto del Juez Cançado Trindade.

Esto, teniendo en cuenta que el “fin último de la Convención Americana es la protección eficaz de los derechos humanos”: en cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la misma, los Estados deben dotar a sus disposiciones de un efecto útil (*effet utile*), lo cual implica también “la implementación y cumplimiento de las resoluciones emitidas por sus órganos de supervisión, sea la Comisión y la Corte”⁵³.

Además, (iv) la aplicación del principio de efectividad al ámbito interno está sujeto al “control de convencionalidad”. “Precisamente”, dice la Corte IDH, “respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales... debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el **efecto útil** de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”⁵⁴ (énfasis agregado). Por ejemplo, las disposiciones de prescripción (un instituto de derecho interno) no pueden oponerse al cumplimiento de las obligaciones internacionales; de lo contrario “los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una **protección efectiva**.”

Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el *efecto útil* en el plano del derecho interno de los Estados Partes”⁵⁵ (énfasis agregado).

Por último, (v) el principio de efectividad permite sustentar acciones “trascendentes” por parte de los órganos internos y en especial por los operadores jurídicos (considerando que además, el recurso judicial debe ser “efectivo” –art. 25 CADH).

Sin perjuicio de que nos referiremos a estas acciones “trascendentes” hacia el final del capítulo siguiente⁵⁶, lo que queremos decir es que la efectividad que caracteriza a los derechos humanos permite sostener que las acciones deben apuntar a las “causas profundas” (corrupción, pero también planes económicos leoninos, políticas insustentables, etc.) que subyacen a las violaciones a los derechos humanos: “una política no sólo debe ser efectiva (“deliberada,

⁵³ Corte I.D.H, Caso de las Penitenciarías de Mendoza, Resolución de 22 de noviembre de 2004, Párrafo resolutivo 16.

⁵⁴ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párrafo 180.

⁵⁵ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrafo 117.

⁵⁶ Véase el acápite “La interpretación evolutiva de las obligaciones”.

concreta y orientada lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas”) con relación a sí misma y sus objetivos, sino con el marco dentro del cual se inserta, constituyendo un paso para lograr la plena efectividad de los derechos”⁵⁷.

4. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE*

El principio *pro homine* (también llamado “*pro persona*”) es al derecho internacional de los derechos humanos lo que el *in dubio pro reo* o el *in dubio pro operario* es al derecho penal o al laboral: una garantía de interpretación para proteger a la parte más débil, cuyo “propósito último es preservar la dignidad humana”⁵⁸. Según este “criterio hermenéutico”, “debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”⁵⁹.

Lo propio ya había sido señalado por la Corte IDH, al sostener que se trata del “principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones”⁶⁰. Lo repetiría más adelante con otras palabras, al decir que “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar”.

Lo interesante es entonces que, a diferencia de la mera aplicación legalista y hasta solamente ritual, “la interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona”⁶¹. Estos valores en entroncan en las “siempre presentes necesidades apremiantes de protección de las víctimas”, las cuales reclaman la humanización de los postulados del derecho internacional público clásico⁶².

⁵⁷ García, Lila, “La dimensión real de los derechos humanos en la promoción de la prosperidad humana”, *Tercer Concurso de ensayos Cumbre de las Américas*. Disponible on-line en: http://www.summit-americas.org/cs/essay_winners_09.html [Consultado el 20-06-2010].

⁵⁸ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Voto concurrente del juez S. García Ramírez, párrafo 2.

⁵⁹ Pinto, *Temas...* ob. Cit., p. 81.

⁶⁰ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, voto juez Piza Escalante, párrafo 12.

⁶¹ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 32.

⁶² Cançado Trindade, *El derecho internacional...* ob. Cit., p. 51.

Como consecuencia, no se puede oponer la observancia de ciertos requisitos formales por sobre “los fines para el cual han sido diseñados los diferentes procedimientos”⁶³: lo esencial es que se preserven las condiciones necesarias para que los derechos procesales de las partes no sean disminuidos o desequilibrados, y para que se alcancen los fines para los cuales han sido diseñados.

Sin embargo, la aplicación de la norma más favorable es un aspecto específico de la protección bajo el principio *pro homine* (que desarrollamos en el apartado siguiente) y no agota todo lo que el principio implica. Esta regla tiende a “privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por tanto, adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano”⁶⁴. Según este mismo autor, el principio *pro homine* tiene tres grandes aplicaciones: la aplicación de la norma más protectora, conservación de la norma más favorable e interpretación con sentido tutelar. La aplicación de la norma más favorable, como aspecto específico de este principio, será abordada en la siguiente sección.

En cuanto a la conservación, podemos verla como una particularidad del principio de progresividad y especialmente de su contracara, la no regresividad: “conservación de la norma más favorable” significa, según lo explica Henderson en el mismo artículo ya citado, que cuando una norma posterior reemplaza a una anterior, las previsiones más favorables de la anterior subsisten. Finalmente, la interpretación con sentido tutelar es circunscripta a la norma⁶⁵, aunque es posible asignarle un significado más amplio.

Este “estar siempre en pro de la persona humana”, entonces, significa que:

- Entre dos interpretaciones posibles, debe estarse a la que mejor proteja a la persona humana. La Convención Americana debe interpretarse teniendo en cuenta siempre su objeto y fin: “la protección de los derechos fundamentales [esenciales] de la persona humana [del hombre]”⁶⁶. El equilibrio de la interpretación se obtiene “orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”⁶⁷. Incluso, esta interpretación *pro homine* ha sido reconocida para un tratado que, aunque no siendo propiamente de derechos humanos,

⁶³ Corte IDH, casos *Velázquez Rodríguez*, citado, párrafo 33, *Fairén Garbis*, párrafo 38; *Godínez Cruz*, párrafo 36.

⁶⁴ Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, *Revista IIDH*, volumen 39, enero-junio 2004, pp. 71-99.

⁶⁵ Henderson, ídem, p. 95 y ss.

⁶⁶ Corte IDH, Asunto “Viviana Gallardo”, decisión del 13 de noviembre de 1981, párrafo 16.

⁶⁷ Caso “Viviana Gallardo”, citado, párrafo 16-17.

contenía normas de protección de la persona humana (Convención de Viena sobre Relaciones Consulares).

- La interpretación pro persona es tender a la protección eficaz de la persona humana, en tanto objeto y fin de la convención americana⁶⁸.
- La ausencia de patrocinio letrado no es óbice para acceder a la jurisdicción de la Corte IDH; se trata de un derecho y no de una obligación, de conformidad con una interpretación *pro persona*⁶⁹. A falta de dicha representación, la misma es ejercida por la CIDH.
- El principio de hermenéutica *pro homine* se aplica también a las reservas a los tratados de derechos humanos (art. 19 CVDT)⁷⁰.
- La decisión de la CIDH de someter el caso a la Corte IDH, luego del informe del art. 51 “no es discrecional” sino que “debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención”; lo mismo puede decirse de la decisión de publicación⁷¹.
- La formulación y aplicación de las políticas públicas debe tener en miras este principio⁷².

Otro aspecto interesante de este principio son sus posibilidades de aplicación por parte de los órganos internos de los Estados, al punto de poder constituirse como una obligación. No caben dudas de que al aplicar normas del derecho internacional de los derechos humanos deben aplicar este principio de interpretación. ¿Qué pasa con los derechos previstos en la Constitución o en los restantes niveles legales? Aunque no se invoquen normas de derecho internacional, la mayoría de los derechos previstos en el derecho interno tienen un mínimo garantizado en el derecho internacional de los derechos humanos; respecto a este mínimo no hay dudas sobre la aplicación del principio.

En lo que en más que prevea la norma o medida interna, no podríamos limitar su goce y ejercicio en virtud de, por ejemplo, la Convención Americana, y lo mismo para los derechos legales directamente no previstos. Además, en estos casos la disposición interna sería la más favorable e

⁶⁸ Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrafo 173.

⁶⁹ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafos 72-77 correspondientes a la tercera excepción preliminar.

⁷⁰ Corte IDH. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.

⁷¹ Corte IDH. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párrafos 48 y ss.

⁷² García, Lila “De los derechos a las políticas. El enfoque de los derechos humanos en la definición de las políticas públicas frente a la pobreza”, *Debates Latinoamericano*, Año 7 número 13, octubre 2009. On-line en: <http://www.rlcu.org.ar/revista/articulos.asp> [Consultado el 20-06-2010].

integraría la definición de ese derecho para ese Estado, susceptible de ser tutelado también vía judicial (interna e internacional, art. 25 CADH)⁷³, por lo cual también le sería aplicable este principio: ninguna otra interpretación tendría así en cuenta a la persona humana.

5. PRIMACÍA DE LA NORMA MÁS FAVORABLE

Como adelantáramos en el párrafo anterior, es una aplicación concreta del principio *pro persona*. El mismo se encuentra receptado en varios instrumentos de derechos humanos. De esta forma, la Convención Americana trae dos disposiciones específicas en el art. 29 sobre la aplicación de la norma más favorable, la cual citamos en primer término pues ha sido indicado como de una amplitud “innovadora” que “no tiene parangón en ningún otro documento internacional”⁷⁴:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; [o que sean inherentes al ser humano]

... d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en sentido similar, dice que “No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado” (art. 5.2). Cláusulas similares se repiten en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*⁷⁵, en la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁷⁶, en el *Protocolo de San Salvador*⁷⁷ y en instrumentos tales como la Convención contra la Tortura (art. 1.2.), la Convención interamericana contra la desaparición forzada de personas (art. 15), la de discapacidad (art. 8).

⁷³ Véase en el siguiente capítulo el apartado “El DIDH en el derecho interno”.

⁷⁴ Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. Voto Piza Escalante, párrafo 2.

⁷⁵ Art. 23: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda formar parte de: a) La legislación de un Estado Parte; o b) Cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado”.

⁷⁶ Art. 41: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.

⁷⁷ Art. 4: No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Para la Corte IDH, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional (sea o no de derechos humanos), “debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”⁷⁸.

Cançado Trindade apunta que, en virtud de la permanente interacción entre el orden internacional de los derechos humanos y el orden interno, el cual lleva al punto de no poder sostener la primacía de uno sobre otro –pues como lo señalaba Bidart Campos hace ya más de 10 años, la cuestión de los derechos humanos forma parte de competencias concurrentes o compartidas⁷⁹–, “el presente dominio de protección se rige por la primacía de la norma más favorable a la víctima”⁸⁰, sea esta interna o internacional.

Por demás, (i) este criterio contribuye en primer lugar a reducir o minimizar las supuestas posibilidades de conflictos entre instrumentos legales y (ii) obtiene mayor coordinación entre tales instrumentos en dimensión tanto vertical (tratados e instrumentos de derecho interno) como horizontal (dos o más tratados).

Pero además, la convergencia entre distintos regímenes de protección provoca que si una norma más favorable se encuentra en el Derecho de los refugiados o en Derecho Humanitario, la misma sea aplicable, lo cual también puede verse como una consecuencia de la interpretación integradora y evolutiva, ya que estos vendrían a conformar el *corpus juris* específico.

Hay un aspecto adicional y es el que puede ser referido como del “dispositivo más favorable”: según lo explica Cançado Trindade, “la elección y primacía del dispositivo más favorable a las supuestas víctimas tiene relación directa con la cuestión de la coexistencia de procedimientos distintos de peticiones o reclamaciones en materia de derechos humanos, al reducir o minimizar las posibilidades de conflicto normativo en el plano internacional, se encuentran además en clara consonancia con la tendencia moderna de ampliar y fortalecer...la protección internacional de los derechos humanos”⁸¹.

⁷⁸ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 52.

⁷⁹ Bidart Campos, Germán, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción inter-nacional y en la jurisdicción interna”, en AAVV, *V Congreso de Derecho Constitucional Iberoamericano*, Serie Estudios Doctrinales, México: IIJ-UNAM, 1998, pp. 93-105.

⁸⁰ Cançado Trindade, *El derecho internacional...* ob. Cit., p. 310.

⁸¹ Cançado Trindade, *El derecho internacional...* ob. Cit., p. 41.

6. EL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

No cabe duda de que “El principio de la universalidad de los derechos humanos es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos”⁸². Según las Naciones Unidas, el amplio consenso logrado por algunos tratados de derechos humanos, reflejado en la cantidad de Estados que son parte, confieren al concepto de universalidad “una expresión concreta”

El Prof. Pérez Luño entiende que, por “universalidad”, se apuntaba a señalar que “la protección de los derechos humanos y su violación no constituían ámbitos reservados a la soberanía interna de los Estados sino que afectaban a toda la humanidad”⁸³. De esta manera se intenta superar dos barreras: la de la titularidad de los derechos y la del alcance de las obligaciones. Por la primera, la noción de universalidad otorga derechos con independencia, y pretendiendo superar como decíamos, las categorías de derecho interno creadas por el Estado: nacionalidad, ciudadanía, mujeres, niños, indígenas, incapaces, etc. Por supuesto que no estamos señalando que las mujeres, los niños, los ancianos, las personas con capacidades diferentes, etc. sean una creación del derecho doméstico, sino que su posición como sujetos de derecho responde sí, al reconocimiento de los mismos por el ordenamiento interno –entendido en un sentido amplio- y en su medida.

En segundo lugar, al afectar “a toda la humanidad”, se trata de involucrarla en la defensa de estos derechos. En términos jurídicos, ello ha tenido lugar mediante el reconocimiento de obligaciones *erga omnes* (a las cuales nos referiremos en el capítulo siguiente), aunque ello ha tenido poca aplicación práctica y también bastante poco desarrollo jurídico.

Entonces, son universales en cuanto a su goce, titularidad y ejercicio pues corresponden a toda persona. Y son universales también en el sentido de que cualquier sujeto e incluso cualquier actor podrían reclamar por el cumplimiento de los mismos, aunque no sea directamente el afectado. En esto radica el gran invento de la modernidad, dice Pérez Luño: en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas. “La universalidad”, señala Laporta, “se refiere a los titulares, tratando de determinar a cuáles sujetos pertenecen los derechos”⁸⁴; la universalidad indica, entonces, “a todos”.

Pero además, el autor concluye que la universalidad también viene a ser impuesta frente a los sujetos obligados, que también serían “todos”; así afirma que “lo característico de los derechos

⁸² Naciones Unidas, “Qué son los derechos humanos”, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>

⁸³ Pérez Luño, *La universalidad...*, ob. Cit. p. 22.

⁸⁴ Laporta, “Sobre el concepto...”, ob. Cit.

humanos sería fundamentar la presencia de obligaciones generales” es decir, obligaciones de todos, no sólo institucionales.

La primera consideración que surge para este autor es que, de ser así, debemos sacar los derechos humanos del ámbito jurídico positivo. Ello, porque entiende que la universalidad de los derechos humanos no es aquella puramente lógica que trate “universalmente igual” a todos los “x” de una categoría e iguales circunstancias y condiciones y etc., sino que justamente borra todas esas circunstancias, de lo cual se seguiría que no es posible afirmar que son “universales” y que son producto de un orden jurídico positivo, salvo, claro está, que hablemos de uno igual de universal que sólo produzca esas normas. Serían entonces derechos morales, o moralmente universales.

Lo interesante de esta idea es que no acota la universalidad a un concepto jurídico, sino de una u otra forma remite a elementos extrajurídicos, que es donde, entendemos, está el meollo del sistema de los derechos humanos. La universalidad refiere también a un amplio consenso, a una dimensión planetaria. Como ya lo hemos dicho, La práctica seguida en consecuencia y el enorme consenso logrado en torno a tal universalidad y sobre los derechos que son considerados “humanos”, dan lugar a lo que puede ser identificado como “universalización” del concepto. Así, RABOSI, por ejemplo, se refiere al *fenómeno* de los Derechos Humanos, queriendo con ello significar que han alcanzado tal dimensión planetaria que es difícilmente reversible en el plano normativo.

Finalmente, el concepto de universalidad está íntimamente emparentado con el principio de igualdad y no discriminación al cual nos referiremos en el apartado siguiente.

7. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El concepto de discriminación –o más bien, de la no discriminación- constituye un referente que conecta los distintos componentes vitales (del derecho) de los derechos humanos.⁸⁵ Según las Naciones Unidas, se trata de “un principio transversal en el derecho internacional de los derechos humanos”⁸⁶: está presente en todos los principales tratados e incluso constituye el eje central de algunas convenciones. Por demás, el principio se aplica no sólo a toda persona (donde se relaciona con la universalidad), sino en relación a todos los derechos humanos, prohibiendo la

⁸⁵ Provisoriamente y antes de abordar la definición normativa del vocablo “discriminación”, entenderemos lo que otrora el profesor Rabbosi (*Derechos humanos...*, ob. Cit., p. 179): “discriminar es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible”.

⁸⁶ Naciones Unidas, “Qué son los derechos humanos”, ob. Cit.

discriminación sobre un catálogo de categorías que se va ampliando progresivamente; en el principio, fue raza, sexo, idioma, religión⁸⁷.

En primer lugar, la prohibición de discriminación en el goce de los derechos es una precondition sine qua non para todos aquellos derechos que los Estados deben garantizar a los habitantes sujetos a su territorio y/o jurisdicción (art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos): ambos presentan la no discriminación como principio.

Numerosas agencias internacionales se han expedido al respecto: según la Relatora Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, por ejemplo, la igualdad y no discriminación es un principio general del derecho internacional de los derechos humanos⁸⁸; de manera más amplia, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que “la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos”⁸⁹.

Más significativamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que estos tres “elementos [no discriminación, igualdad ante la ley e igual protección de la ley] constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos” pertenecen al dominio del *jus cogens*⁹⁰, lo que no hace más que ratificar lo ya dicho en su competencia contenciosa, al decir que:

“El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación”, sostiene, “constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos.... En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”⁹¹.

Por otra parte, la misma fuente material del surgimiento de los derechos humanos pone de relieve que la no discriminación por razones de nacionalidad estaba, de alguna manera, implícita en las prohibiciones originarias de raza o religión, ya que la desnacionalización fue una de las principales armas utilizadas para despojar a las personas de derechos. No obstante, en esta

⁸⁷ Carta de las Naciones Unidas, artículos 1.3, 13.1.b., etc.

⁸⁸ Tercer Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para los Derechos de los Migrantes, A/59/377 del 22/9/04, párr. 31.

⁸⁹ Comité de Derechos Humanos, Comentario General #18, “No discriminación”, 10/11/1989, párr. 1

⁹⁰ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 83 y 101.

⁹¹ Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párrafo 184.

organización nacional-estatal sobre la cual los derechos humanos se recortan recogerían estos datos tales como la ciudadanía (y sus derechos exclusivos), el derecho a una nacionalidad, la residencia legal por parte de los extranjeros.

Por un lado, entonces, la prohibición de discriminación por motivos de origen nacional (art. 1.1. CA); por otro, el reconocimiento de derechos ciudadanos, la necesidad de una nacionalidad (reconocimiento hecho en el derecho humano a una nacionalidad), la legalidad de la residencia de los extranjeros. En el medio, la extensión de la no discriminación como comprendiendo la igualdad, el principio de igualdad y no discriminación. ¿Cómo podemos leer el art. 1.1. de la Convención americana y análogos en otros instrumentos visto lo dispuesto para los derechos?

El art. 1.1 de la Convención Americana conmina a los Estados en los siguientes términos:

Los Estados Partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Es posible distinguir los siguientes niveles de análisis en el artículo citado: (i) el más difundido refiere a la fijación de las obligaciones de los Estados (respetar, prevenir y garantizar⁹²); (ii) la referencia a todas las personas “sujetas a su jurisdicción”⁹³ hace innecesaria la concurrencia de la voluntad del Estado sobre tal sujeción, lo cual significa que incluye a los *undesired* o *unwanted migrants* y a los “extranjeros excluibles” (según figuras presentes en ciertas legislaciones como la estadounidense). Finalmente, nos detendremos en el (iii): “sin discriminación alguna por motivos de”, el cual da origen a las siguientes preguntas:

- (i) ¿puede leerse como habilitante de la posibilidad de discriminación por otros motivos distintos a los enunciados o distintos a cualesquiera otros que no respondan a una condición social? (esto teniendo en cuenta el etcétera que cierra el párrafo). Esto, es, ¿los motivos o *grounds* de discriminación mencionados son meramente enunciativos?

⁹² Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus primeros casos: “*Velásquez Rodríguez*”, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C nro. 4, párrafos 167-68 y 187; “*Godínez Cruz*”, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C nro. 5, párrafos 176-77 y 197, todos citados.

⁹³ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene dos requisitos a este respecto: que las personas se hallen en su territorio y que, además, estén sujetas a su jurisdicción (art. 2.1.). La interpretación *pro homine* indica, por el momento, que sólo alcanza con que estén sujetas a su jurisdicción; luego veremos la previsión “y/o” contenida en la Convención específica para los migrantes y sus familias.

- (ii) Por el contrario, ¿presume que todos los *grounds* mencionados tienen una presunción de ser discriminatorios?
- (iii) ¿puede interpretarse como habilitante de una diferenciación no discriminatoria pero basada en dichos motivos?

Para responder dichas preguntas debemos reparar en ciertas pautas de interpretación. En primer lugar, el art. 1 constituye una norma general aplicable a todas las disposiciones del tratado⁹⁴, lo cual significa que incluye cualquier distinción e incluso, a toda suspensión (medida excepcional) o restricción (medida normal) en el ejercicio de los derechos: de allí que incluso los motivos habilitantes de estas últimas deban respetar las prohibiciones de este artículo tanto como la cláusula del art. 30 de la Convención⁹⁵, actuando ambos artículos de apertura y cierre a modo de encorsetamiento para los Estados. Teniendo en cuenta, además, el principio *pro homine*, -al cual nos hemos referido en los párrafos anteriores- y la característica de progresividad del sistema, plasmada por ejemplo en la constante ampliación del catálogo de dichos *grounds*, ello responde negativamente a la primera pregunta y afirmativamente a la segunda: el artículo veda la posibilidad de discriminar por otros motivos, ya que los mismos son meramente enunciativos.

Las dos últimas preguntas requieren mayor análisis, en particular sobre aquello de “sin discriminación alguna...”. Podría pensarse que no puede decirse mucho al respecto después de la OC-18/03 de la Corte IDH, aunque en realidad, el alcance de dicha Opinión es más modesto, al menos en lo que nos interesa: lo que la Corte Interamericana reconoció en dicha Opinión es el carácter de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación⁹⁶, cuya aplicación no depende del estatus migratorio⁹⁷ y no impide, en definitiva, otorgar un trato distinto a los documentados con respecto a los indocumentados o “entre migrantes y nacionales”⁹⁸, *si el mismo no lesiona aquél principio*. ¿Cómo es posible saber, entonces, si lesiona o no dicho principio? El punto está entonces en saber si, ante una diferencia, exclusión, preferencia dada, se trata de una distinción o de un caso de discriminación.

La definición de “discriminación” se reconoce como una de las cuestiones más arduas; de hecho, ni el Pacto ni la Convención definen que es discriminación ni indican qué constituye discriminación. Según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el término

⁹⁴ Corte IDH, “Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A No. 4.

⁹⁵ Dicho artículo establece que “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

⁹⁶ Corte IDH. *Condición Jurídica...*, citada, párrafo 101.

⁹⁷ Ídem, párrafo 118.

⁹⁸ Ídem, párrafo 119.

"discriminación" debería ser entendido en el sentido de implicar cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, la cual, basada en motivos tales como raza, color, sexo, idioma, origen nacional o social, etc, que tenga como propósito o efecto anular o menoscabar (*impairing*) el reconocimiento, goce o ejercicio por todas las personas, en un pie de igualdad, de los derechos y libertades⁹⁹.

En el Comentario General de referencia (#18), además, el Comité deja en claro: (i) que la prohibición de discriminación no sólo es para los derechos convencionales, sino también para los reconocidos constitucional o legalmente o en otros instrumentos internacionales; (ii) que no toda diferencia de trato constituirá discriminación, si el criterio de tal diferenciación es razonable y objetivo y la intención es lograr un propósito legítimo bajo el Pacto (párr. 13).

Para el caso de los trabajadores migrantes, el art. 7 de la Convención de los Migrantes consagra la “no discriminación en el reconocimiento de los derechos” en los siguientes términos:

Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y **asegurar a todos** los trabajadores migratorios y sus familiares **que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción** los derechos previstos en la presente Convención, **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 (énfasis agregado).

Nótese la diferencia entre los términos del art. 1.1 de la Convención Americana y el 7 de la CM: mientras que la CA establece que los derechos se asegurarán “sin discriminación”, la CM, enuncia “sin distinción”. Por si quedaran dudas, dicha diferencia se ve ratificada en el *Fact Sheet* elaborado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos “*States parties should respect and ensure the rights contained in the Convention without **distinction of any kind...***”¹⁰⁰ (énfasis agregado). Además, esta enumeración ensancha aquellas posibles de ser encontradas en cualquier otro instrumento de derechos humanos, al incluir situación económica, estado civil o patrimonio.

⁹⁹ Comité de Derechos Humanos, Comentario General nro. 18, citado, párrafo 7. Por otro lado, las convenciones específicas en materia de discriminación (tal como la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*) traen definiciones similares: <<la expresión "discriminación racial">>, dice el art. 1.1 de dicho instrumento, <<denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública>>.

¹⁰⁰ Office of the United Nations, High Commissioner for Human Rights, “The International Convention on Migrant Workers and its Committee”, Fact Sheet No. 24 (Rev.1).

Desde la aplicación de la norma más favorable, es posible concluir, entonces, que al utilizar el término “distinción”, ello indica que el simple hecho de efectuar una diferenciación sobre las bases señaladas en el artículo 7 de la CM es discriminatorio sin necesidad de recurrir al análisis sobre la razonabilidad, objetividad o propósitos legítimos. El art. 1.1. de la Convención debe, en consecuencia, ser interpretado como sigue en su aplicación a los migrantes:

Los Estados Partes... se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación, distinción, preferencia o exclusión alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social tal como el estado civil o el patrimonio que tenga por intención o efecto menoscabar o anular el reconocimiento, goce, ejercicio y garantía de los derechos reconocidos en la Convención, en otro instrumento internacional (art. 29.b CA), en el derecho interno de los Estados Partes (OC-4/84, párr. 53-54) o en cualquier medida adoptada por el Estado, sus funcionarios, sus órganos.

Entonces, ¿cuáles supuestos quedan fuera de análisis por no constituir discriminación? En primer lugar y como lo ha dicho la Corte IDH en la OC-18/03: (i) las diferenciaciones como instrumentos para remediar situaciones de hecho desiguales; (ii) diferenciaciones por el estatuto de ciudadano en cuanto (y sólo en cuanto) al ejercicio de derechos políticos. Queda una zona gris, entonces, para otras distinciones intermedias: no remedian una situación de desigualdad, no están prohibidas expresamente (tal como la condición migratoria), no se refiere a derechos políticos.

Dado que no toda distinción de trato puede ser considerada ofensiva de tal dignidad humana, “sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable”¹⁰¹. Aunque mezclando los conceptos que había distinguido párrafos antes, ello no obsta a reconocer que tal afirmación parte de la premisa de que la distinción “parte de supuestos de hecho sustancialmente diferentes”¹⁰². De allí que si dichos supuestos son sustancialmente iguales y el trato es diferente, tenemos en principio un supuesto de discriminación.

¿Cómo evaluamos si tal justificación es “objetiva” y “razonable”? En tal evaluación radica, en definitiva, la habilitación del Estado para efectuar diferenciaciones basadas en la condición migratoria. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el *propósito* y los *efectos*; además debe ser “adecuada”: puede ser objetiva y razonable pero, en virtud del

¹⁰¹ Corte IDH, *Condición...* citado, párrafo 89, énfasis agregado.

¹⁰² Corte IDH, “Condición Jurídica y derechos humanos del niño”, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Serie A No. 17, párrafo 47.

contexto, no ser adecuada; se evalúan entonces, los *efectos* de la medida en consideración, tomando en cuenta para todas estas características los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Ha dicho la Corte EDH que no sólo debe buscar un fin legítimo, se viola igualmente el precepto cuando se establece de manera clara que no hay una relación de razonable proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo¹⁰³.

Por su parte, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos (CG #18 y #15¹⁰⁴) y la OC-4/84 de la Corte IDH permiten señalar, además, otros elementos que una interpretación integradora y de conformidad con el art. 30 de la Convención señalan para tener en cuenta. No sólo debe ser (i) razonable; (ii) objetiva y (iii) perseguir un fin legítimo sino que también debe ser (iv) proporcional (lo cual incluye la aplicación administrativa y judicial por parte de las autoridades) y (v) adecuada, debiendo tener en cuenta (vi) los principios prevalecientes en una sociedad democrática (con lo cual se sitúa este principio como parámetro y no como motivo autónomo de restricción); (vii) así como los que derivan del respeto de los derechos humanos (señalado también en la OC-18/03¹⁰⁵): no debe menoscabar la esencia del derecho ni otros derechos reconocidos; esto último se indica como el “principio de consistencia”. Por último, debe cumplir con los requisitos de (viii) necesidad, ya que no es suficiente que sirva a los propósitos permitidos, sino que debe ser necesaria para protegerlos y (ix) menor lesividad, según el cual debe ser el instrumento menos intrusivo entre aquellos que podrían alcanzar el resultado deseado.

La CIDH, hemos mencionado, puntualiza que si bien los Estados tienen un amplio margen de discrecionalidad en materia migratoria, ello no implica que esa facultad no se encuentre sujeta a la obligación internacional en materia de derechos humanos¹⁰⁶ ni deben apartarse de las consideraciones precedentes¹⁰⁷. Dicha directiva es clara y no admite reservas para algunos derechos: la discrecionalidad estatal en materia de inmigración tiene límites, por cuanto un Estado no puede, por ejemplo, implementar políticas basadas en la discriminación racial¹⁰⁸.

La presunción de discriminación que cargan dichos motivos coloca en cabeza del Estado la demostración de que se tratan de distinciones que cumplen, en el caso y aplicación concreta, con los parámetros mencionados previamente. A ello debe agregársele la creciente decadencia de la

¹⁰³ Corte EDH, Case *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, párrafo 10.

¹⁰⁴ CDH, Comentario General No. 15, “La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto”, 11/04/86, CCPR/C/27.

¹⁰⁵ Corte IDH, *Condición...*, citado, párrafo 105.

¹⁰⁶ CIDH, Informe 51/01, caso 9903.

¹⁰⁷ Corte IDH, *Propuesta a la modificación...*, citado, párrafo 58.

¹⁰⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos, caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido* (1985).

nacionalidad como fundamento válido y autónomo de diferenciaciones, lo cual lleva a sostener que ni la condición de extranjero o la situación migratoria operan, ni *per se* ni bajo los ropajes de una restricción habilitada, como argumento suficiente que sostenga una diferenciación en el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos que debe garantizar un Estado a todos los habitantes presentes en su territorio y/o sujetos a su jurisdicción, debiendo en todos los casos demostrarse los recaudos (i) a (ix); de lo contrario, estaríamos ante un caso de discriminación.

Por otra parte, la vinculación del concepto de discriminación con el trato igual no resulta suficiente para dar una respuesta desde el derecho a situaciones que entenderíamos como discriminatorias pese a que se reconozca a los actores un “goce igual” de derechos; es necesario incorporar al debate sobre el trato discriminatorio la idea de inclusión de grupos minoritarios o excluidos¹⁰⁹. El concepto de la igualdad y no de la identidad permite, además, establecer que otras medidas deban ser necesarias para lograr dicha igualdad (discriminación positiva). En virtud de dicho principio, el Estado está obligado tanto a abstenerse de realizar acciones que vayan dirigidas a crear situaciones de discriminación como de adoptar medidas positivas para revertir situaciones discriminatorias existentes¹¹⁰.

En realidad, cuando la Corte afirma que la condición migratoria es indiferente para garantizar el principio de igualdad y no discriminación¹¹¹, lo que está haciendo es reconocer el carácter fundamental de dicho principio, ya que se trata al mismo tiempo de un derecho cuyo ejercicio ni siquiera es susceptible de suspensión bajo la declaración legal de un estado de excepción. De alguna manera, sólo está ratificando la importancia del derecho a la igualdad para los trabajadores migratorios indocumentados, en momentos en que la organización Estado-nación se desconfigura, tanto desvaneciendo sus fronteras como fortificándolas; no fija, en definitiva, un parámetro para establecer cuando una distinción basada en el origen nacional o en la condición legal puede ser un *ground* autorizado. Lo que sí dice es que, además de ser *erga omnes*, debe aplicarse a otros derechos reconocidos por instrumentos distintos a la convención (sean nacionales o internacionales).

Por su parte, la Convención de los Migrantes presenta dos características distintivas con respecto al derecho a la igualdad que se garantiza a los migrantes: (i) el criterio de comparación a que hacíamos referencia en el apartado anterior se refiere a los nacionales. De esta manera, encontrándose los migrantes en una situación “sustancialmente igual” a los nacionales, se

¹⁰⁹ Cfr. SABA, Roberto, “Discriminación, trato igual e inclusión”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos por los tribunales locales*, Buenos Aires: CELS, 1997, pp. 561-577.

¹¹⁰ Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes...*, citada, párrafos 103 y 104 respectivamente.

¹¹¹ *Idem*, párrafo 118.

concluye que tienen los mismos derechos y oportunidades; (ii) se encuentra consagrado en relación a los derechos en particular. De esta manera, el derecho a la igualdad de los migrantes se concreta en los siguientes enunciados:

- (i) Derecho a la igualdad en todo lo atinente a la remuneración, otras condiciones de trabajo y de empleo (art. 25 CM¹¹²).
- (ii) Derecho a la igualdad en el acceso a la atención médica urgente (art. 28 CM).
- (iii) Derecho a la igualdad en el acceso a la educación (art. 30 CM).
- (iv) Derecho a la igualdad en el acceso a la vivienda, a servicios de salud y sociales (art. 43 CM).*
- (v) Derecho a la igualdad en la protección contra los despidos, las prestaciones de desempleo y acceso a los programas para combatir el desempleo (art. 54 CM).*
- (vi) Derecho a la igualdad en el ejercicio de una actividad remunerada (art. 55 CM)*

Sin embargo, los derechos previstos en los arts. 43, 54 y 55 (señalados con *) se encuentran reconocidos para los migrantes en situación regular. ¿Contraría esto el principio de no discriminación? En primer lugar, la Convención de los Migrantes, con toda la resistencia que ha traído aparejada por parte de los Estados (recuérdese que tardó más de una década en entrar en vigor), fija un piso mínimo de reconocimiento, con lo cual debe estarse a las disposiciones más favorables del derecho interno, como es el caso argentino a raíz de la NPM. Si el derecho interno borra las diferenciaciones por condición migratoria, esta disposición más favorable es la correcta interpretación a los efectos de evaluar el cumplimiento de los compromisos internacionales, así como la eventual responsabilidad internacional del Estado argentino.

En segundo lugar, recuérdese que independientemente de que un Estado sea parte de dicha convención, sus disposiciones constituyen la *lex specialis* que la Corte IDH o la Comisión Interamericana pueden utilizar para la fijación del contenido de los derechos previstos en la Convención Americana o en la Declaración para las peticiones en que estén en juego derechos de los migrantes.

En tercer lugar, consideramos que, por ejemplo, la igualdad reconocida en el art. 54 no cumple con los requisitos de una distinción válida (según los elementos que hemos fijado), ya que entre las consecuencias de su aplicación debe preverse la importante desprotección a que se ven sometidos frente al despido arbitrario, a lo cual se suma que dicha disposición no coopera con el combate de la trata de personas y el empleo ilegal. Como lo sostuvo la Corte IDH en la citada

¹¹² Recordamos que “CM” es la abreviación para la *Convención sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares*.

OC-18/03, la situación de los trabajadores migrantes, sea cual fuere su condición migratoria es equiparable a los nacionales en todos los derechos surgidos de la relación laboral. Todo lo anterior es predicable con respecto al derecho previsto en el art. 55 de la CM.

CAPÍTULO 4. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN VIRTUD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. EL SIGNIFICADO DE LAS OBLIGACIONES ESTATALES

Cuando referimos a “obligaciones” de los Estados, nos estamos refiriendo a la necesaria contracara del reconocimiento de los derechos humanos como “derechos”, aunque las mismas son distintas según el valor vinculante reconocido al instrumento de que se trate. Normalmente, la teoría de las obligaciones de los Estados bajo el derecho internacional de los derechos humanos se refiere a aquellas convencionales, nacidas de tratados; sin embargo, no podemos obviar que:

(i) la firma de un tratado (según se entiende por tal en la Convención de Viena del 69), canje de instrumentos que constituyen el tratado o manifestación del consentimiento en obligarse por el tratado comporta la obligación de no frustrar su objeto y fin. Para los dos primeros casos, mientras no se manifieste la intención de no llegar a ser parte en el tratado; manifestado dicho consentimiento, durante el período que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que este no ser retarde indebidamente (art. 18 CV). Debemos tener esto en mente considerando la tardanza de la Convención de los Trabajadores Migratorios en obtener las ratificaciones necesarias¹;

(ii) otros instrumentos, distintos a los tratados, que contienen derechos humanos son vinculantes en virtud de otras fuentes del derecho internacional. Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, cuyo contenido, esquemáticamente ha sido reconocido como obligatorio en virtud de la costumbre internacional². Por otro lado, los órganos del sistema interamericano se han expedido sobre el valor vinculante de la DA en particular. En 1989, la Corte IDH estableció que, para los Estados miembros de la misma, la Declaración constituye una *fuerza de obligaciones internacionales* en

¹ La *Convención sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares* fue abierta a la firma el 18 de diciembre de 1990. Fue firmada por Argentina el 10 de agosto de 2004, esto es, luego de su entrada en vigor (el 1 de julio de 2003). Argentina depositó el instrumento de ratificación el 23 de febrero de 2007.

² A nivel internacional debemos tener en cuenta que en virtud de la práctica seguida por los Estados (art. 38 del Estatuto de la CIJ), el contenido de la DU ha devenido obligatorio. es parte del derecho interno argentino por su incorporación en 1994 con jerarquía constitucional (otros Estados del continente han seguido igual proceso de incorporación a sus respectivas constituciones) y según la misma Carta Magna lo dispone, los derechos, deberes y garantías enunciados en ella forman parte de los derechos y garantías constitucionales (art. 75 inc. 22) cuya tutela judicial puede procurarse por medio de la acción de amparo (art. 43, ambos de la Constitución Argentina).

tanto define los derechos humanos a que se refiere la Carta constitutiva de la OEA³. Según la Corte, la Declaración Americana define los derechos humanos a los cuales se refiere la Carta de la OEA, “de tal modo que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la OEA en el campo de los derechos humanos sin integrar sus normas pertinentes con las disposiciones correspondientes de la Declaración”⁴.

(iii) el proceso “usual” de aparición de los derechos humanos comienza con resoluciones, recomendaciones y finalmente declaraciones de organismos intergubernamentales, principalmente de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Más allá de las discusiones en torno al llamado *soft law*, podemos afirmar que “las declaraciones son actos solemnes por los cuales los representantes de los gubernamentales manifiestan su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adoptadas ni con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados”⁵. Las declaraciones pueden constituir en algún grado el elemento psicológico para la formación de una costumbre. Como lo expresa Pinto, “en el momento de su adopción, adelanta una *opinio juris* –conciencia de obligatoriedad, expresión del deber ser- a la que la práctica internacional debe adecuarse con miras a la cristalización”⁶. Lo cierto es que estas resoluciones, reciban el nombre que reciban, pueden exhibir algún grado de vinculación en virtud del principio de derecho internacional de la buena fe, por ejemplo: si un Estado votó a favor, será en virtud de este principio que podría reprochársele actos en contra de dicha resolución.

Nos referiremos entonces a las obligaciones de los Estados en sentido estricto, en primer lugar, esto es, aquellas que emanan de los tratados y convenciones de derechos humanos que han sido ratificados por el Estado de que se trate. El derecho internacional de los derechos humanos es principalmente de fuente convencional, se reconoce pero además, todos los Estados han ratificado al menos un tratado de derechos humanos y el 80% de ellos, cuatro o más⁷.

Entre sus caracteres generales, dichas obligaciones son objetivas, lo cual determinará, por ejemplo, la intrascendencia de la disposición subjetiva del agente que cometa la posible lesión. Los tratados de derechos humanos, dice Cançado Trindade, “prescriben obligaciones de carácter

³ Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párrafo 45 (énfasis agregado).

⁴ Cançado Trindade, *El derecho internacional...* Ob. Cit., p. 38.

⁵ Nikken, Pedro, “La fuerza obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas: Caracas, nro. 75, 1990, pp. 329-349.

⁶ Pinto, *Temas*, ob. Cit., p. 35.

⁷ Naciones Unidas, “Qué son los derechos humanos”, ob. Cit.

esencialmente objetivo, que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente y enfatizan el predominio de consideraciones de interés general u *ordre public* que trascienden los intereses individuales de las Partes Contratantes”⁸. Ello, porque “el carácter de las obligaciones asumidas por los Estados en los tratados de derechos humanos no es el sinalagmático tradicional en el que el cumplimiento de las prestaciones recíprocas determina el ritmo de aplicación del tratado sino que, por el contrario, se trata de obligaciones asumidas *erga omnes*”⁹.

Finalmente, debemos tener en cuenta que el art. 28 de la Convención Americana, por ejemplo, declara que “cuando se trate de un Estado constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado cumplirá todas las obligaciones de la presente convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial”. En las materias que competan a las provincias, “el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de la convención”. ¿Entonces lo que le queda es una obligación de medios de solamente tomar las medidas pertinentes? En realidad creemos que se trata de una obligación adicional para evitar incumplimientos a la convención, ya que “un Estado federal es una sola persona frente al derecho de gentes”¹⁰. Más aún, la Comisión IDH sostiene que “las unidades federativas, en tanto partes del estado federal, se encuentran igualmente vinculados por lo dispuesto en los tratados internacionales ratificados por este último”¹¹.

Las obligaciones abarcan a todas las estructuras por las cuales se ejerce el poder público, ya que para el derecho internacional, el Estado es una unidad. Están obligados no sólo el Poder Ejecutivo (incluida la Administración Pública), como normalmente se piensa cuando hablamos de cumplir derechos humanos, sino también el Legislativo, el Judicial; las provincias, los municipios; los distintos agentes (funcionarios e incluso empleados) de cada uno comprometen la responsabilidad del Estado. Asimismo se encuentran vinculadas otras agencias del Estado tal como el Ministerio Público, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura, etc. Este es un principio de derecho internacional generalmente aceptado: el Estado federal es responsable de la conducta de sus subdivisiones políticas. No puede evadir dicha responsabilidad alegando su derecho interno, tales como poderes constitucionales insuficientes¹² (pinto, 1997, 73). Puede servir para deslindar responsabilidades al interior pero frente a la esfera internacional, responde el Estado federal.

⁸ Cançado Trindade, *El derecho internacional...* ob. Cit., p. 24.

⁹ Pinto, Mónica, *Temas...* ob. Cit., p. 58.

¹⁰ Barboza, *Derecho internacional público*, ob. Cit., p. 170.

¹¹ Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Serie C No. 203, párrafo 142.

¹² Pinto, *Temas...*, ob. Cit., p. 97.

2. LA INTERPRETACIÓN CLÁSICA DE LAS OBLIGACIONES

Según la Convención Americana (art. 1.1.), los Estados Partes se comprometen a **respetar** los derechos y libertades reconocidos en ella y a **garantizar** su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Según el artículo 2, tienen también la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos en el orden interno, si es que no estuvieren ya garantizados (art. 2). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos trae disposiciones análogas (art. 2.1. y 2.2. respectivamente) y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno también se encuentra reconocida en el Protocolo de San Salvador. Por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como en el Protocolo de San Salvador se reconocen otras obligaciones (de progresividad mediante la asistencia y la cooperación), cuya especificidad e interacción con las obligaciones “clásicas” trataremos hacia el final del presente capítulo.

Por otra parte, es jurisprudencia de la Corte IDH que “la responsabilidad internacional del Estado se genera inmediatamente después de cometerse un acto ilícito según el derecho internacional¹³, y “la voluntad de reparar dicho acto a nivel interno no inhibe a la Comisión ni a la Corte para conocer un caso”¹⁴.

La Corte IDH se ocupó tempranamente de las obligaciones de los Estados. En sus primeros casos guatemaltecos, definió que “el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte...dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía”¹⁵. Como dirá Cançado Trindade,

“El artículo 1(1) de la Convención Americana es mucho más que un simple ‘accesorio’, es un deber general que se impone a los Estados Partes y que abarca el conjunto de los derechos protegidos por la Convención. Su violación continuada puede acarrear violaciones adicionales de la misma, que se suman a las violaciones originales. El artículo 1(1) es, de ese modo, dotado de un amplio alcance. Refiérase a un deber permanente de los Estados, cuyo incumplimiento puede acarrear nuevas

¹³ Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 75.

¹⁴ Cfr. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, citado, párr. 75; *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 71, y *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 58.

¹⁵ Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C nro.4, párrafo 164; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C nro. 5, párrafo 173.

víctimas, generando *per se* violaciones adicionales, sin que sea necesario relacionarlas con los derechos originalmente vulnerados...”¹⁶

En la jurisprudencia de la Corte IDH, las obligaciones de los Estados son:

2.1. Respetar

Es el deber inmediato e incondicional por el cual el Estado no puede violar los derechos directamente; “the obligation to respect requires that a state and its organs abstain from any action that hampers the realization of human rights”¹⁷. Sin embargo, la mera abstención no es todo el contenido del deber de respetar. Toda actuación estatal que viole los derechos reconocidos en la Convención infringirá la obligación de respetar, y lo interesante es que es independiente de la voluntad del órgano que ejerza poder público, así como también es irrelevante que actuara conforme a derecho, en contravención al mismo o desbordando los límites de su propia competencia o instrucciones particulares recibidas; en todos los casos el Estado es responsable si dicha actuación lesionó algún derecho.

2.2. Garantizar

Es una obligación según la cual debe organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público. Ello significa que la obligación no se agota con la existencia de un orden normativo, sino que comprueba la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁸ implicando asimismo, la obligación de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudieran existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce¹⁹ ya que la tolerancia a situaciones que impidan el goce de sus derechos constituye una violación de la Convención.

Para la obligación de garantía, además, “no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”²⁰. Es que este deber de garantía, “al estar

¹⁶ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Voto razonado del Juez Cançado Trindade.

¹⁷ JONES-BOS, René, “Poverty is a comprehensive violation of human rights”, en *Development Issues*, vol. 5, nro. 3, Dic. 2003. (Instituto de Estudios Sociales, Países Bajos)

¹⁸ Jurisprudencia constante desde “Velásquez Rodríguez”: Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafos 167-168.

¹⁹ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, citado, párrafo 68; Godínez Cruz, citado, párrafo 71, etc.

²⁰ Corte IDH, *Campo algodonero*, citado, párrafo 243.

vinculado con derechos específicos, puede ser cumplido de diferentes maneras, dependiendo del derecho que el Estado tenga el deber de garantizar y de la situación particular del caso”²¹.

Estas medidas no se refieren solo a las normativas (“frecuentemente no suficientes per se”), sino que incluye otras providencias de los Estados en el sentido de (i) capacitar a los individuos bajo su jurisdicción para hacer pleno ejercicio de todos los derechos protegidos; (ii) eliminar los obstáculos y lagunas y perfeccionar las condiciones de ejercicio de los derechos protegidos²². De esta obligación de garantizar se desprenden las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar.

Desde esa perspectiva, “la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción. Esto podrá hacerse por el medio que le parezca más conveniente, incorporación de dichas normas o dictación (sic) de normas internas que las reproduzcan. También, naturalmente, deberá hacer una cuidadosa revisión de su legislación interna con el propósito de eliminar Las discrepancias que puedan existir entre ella y las normas internacionales, es decir, deberá hacer un proceso de adecuación de la misma”²³.

Estas obligaciones, según sigue diciendo Cecilia Medina, son de exigibilidad inmediata en el plano internacional²⁴. Pero como reconoce en los párrafos siguientes, para que las normas internacionales operen es necesario que los Estados ofrezcan recursos adecuados y eficaces para que los individuos puedan reclamar. Incluso, la existencia de recursos no agota la obligación del Estado, “ya que éste debe también crear las condiciones necesarias para que los derechos puedan ejercerse. Por ejemplo, para garantizar el debido proceso el Estado debe entre otras cosas dictar normas procesales, destinar dinero a crear la estructura de los tribunales, asegurarse de que existan escuelas de derecho para preparar abogados y proveer asistencia legal a los que carezcan de recursos”.²⁵

Existe además una interpretación particular del deber de garantía según el derecho de que se trate. Así, la prohibición de tortura, la desaparición forzada de personas, la muerte violenta, imponen al Estado la obligación de iniciar de oficio e inmediatamente una investigación efectiva que permita identificar, juzgar y sancionar a los responsables, cuando existe denuncia o razón

²¹ Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Serie C No. 203, párrafo 111.

²² Corte IDH. Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, voto del juez A. Cançado Trindade, párrafos 3 y 4.

²³ Medina, Cecilia, “El derecho internacional de los derechos humanos”, Cecilia Medina y Jorge Mera (editores), Sistema jurídico y derechos humanos. El Derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos, Santiago: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996, pp. 27-84.

²⁴ Cfr. Con Medina, ob. Cit.

²⁵ Medina, ob. Cit., p. 13.

fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura²⁶ (caso Campo Algodonero, párrafo 246), ha tenido lugar una desaparición forzada²⁷ o una muerte violenta²⁸.

2.3. Prevenir

Según la obligación de prevención, “el Estado debe prevenir que la libertad de los individuos se vea menoscabada por la actuación de agentes estatales y terceros particulares, así como investigar y sancionar los actos violatorios de este derecho”²⁹.

El deber de **prevenir razonablemente** (i) abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, administrativo, político y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito³⁰, aunque no resulten directamente imputables al estado. Esto quiere decir que un hecho ilícito violatorio obra de un particular o de un autor no identificado puede acarrear la responsabilidad del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos de la Convención³¹; (ii) “razonablemente” significa que es de medio o de comportamiento: no basta que suceda una violación para afirmar que el Estado falló en prevenirla³².

En virtud de la interpretación integradora, además, las obligaciones de los Estados pueden ser precisadas según instrumentos particulares, como la Convención de Belem do Pará, la Convención para prevenir la tortura o contra la desaparición forzada. Así, la Corte IDH entendió que “la estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer”³³.

²⁶ Corte IDH, *Campo algodouero*, citado, párrafo 246.

²⁷ Por ejemplo, Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

²⁸ Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Serie C No. 203, párrafo 114.

²⁹ Corte IDH, *Campo algodouero*, citado, párrafo 247.

³⁰ Jurisprudencia de la Corte IDH desde sus primeros casos: Velásquez Rodríguez (citado, párrafo 187) y Godínez Cruz (citado, párrafo 197).

³¹ *Ibidem*, párrafos 172-74 y 181-84, respectivamente. Ver también Corte IDH, caso “Gangaram Panday”, sentencia del 21 de enero de 1994, Serie C nro. 16, párrafo 62 y Corte IDH (1995), párrafo 56, entre muchos otros.

³² Corte IDH, *Caballero Delgado*, Fondo, citado, Voto Juez Nieto Navia, párrafo 22

³³ Corte IDH, *Campo algodouero*, citado, párrafo 258.

La remoción de todos los obstáculos, incluso culturales, tendrá una relevancia particular para el tema de los migrantes. Para ello, se señala por ejemplo que el Estado debe emprender las campañas necesarias para crear las condiciones de no discriminación³⁴.

2.4. Investigar

La obligación de **investigar** es, “como la de prevenir”, una obligación de medio o de comportamiento que no es incumplida por el sólo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa... Debe ser asumida por el Estado como un deber propio y no como una simple gestión de intereses particulares”³⁵. El Estado tiene al respecto el deber de debida diligencia y en términos generales, la obligación de investigar “subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida”.

De conformidad con los últimos fallos de la Corte IDH, se ratifica que “el deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”³⁶. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos; incluso, será una obligación particular, la de dar garantías de no repetición.

Este deber de investigar implica que una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, “deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales”³⁷.

Por otro lado, la Corte ha advertido que esta obligación se mantiene “cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son

³⁴ Cfr. Medina, ob. Cit., p. 14.

³⁵ Velazquez Rodríguez, ob. Cit., párrafo 177.

³⁶ Corte IDH, *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, citado, párrafo 113; *Campo algodonero*, citado, párrafo 289.

³⁷ Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, citado, párrafo 143; *Campo Algodonero*, citado, párrafo 290.

investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”³⁸.

2.5. Sancionar, reparar

La obligación de **sancionar** a los responsables de violaciones a los derechos humanos puede ser vista como la formulación más perfecta del principio del efecto útil aplicado a la obligación de investigar.

Como corolario de lo anterior, el Estado tiene la obligación de **reparar adecuadamente** los daños sufridos por la víctima y en ocasiones cada vez más frecuentes, por sus familiares. Al respecto, el juez Nieto Navia a dicho que “el deber de reparar no es en el orden interno ni en el internacional, autónomo. Es decir, para imponer una reparación, previamente hay que demostrar la violación de la convención”³⁹.

La doctrina, por su parte, reconoce que “el Estado está obligado a investigar, procesar y castigar a quienes resulten responsables, y a revelar a las víctimas y a la sociedad todo lo que pueda establecerse sobre los hechos y circunstancias de tales violaciones”⁴⁰. Aunque su importancia es innegable, su incidencia en el marco de este trabajo es relativa, ya que el derecho a la verdad está íntimamente relacionado con los crímenes de lesa humanidad, donde el concepto de “reparación integral” tiene un significado adicional.

3. EL DERECHO INTERNO

En este apartado reseñaremos brevemente la interacción entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos. Normalmente el punto de vista es sobre lo que el derecho interno debe hacer frente al internacional y a ello referirá la primera parte. En la segunda, veremos que significa el derecho interno frente al internacional, además de un simple hecho.

3.1. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno

En el ámbito interno, recogiendo una vieja costumbre del derecho internacional, los Estados se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del tratado de que se trate, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la convención y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter

³⁸ *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, citado, párrafo 145; *Campo algodonero*, citado, párrafo 291.

³⁹ Corte IDH, *Caballero Delgado*, ob. Cit., voto Nieto Navia, citado.

⁴⁰ Méndez, Juan, “Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de derechos humanos”, Disponible en: http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Juan_E_Mendez.pdf [Consultado el 20-06-2010].

(art. 2 CA, art. 2.2. de los Pactos de 1966). Este artículo no puede reducirse al simple deber genérico de darle eficacia en el orden interno a la obligaciones contraídas internacionalmente y muy específicamente, del juego con el artículo 1 resulta que si tales derechos no están ya garantizados de la manera apuntada, los Estados se hallan obligados a adoptar las medidas necesarias (especialmente institucionales, económicas y humanas) para hacerlos efectivos y en particular, para ir garantizando, cada vez más y con mayor eficacia, aquellos derechos y libertades. Esta obligación adicional opera en aquellos supuestos en que el art. 1.1. resulte inoperante o al menos insuficiente, pero no por limitaciones propias del derecho interno (que entrañarían una violación a la Convención), sino en virtud de que determinados derechos necesitan normas o *medidas complementarias*.

Recientemente, la Corte ha señalado que “conforme al artículo 2 de la Convención Americana, los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen”⁴¹; vemos que entra a jugar aquí el principio de no regresividad que mencionáramos en el capítulo anterior.

Más aún, ha señalado que “el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, entonces, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías...”⁴².

Según el mismo tribunal, “la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico⁴³”, donde incluso no es necesaria la aplicación en concreto de la norma para que haya incumplimiento y “se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda”⁴⁴.

⁴¹ Corte IDH. Caso *Dacosta Cadogan Vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204, párrafo 68.

⁴² Corte IDH, *Masacre de las Dos Erres*, sentencia del 24 de noviembre de 2009, párrafo 122; *Bulacio*, ob. Cit., párrafo 142 y ss., entre muchos otros antecedentes.

⁴³ Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros), párrafo. 88.

⁴⁴ Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párrafo 57.

Además, estas medidas deben ser efectivas, de conformidad con el principio del *effet utile*⁴⁵.

De esta forma en el artículos hay dos elementos importantes: (i) la obligación general de derecho internacional de adecuar el derecho interno a una norma internacional, que para el caso de los derechos humanos tiene implicancias concretas, a saber, que las medidas necesarias no son sólo legislativas, ya que incluso, la mera adopción de una legislación en particular puede no ser efectiva, dado que (ii) la efectividad es un segundo elemento que tiene una relevancia particular para el derecho internacional de los derechos humanos. Además, estas medidas son pasibles del llamado “control de convencionalidad”, donde el cual cada juzgador (y con ello incluye a los órganos judiciales internos) “debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales”⁴⁶.

3.2. El derecho interno en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Como sabemos, este derecho internacional plantea un piso mínimo de derechos, por lo cual no afecta la mayor amplitud con que puedan estar contemplados en la legislación interna de cada Estado. Esta mayor amplitud con que los derechos humanos estén reconocidos en la legislación interna no puede ser menoscabada por interpretación alguna de los derechos contenidos en los tratados de derechos humanos: según lo dispone la misma Convención Americana, “ninguna disposición de la convención puede ser interpretada en el sentido de...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados” (art. 29.b, CADH).

A la inversa, tampoco ninguna disposición interna puede menoscabar los derechos previstos en los tratados de derechos humanos, ya que los Estados no pueden invocar su derecho interno para incumplir un tratado (art. 27 CVDT) y, por otro lado, tienen la obligación de adoptar medidas (legislativas, judiciales, sociales y de cualquier otra índole), tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, para garantizar efectivamente los derechos que no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de cualquier otro carácter (art. 2 CADH). En definitiva, el desconocimiento de un derecho consagrado en un tratado de derechos humanos acarrearía, eventualmente, la responsabilidad internacional del Estado de que se trate.

En definitiva, si los Estados parte en la CADH cumplen aquellas obligaciones generales (arts. 1 y 2 CADH) mediante la adopción de medidas internas (legislativas, judiciales, administrativas,

⁴⁵ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrafo 288. Nos explayamos sobre este principio en el capítulo 2 de esta parte.

⁴⁶ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párrafo 180.

políticas, etc.), estas implementaciones (en tanto representan la medida de cumplimiento de las obligaciones internacionales) son hechos que demuestran el grado de efectividad del derecho de que se trate.

En consecuencia, y dada la progresividad y no regresividad que caracterizan a estos derechos, **la mayor extensión (pues una menor entrañaría violación del tratado de que se trate) con que un derecho está reconocido en el ámbito interno fija el alcance del mismo con respecto al Estado en cuestión.** Ninguna interpretación en contrario es posible si, además, tenemos en cuenta el principio de indivisibilidad de los derechos humanos, ahora enfocado desde la relación derecho interno- derecho internacional.

De esta manera y conforme al principio de la norma más favorable, los derechos previstos en la esfera internacional y en la interna interactúan para dar la protección más amplia a la persona, con la ventaja de que si esta amplitud radica en las previsiones del derecho interno, su cumplimiento también puede ser objeto de la supervisión internacional, dado que como hemos dicho, constituye el contenido específico del derecho de que se trate para ese Estado.

4. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LAS OBLIGACIONES

La Corte IDH, “el órgano con mayor poder conminatorio para garantizar la efectiva aplicación de la Convención”⁴⁷, ha limitado su competencia para declarar violaciones de derechos humanos sólo a los previstos en dicho instrumento, aunque dejando a salvo que *puede interpretar* tales derechos a la luz de lo que dispongan otros documentos⁴⁸ internacionales, (a) aunque no se refieran específicamente a derechos humanos (pero conciernan a su protección) y (b) aunque no sean de aquellos instrumentos propiamente dichos⁴⁹.

¿Qué significa? Que tanto los derechos consagrados en la Convención Americana como las obligaciones que los garantizan pueden ser precisados, *rellenados*, interpretados según declaraciones, planes de acción, principios, observaciones emitidas por diversos órganos internacionales. ¿Cuál es la importancia práctica? Dado que la Corte IDH sólo puede conocer de

⁴⁷ Corte IDH. "Otros Tratados", OC-1/82, citada, párrafo 22.

⁴⁸ El término “documento” internacional, comprendido dentro de “instrumentos”, se refiere a las declaraciones, planes de acción, reglas, principios básicos y toda otra denominación que se asigne a otros documentos análogos, esto es, sin carácter vinculante por sí mismos.

⁴⁹ La diferenciación entre las facultades de aplicación e interpretación fue hecha por la Corte IDH en las excepciones preliminares del caso “Las Palmeras c. Colombia” (Corte IDH, 2000). En cuanto a la interpretación de todo instrumento que concierna a la protección de los derechos humanos en el continente, es jurisprudencia reiterada que la misma debe tomar en cuenta “la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, la cual se enmarca dentro de un *corpus juris* (el del DIDH), formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones, declaraciones). Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.

presuntas violaciones a la Convención Americana, y teniendo en cuenta que este instrumento consagra predominantemente derechos didácticamente denominados de *primera generación*: civiles y políticos (a la vida pero no a la salud y al bienestar, a la integridad física pero no extensas jornadas de labor o prohibición de la contaminación ambiental, etc.) pero no de *segunda* (derechos económicos, sociales y culturales), mediante la interpretación estos derechos pueden *filtrarse* y actualizar derechos contenidos en la Convención Americana con rango de exigibilidad.

Esta complementación e interacción entre las diferentes generaciones de derechos humanos ha sido, en otros términos, crecientemente enfatizada en los últimos años, pero no mucho ha sido dicho sobre las obligaciones estatales correspondientes. ¿Han seguido el mismo proceso? Si es así, es también predicable que al igual que los derechos, tales obligaciones constituyen una unidad indivisible: a la integralidad de los derechos de la persona humana correspondería, en consecuencia, la integralidad de las obligaciones que los garantizan.

El punto de partida, entonces, es simple: al igual que los derechos, las obligaciones que los garantizan constituyen también una unidad indivisible; a la integralidad de los derechos de la persona humana corresponde, en consecuencia la integralidad de las obligaciones que son la contrapartida y en particular, opera la mentada *socialización* que ocurre con respecto a los derechos. ¿Cuál sería la utilidad? Considerando que las obligaciones emergentes de los instrumentos específicos en materia de DESC (PIDESC, PSS) con más las que derivan de ciertas cláusulas en particular prevén, por lo menos en su enunciación, una presencia más fuerte del Estado, servirían para reforzar tanto los derechos civiles y políticos, como para interpretar las obligaciones de los Estados al momento de dotar de contenido social y económicos.

La ratio de esta afirmación debe buscarse en el estatus de contracara que las obligaciones tienen con respecto a de los derechos: una interpretación integradora de los mismos debería integrar también sus correspondientes obligaciones. Por un lado, las obligaciones emergentes de los instrumentos protectores de derechos “económicos, sociales y culturales” son, por lo menos en su enunciación y entendidos de conformidad con las interpretaciones de los órganos de supervisión internacional, más fuertes que las garantizadoras de los derechos “civiles y políticos”. Por ejemplo, una de las maneras de establecer tal interrelación se refiere a las obligaciones emergentes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESyC) o bien del Protocolo de San Salvador adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (PSS): adoptar las medidas necesarias, tanto de orden interno como mediante la cooperación internacional, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr

progresivamente la plena efectividad de los derechos. Esta es la contracara de la “*socialización* de los derechos”⁵⁰: sería una *socialización* de las obligaciones.

El carácter progresivo con que la mayoría de los instrumentos internacionales caracteriza las obligaciones estatales relacionadas con los DESC implica para los Estados, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos⁵¹. “Máximo” de los recursos disponibles significa (i) que la promoción progresiva de los derechos que demandan recursos e inversiones (por ejemplo, en establecimientos de salud y educacionales, en políticas habitacionales, alimentarias, etc.) debe llevarse a cabo obligatoriamente destinando a ese fin “todo lo más que se pueda”⁵²: (ii) que el Estado no cuenta con una amplia discrecionalidad política para fijar el quantum de recursos, sino que está obligado a hacer una evaluación objetiva y no arbitraria mediante la cual, al distribuir los ingresos y los gastos de la hacienda pública, confiera prioridad a la atención de estos derechos.⁵³

En consecuencia:

(i) si el Estado de que se trate no puede por sí solo adoptar todas las medidas (legislativas, administrativas, judiciales, culturales, etc.) para respetar, garantizar y prevenir razonablemente los derechos garantizados, *debe* recurrir a la cooperación internacional. Se respeta la igualdad soberana de los Estados pero la misma no es oponible frente a la protección de la persona humana;

(ii) “progresivamente” significa que “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto... tales medidas deben ser deliberadas,

⁵⁰ García, Lila, “Derechos Humanos para la sustentabilidad y viceversa”, *Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México*, año 15 núm. 74, enero 2005, pp. 75-95 (Premio Comisión Nacional de Derechos Humanos).

⁵¹ CIDH, *Informe Perú 2000*, citado, cap. VI, párrafo 11 (con cita del Comité de Derechos Humanos). El Dr. GARCÍA RAMÍREZ destaca, además, que “la progresividad sólo autoriza el progreso: no el estancamiento y mucho menos el retroceso” (GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2000), “Estado democrático y social de derecho”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, año XXXIII, número 98, mayo-agosto de 2000, pp. 595-635, p. 620).

⁵² BIDART CAMPOS, Germán, “El orden socioeconómico, la Constitución y los Derechos Humanos”, en *La Constitución Real: enfoques multidisciplinarios*. La Ley: Buenos Aires, 2003, p. 70.

⁵³ *Ibidem*. También, del mismo autor: “La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)” (2003), en *Derechos Humanos. Dimensión constitucional de los derechos económicos, sociales y culturales*, año 10 núm. 61, mayo-junio de 2003, pp. 68-74, CODHEM: México, página 70.

concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas...”⁵⁴.

(iii) corresponde a cada Estado una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos⁵⁵.

Por otro lado, sabemos que hay obligaciones que los Estados han asumido en virtud de otros instrumentos internacionales que, aunque no protejan directamente derechos humanos, son pasibles de interpretación por la Corte IDH⁵⁶: las convenciones del Derecho Internacional Ambiental, los Convenios de la OIT, incluso cláusulas provenientes del Derecho Internacional Humanitario (lo relativo a la protección de los bienes culturales, por ejemplo⁵⁷).

Así, existen obligaciones que los Estados han asumido en virtud de otros instrumentos internacionales que, aunque no protejan directamente derechos humanos, son pasibles de interpretación por la Corte Interamericana.

Recae en cabeza de los Estados, a través de la Justicia, respetar, garantizar (lo cual implica remover todos los obstáculos, ya que la tolerancia a situaciones que impidan el goce de sus derechos constituye una violación de la Convención) y prevenir razonablemente nuevas violaciones. Estas obligaciones deben ser cumplidas mediante medidas que no son sólo normativas⁵⁸, sino que incluye otras providencias: sociales, culturales, administrativas, que deben ser adoptadas hasta el máximo de los recursos disponibles, incluso mediante la cooperación internacional y de manera *progresiva*, carácter ineludible de adoptar medidas deliberadas y concretas que implica, en definitiva, que los retrocesos pueden constituir una violación de las obligaciones internacionales.

⁵⁴ Comité DESC, Observación General nro. 3 (1990), Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nro. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados parte*. Doc. ONU E/1991/23 (1990). Disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm> [Consultado el 20-06-2010].

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Doctrina emergente de las opiniones consultivas nros. OC-1/82 (Corte IDH, *Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982); OC-16/99 (ya citada); Art. 29 inc. B de la Convención y de lo establecido en las excepciones preliminares del caso “Las Palmeras”, ya citado.*

⁵⁷ Además de las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, en el ámbito de la OEA se encuentra el *Convenio sobre protección de instituciones artísticas y científicas y monumentos históricos (1935)*, más conocido como “Pacto Roerich”.

⁵⁸ La adopción de medidas legislativas no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes; al contrario, se debe dar a la frase “por todos los medios apropiados” su significado pleno y natural: cabe considerar apropiadas a las de carácter administrativo, financiero, educacional y social, aunque [incluso ellas mismas] no agotan las medidas que pueden resultar apropiadas (CDESC, Comentario nro.3, citado, párrafo 7).

En la práctica, ello implicaría que cuando ante los tribunales se ventila una cuestión que representa un caso particular dentro de una situación más generalizada de violación de derechos humanos (originadas, por caso, en la marginación: pobreza, discriminación, traducidos en una carencia de numerosos bienes esenciales), se encuentra en cabeza de los poderes judiciales el brindar una solución más profunda que ataque las verdaderas causas (prevenir razonablemente) y no ya el remedio particular para el caso; y como dijimos, no se trata de una cuestión de partidas económicas ni significa intromisión en las otras esferas de competencia estatal: la protección de los derechos humanos, hemos visto, no es una cuestión confiada a las leyes o a las medidas administrativas sino que privilegia al individuo por sobre las estructuras estatales⁵⁹.

5. LAS OBLIGACIONES *ERGA OMNES*

Aunque no han tenido el desarrollo sistemático que reclama Cançado Trindade, no es poco lo que se ha dicho sobre estas obligaciones; más bien, lo que le faltan es efectividad. El punto de partida es, como ya lo hemos dicho que los derechos humanos, “en razón de su universalidad en los planos tanto normativo como operativo, acarrear obligaciones erga omnes”⁶⁰; esto no significa, sin embargo, que se trate en todos los casos de obligaciones imperativas, derivadas de normas de *jus cogens*⁶¹.

Como ya lo hemos visto, el carácter objetivo de las obligaciones y la garantía colectiva implicada en el tratado de derechos humanos forman parte de una tríada que se completa con el carácter *erga omnes* de las obligaciones. Esta obligación –que surge del mismo artículo 1.1 de la Convención Americana⁶²– impone reconocer también “efectos horizontales”, esto es, frente a terceros, incluidos particulares; sin esto, “las obligaciones convencionales de protección se reducirían a poco más que letra muerta”⁶³. Muy particularmente, Cançado Trindade ha señalado que:

"la protección de los derechos humanos determinada por la Convención Americana, de ser eficaz, abarca no sólo las relaciones entre los individuos y el poder público, sino también sus relaciones con

⁵⁹ Es imposible no mencionar, siquiera como nota al pie, la coyuntura en la cual está destinada a insertarse: erosión de la soberanía estatal sobre la cual se erigió el sistema de protección de derechos humanos. Como lo reconoce CANÇADO TRINDADE, “a la expansión de la globalización ha correspondido la erosión de la capacidad de los Estados de proteger los derechos económicos, sociales y culturales de la población” (Cançado Trindade, A., “El desarraigo como problema humanitario y de Derechos Humanos frente a la conciencia jurídica universal”, en *Lecciones y Ensayo*, nro. 78, Buenos Aires, 2003, p. 77). En consecuencia, el concepto de “Estado obligado” (*duty-bound State*), así como el carácter de las obligaciones asumidas, pueden haber experimentado varios cambios.

⁶⁰ Cançado Trindade, *El derecho internacional...* ob. Cit., p. 88.

⁶¹ La relación obligaciones *erga omnes* y normas imperativas o de *jus cogens* es una relación de género a especie: no todas las obligaciones erga omnes son del dominio del *jus cogens*. Cfr. Barboza, *Derecho internacional...*, ob. Cit., p. 31.

⁶² Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello*, citada, voto del Juez Cançado Trindade.

⁶³ *Ibidem*.

terceros (grupos clandestinos, paramilitares, u otros grupos de particulares). Esto revela las nuevas dimensiones de la protección internacional de los derechos humanos, así como el gran potencial de los mecanismos de protección existentes, - como el de la Convención Americana, - accionados para proteger colectivamente los miembros de toda una comunidad, aunque la base de acción sea la lesión - o la probabilidad o inminencia de lesión - a derechos individuales"⁶⁴.

Esto también fue ratificado en la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, donde se desarrolló bastante extensamente el asunto de las obligaciones *erga omnes* en el voto Concurrente de Cançado Trindade. Según el mismo, hay dos dimensiones de tales obligaciones: horizontal y vertical, las cuales son complementarias la una de a otra.

“Así, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales)”⁶⁵.

Pese a ello, el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados “no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares”, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí “se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”⁶⁶.

Lo interesante de la formulación de estas obligaciones es que extiende el sistema de protección al ampliar los sujetos activos y los pasivos. Para llevar a conocimiento de los órganos competentes una violación de derechos humanos, no es necesario ser la víctima o el damnificado directo (como ocurre con las acciones de habeas corpus en Argentina, por ejemplo) pero a su vez, el

⁶⁴ *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó versus Colombia*. Resolución sobre medidas provisionales de protección del 06.03.2003. Voto Cançado Trindade, párrafo 4.

⁶⁵ Corte IDH, *Condición jurídica...* citado, Voto Cançado Trindade, párrafos 77 y ss.

⁶⁶ Corte IDH, *Masacre de Pueblo Bello*, citado, párrafo 123.

Estado ya no debe ser referido como el único sujeto frente al cual reclamar por dicho menoscabo: seguirá siendo el sujeto necesario, pero solidariamente pueden demandarse a otros actores, tales como sociedades y corporaciones nacionales y multinacionales.

CUARTA PARTE. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El relevamiento histórico de la Primera parte nos deja en mejor posición respecto a la afirmación hecha en la Introducción respecto a la falta de una política de Estado en torno a la migración, pese a que la misma se ha planteado siempre como distintivo de la identidad Argentina y parte integrante de su posicionamiento en el exterior tanto de su proyecto económico. La Argentina sería potencia porque sería europea, y sería europea porque esta población sería transplantada a nuestro país y daría sus frutos.

Por otro lado, el relevamiento del panorama mundial también nos deja a la vista las dificultades de encarar una política migratoria como la Argentina: no se trata ya de las dificultades de consenso internas sino de una corriente mundial que va en un sentido opuesto; en este sentido el MERCOSUR puede verse como un tamizador y hasta como un ámbito de relativa autonomía, a resultas del cual puede desarrollarse una política migratoria “a contrapelo” de las tendencias mundiales. De este aspecto se ocupa un punto de esta conclusión.

La Segunda parte, que se ocupó de los dos pilares que forman esta nueva política migratoria –ley y programa de regularización-, deja en primer lugar como saldo positivo la experiencia de un nuevo modelo de gestación de normas, con alta participación e impulso de la sociedad civil: una norma realista que realiza una lectura acertada de nuestro mapa migratorio y que reproduce, en lo sustancial, los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con algunas salvedades notables: el reconocimiento de un derecho a migrar, la extensión del derecho a la salud a favor de todos los migrantes independientemente de su condición migratoria, así como del derecho a la reunificación familiar –dos avances respecto a lo previsto en la CM; a la vez, nos deja la duda acerca de cómo se implementará la prohibición de salida por falta de documentos adecuados en vistas del derecho a salir libremente de cualquier país, por ejemplo. Los debates y aportes en torno a la ley pueden ser leídos, además, como la mejor manera de llevar a cabo la subjetivización de los destinatarios que impone el hablar de sus derechos humanos.

Esta norma es por demás muy rica en derechos y sobre todo, en derechos económicos y sociales, destacando sobre todo el rol del Estado. Ambos aspectos denotan la fuerte influencia del paradigma de los derechos humanos, de la reconocida interrelación entre los derechos y de que en definitiva se trata de un sistema estatocéntrico (punto 3.2., capítulo 2, parte II; capítulo 1 de la

parte III), lo cual indica que si bien el Estado es el único garante y violador, nada obsta a que concomitantemente se reconozcan otros sujetos obligados, aunque sin por eso desplazar al Estado de su rol principal. Finalmente, los “claroscuros” de la ley, que son los menos, se reseñaron en el apartado 4 del mismo capítulo sobre la norma, y los mismos surgen de su cotejo con las normas de derechos humanos aplicables: siempre, la más favorable.

Los capítulos 3 y 4 de la parte II dieron cuenta del segundo pilar: el plan de “normalización”, aunque lo normal haya sido hasta ahora, la falta de documentos o de permiso de trabajo. De estos capítulos surge aquella afirmación del título sobre la Argentina mirando al MERCOSUR, ya que los programas apuntaron específicamente a los nacionales de Estados miembros y asociados del Mercado: antes regulados por normas excepcionales de amnistía, luego por convenios bilaterales, muestra ello que esta es la primera política consistente –con el reconocimiento de derechos a los migrantes-, coherente –con los objetivos integración y derechos humanos planteados- y de largo plazo, aspecto en particular del cual se ocuparán los derechos humanos ya que una de las consecuencias de enmarcar esta política en tales cánones es la imposibilidad de reformarla *in pejus*.

Su formulación tiene además puntos adicionales a favor: la extensión a toda persona y no solamente a trabajadores migratorios es algo directamente sin precedentes que pone en primer plano la importancia acordada a la circulación de personas como tales y no como “factores de producción”.

Por demás, el hecho de privilegiar a nacionales del MERCOSUR por sobre nacionales de otros Estados es una circunstancia que todavía hoy puede justificarse tanto por la realidad demográfica argentina en cuanto a extranjeros –ya que más del 50% proviene solamente de los Estados limítrofes (punto 3, capítulo 3, parte I)- como por la necesidad de enmendar de hecho una situación desigual: ante el fomento de la inmigración europea consagrado en nuestra Constitución y las prácticas a que ello dio lugar (punto 2, Capítulo 1, parte II), es obligación del Estado adoptar medidas que remedien la desigualdad (capítulo 3, parte III); es esta una diferenciación necesaria que no entraña, por ahora, discriminación.

Claro que como señalan algunos, no debe perderse de vista que el ánimo de la ley es la integración de todos los extranjeros, y a largo plazo habría que revisar las preferencias dadas a los nacionales del MERCOSUR (hoy, también a través del Instructivo de trámites para el MERCOSUR, al cual nos referimos más adelante) para no convertirnos en la Unión Europea de

hoy, una fortaleza penetrable a sudor y sangre por los “extracomunitarios”. Sobre la situación del MERCOSUR hoy tratan dos apartados de esta conclusión.

Por último, las consecuencias de la visión, caracteres, principios y obligaciones en derechos humanos dan lugar a las implicancias que tiene, para el Estado argentino, el desarrollar una política migratoria en el marco de los derechos humanos.

2. RACCONTO DE CONSECUENCIAS EN DERECHOS HUMANOS

El trabajo realizado fundamenta las siguientes afirmaciones:

2.1. DERECHOS DE LOS MIGRANTES COMO UN RECONOCIMIENTO DEL ESTADO

Esto surge como consecuencia de los mismos caracteres de los derechos humanos: inherentes, innatos, vitalicios. De esta forma, si el Estado no los “otorga”, tampoco está en condiciones de “retirarlos” del mercado de derechos disponibles, al menos no sin comprometer su responsabilidad tanto internacional como nacional, en virtud de que el Poder Judicial tiene el control de “convencionalidad” sobre las acciones estatales, para evaluar si las mismas son conformes o no a las obligaciones internacionales.

Esto, hemos visto, tiene algunas implicancias cuando entran en juego el retiro o denuncia de un tratado. Queda claro en primer lugar que el Estado no puede derogar por vía legal los derechos reconocidos en un tratado internacional; pero tratándose de derechos humanos, tampoco puede hacerlo respecto a derechos que, aunque reconocidos en normas internas, encuentran su reflejo en derechos consagrados internacionalmente, ya que como hemos visto (“El derecho interno”, capítulo 4, parte III), la mayor amplitud del derecho interno forma parte de la definición del derecho en sí para ese Estado en particular; es su medida de cumplimiento de las obligaciones de progresividad y de superar el mínimo.

Un aspecto que puede generar controversias es el eventual retiro de un tratado que consagre derechos humanos, y la posterior derogación de las normas internas que protegían tal derecho, por ejemplo. Creemos que por el mismo principio de derecho “adquirido”, y por tratarse de derechos que el Estado “reconoce” que la persona tiene y no que otorga (como otorgaría una licencia de conducir o una concesión para explotar un carrito en la Costanera), el eventual retiro o denuncia sólo puede tener por efecto el evitar que el Estado sea responsabilizado por el mecanismo particular del tratado –y según las previsiones sobre plazos y modos de comunicación de la voluntad de no seguir siendo parte. Que un Estado no siga siendo parte en un

tratado en particular no implica que la persona humana cese de tener los derechos que se le habían reconocido, sino que el Estado se desvincula *internacionalmente* –no nacionalmente- de las obligaciones que surgían de dicho tratado.

Dada entonces la interrelación entre persona y derechos y su posición frente al Estado, afirmamos en el siguiente punto:

2.2. LA MISMA DEFINICIÓN DE DERECHOS HUMANOS PERMITE INCLUIR TAMBIÉN LAS INSTITUCIONES Y MECANISMOS COMO “DERECHOS HUMANOS”, ADQUISICIÓN IRREVOCABLE Y PERSEGUIBLE “HASTA EL MÁXIMO DE LOS RECURSOS DISPONIBLES”

Según la definición de Pérez Luño que adoptamos, con las salvedades hechas (capítulo 1, parte III), todos los mecanismos internos, las instituciones y las políticas en derechos humanos quedan dentro del plexo de estos derechos, adquiridos irrevocablemente por la persona, “hasta el máximo de los recursos disponibles”, según la interpretación integradora que desarrolláramos en el capítulo pertinente. Las obligaciones no se agotan así en las previstas en la Convención Americana o en el PIDCyP, sino que en tanto se reconoce la integralidad de los derechos de la persona (derechos civiles y políticos más DESC más los que surjan de nuevas necesidades “socialmente objetivadas”, según hemos visto), también se reconoce tal interrelación en la formulación de obligaciones: no sólo las de la CA sino también las emergentes de los DESC.

Así, avanzábamos conclusiones en el capítulo 4 apartado 4: si el Estado no puede por sí solo adoptar todas las medidas (legislativas, administrativas, judiciales, culturales, etc.) para respetar, garantizar y prevenir razonablemente los derechos garantizados, debe recurrir, tiene la obligación de recurrir, a la cooperación internacional. Se respeta así la igualdad soberana pero la misma no puede esgrimirse frente a la protección de la persona humana

Esto marca una pauta en la asignación de las partidas presupuestarias, lejos de justificar la supresión de instancias por “déficit”. Por otra parte, el reconocimiento de estos derechos como “históricos” y ajustados a las necesidades humanas en evolución hace que nuevas o diferentes instituciones o mecanismos se impongan como necesarios, siempre conforme al principio de progresividad.

2.3. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO “A MIGRAR” DENTRO DE UN PLAN DE DERECHOS HUMANOS VUELVE A LA POLÍTICA MIGRATORIA UN DERECHO HUMANO EN SÍ MISMA

Como señalamos en el apartado anterior, la definición de “derecho humano” que adoptamos en este trabajo incluye tanto la facultad como las instituciones. Esto tiene particular importancia

para el reconocimiento de un “derecho a migrar” tal como el que ha sido hecho por las legislaciones argentina y uruguayas.

El reconocimiento interno de un derecho a migrar extiende la protección de la persona al plasmar un aspecto que no tiene correlato en la esfera internacional. En virtud de los principios de progresividad y no regresividad, tal reconocimiento constituye un piso mínimo. Por otra parte, ostentar un “derecho a migrar” no puede agotarse en la simple existencia de un “derecho a irse”: la complementariedad de los derechos así como su interpretación evolutiva, aspectos que hemos desarrollado en los capítulos 2 y 3, implica que tal derecho no se agota en una mera abstención por parte del Estado (del estilo “te dejo ir”) sino que implica la generación de condiciones para que dicho derecho se lleve a cabo en un marco de respeto a los derechos de la persona.

Esto significa el derecho a que, como mínimo, la política se mantenga y progresivamente (pero de manera constante, efectiva, claramente dirigida a tal objetivo) mejore, a que tenga siempre en cuenta a sus destinatarios como sujetos y no meramente objetos, atendiendo a sus necesidades específicas al implementarse –una política migratoria no puede acarrear en sí misma discriminación pero sí serlo en su aplicación concreta.

2.4. LA ENUNCIACIÓN DE DERECHOS HECHA POR LA LEY ES MERAMENTE ENUNCIATIVA, TANTO COMO LISTA COMO EN CUANTO A SU DENSIDAD Y EXTENSIÓN

Por lo primero, los derechos mencionados no agotan el catálogo de derechos posibles, sea que estén previstos en una convención específica como que puedan ser reconocidos luego a consecuencia de la progresividad que define el sistema de derechos humanos. Así, por ejemplo, tienen derechos obvios como a la vida, a la prohibición de torturas, a verse libres de servidumbre, como también derecho a la libertad de expresión, de religión, a verse libre de injerencias arbitrarias en su vida privada y familiar, a la libertad y seguridad personales, al acceso igualitario a la justicia, todo ello con independencia de su situación frente a la ley.

En cuanto a su extensión, los derechos reconocidos en la ley y en las convenciones interactúan para arrojar la interpretación más favorable a la persona; por eso, y esto es sólo un ejemplo, la simple enunciación de derechos de “acceso igualitario” en particular en cuestiones de “trabajo, empleo y seguridad social” (art. 6 de la ley de migraciones) deben rellenarse con el contenido más extenso de otras normas, tales como por ejemplo la de los artículos 25 a 27 de la Convención sobre los Trabajadores Migratorios, que también constituye un mínimo respecto a la igualdad reconocida por la ley, que equipara a extranjeros con nacionales.

La tutela de este catálogo de derechos económicos y sociales puede ser incluso internacional: como viéramos en el apartado “La interpretación evolutiva de las obligaciones”, los reclamos por estos derechos son susceptibles de ser tutelados por el sistema interamericano de protección, aunque la Convención Americana no reconozca específicamente DESC.

Sin embargo, el primer control está a cargo de las autoridades judiciales internas, en este caso específicamente argentinas aunque no exclusivamente, dada la garantía colectiva que subyace a los tratados de derechos humanos: en este “control de convencionalidad”, las autoridades judiciales cotejan la actividad de los otros órganos de gobierno frente a las obligaciones que le impone el derecho internacional, recordando que a los fines de la responsabilidad internacional, el Estado es una sola unidad.

2.5. QUE LOS DERECHOS RECONOCIDOS SEAN “MÍNIMOS” DESTACA COMO OPERAN RESPECTO DE ELLOS LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD

El primer principio impone una obligación de lograr mejores niveles del derecho de que se trate, mediante medidas progresivas que además deben ser efectivas. El segundo, prohíbe “regresar” sobre los niveles reconocidos: los derechos –reconocidos y no su grado de vigencia real- forman parte de los bienes adquiridos por la persona, lo cual impide la adopción de una política migratoria que los desconozca.

Los derechos reconocidos en la ley migratoria argentina fijan, por otra parte, la extensión de los derechos correlativos en la esfera internacional. De esta forma, los “derechos humanos internacionales” son un mínimo que ha sido mejorado por el Estado argentino, al menos y hasta ahora, en el nivel legal. Como sabemos, sin embargo, dar efectividad a un derecho no se agota en la sanción de normas (capítulo 4) sino que implica la adopción de otras medidas (judiciales, administrativas, culturales, etc.), que además deben ser efectivas abarcando incluso las disposiciones procesales y permitiendo el llamado “control de convencionalidad” (“Efectividad y el principio del efecto útil”, capítulo 3, apartado 3).

Desde lo internacional, la mayor extensión interna forma parte de lo que puede ser juzgado en sede internacional, tanto desde el punto de vista del cumplimiento como de la responsabilidad internacional. De esta forma, el Estado argentino no puede legítimamente menoscabarlos (característica de inviolabilidad), ni retroaerlos sin comprometer su responsabilidad internacional.

2.6. LA REGLAMENTACIÓN DE LA LEY TAMBIÉN DEBE SER MÍNIMA

Como ya hemos dicho, la positivización interna de los derechos humanos no es un carácter definitorio de estos derechos ni un requerimiento para su efectividad, aunque así sea entendido por algunos operadores jurídicos imbuidos del espíritu positivista decimonónico. De allí que sería importante una mínima reglamentación –la necesaria a los efectos operativos de la DNM, por ejemplo-, que reenvíe de forma constante a disposiciones internacionales concretas o que, mejor aún, guarde silencio sobre los derechos y deje que respecto de los mismos se apliquen los caracteres y principios generales de derechos humanos.

2.7. COMPLEMENTARIEDAD Y LA MEJOR PROTECCIÓN DE LA PERSONA

La complementariedad que caracteriza a los derechos humanos se aplica a los derechos e instituciones internas que reconocen diversos derechos para los migrantes. En primer lugar, la formulación de los derechos en la ley 25781, hechos desde la perspectiva del Estado (el Estado “reconocerá”, “promoverá”, etc.) sólo es un punto de vista respecto a la interrelación que tienen derechos y deberes del Estado. Esta es la primera cara de la complementariedad, además de no negar la existencia de derecho alguno, posiciona al individuo frente al Estado para que pueda exigirle a este la realización de las obligaciones que garantizan cada derecho en particular. Esto refuerza la postura del derecho a una política pública acorde. Por otra parte, la complementariedad permite la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno para lograr la protección e interpretación más favorables a la persona humana (capítulo 6, apartado 6).

2.8. LA RESPONSABILIDAD PRIMORDIAL ES DEL ESTADO PERO SOLIDARIA CON OTROS ACTORES

Creemos que la configuración histórica de los derechos humanos (capítulo 1 de la Tercera parte) y la nueva configuración actual del mundo (capítulo 1 de la Primera Parte) no permite –ni sería propicio- erradicar al Estado del centro de la escena, pero es posible sostener la existencia de otros actores a los cuales es posible responsabilizar, solidariamente con el Estado, por violaciones a los derechos humanos; en particular, pensamos en las empresas que emplean mano de obra migrante “ilegalizada”, o en condiciones laborales deplorables o que simplemente recurren a su esclavización.

2.9. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN ENCUENTRA AMPLIA RECEPCIÓN EN LA LEY ARGENTINA

Tal y como hemos desarrollado en el capítulo 4 apartado 7, el principio de igualdad y no discriminación impide que se lleven a cabo diferenciaciones basadas en la nacionalidad,

subsistiendo la duda acerca de otras diferenciaciones basadas por ejemplo en la condición migratoria. No obstante, la indiferencia que a grandes rasgos hace la legislación argentina entre migrantes legales e ilegales (respecto al goce de derechos) permite resolver favorablemente a la persona humana la aplicación de lo que pudiera entenderse como una distinción que no lesionara el principio de igualdad y no discriminación. En lo que la Convención de los Migrantes distingue, la ley argentina no lo hace, fijando así la interpretación más favorable a la persona. Sin embargo, como hemos sostenido reiteradamente, la protección de los migrantes no puede agotarse en la adopción de normas; debe prestarse particular atención a las prácticas denunciadas por diversos informes y reseñadas en el capítulo 1 de la segunda parte. Por último, el principio de igualdad y no discriminación alcanza también a la formulación de políticas, así como a su aplicación concreta y a sus efectos en casos en particular: puede no lesionar el principio en examen en su mera formulación pero constituir discriminación en el caso en concreto.

2.10. OTRAS

- (i) La característica de complementariedad indica la interacción entre el orden interno y el internacional (incluyendo por supuesto la normativa del MERCOSUR) y permite llevar eventuales reclamaciones ante instancias internacionales.
- (ii) La característica de inherencia con respecto al ser humano los diferencia de los derechos legales y constitucionales. De allí que sean inderogables incluso ante situaciones de emergencia (por ejemplo, art. 27 CADH): se suspende el ejercicio, y ni siquiera las garantías para supervisar la legalidad de la suspensión de las obligaciones del Estado.
- (iii) El que sean inherentes, además, no impide reconocerlos como producto histórico ni debiera posicionarlos como asépticos respecto a la política. Por el contrario, siguen los avatares del ser humano, y lo que en cada época se reputa inherente también va cambiando.
- (iv) El hecho de que los derechos reconocidos al migrante sean inalienables e irrenunciables explica porque se reconocen derechos laborales aún al trabajador ilegal, pudiendo accionar para reclamarlos: es una persona antes que un trabajador pero más aún, ninguna regulación interna puede negarle derechos reconocidos como “humanos”.

3. MERCOSUR Y MIGRACIÓN LUEGO DE LA NPM

3.1. LOS DOCUMENTOS PRODUCIDOS EN EL MERCOSUR

La *Declaración sobre el tráfico de personas y tráfico ilícito de migrantes*¹ daría pie a la firma del *Acuerdo sobre el Tráfico ilícito de Migrantes en el MERCOSUR* y su homólogo, que incluye a Bolivia y Chile, firmados el 16 de diciembre de 2004. Sin embargo, ninguno está vigente²; aunque Argentina es parte en dichos acuerdos. Según el propósito de dicho acuerdo (“prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes”), las partes acuerdan la adopción de medidas legislativas necesarias para tipificar dicho delito como un ilícito penal, acordando los elementos de la figura penal. Muy importante es destacar que por el artículo 5, las partes acuerdan no responsabilizar al migrante penalmente, cuando sea víctima, “sin perjuicio de las sanciones administrativas correspondientes”³. Sobre el final veremos si dicha previsión se ajusta a los cánones en derechos humanos.

A falta de una visa MERCOSUR, lo que puede computarse es al menos el reconocimiento de otros documentos distintos al pasaporte como válidos para circular por la región: en Tucumán se firmó el 30 de octubre de 2008 (y vigente desde dicho momento) el *Acuerdo sobre Documentos de Viaje de los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados*. Dicho acuerdo reconoce la validez de los documentos nacionales para el tránsito de nacionales o residentes regulares por los Estados firmantes (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela)⁴.

En mayo de 2004 se firma el primer documento elaborado por el Foro: la *Declaración de Santiago sobre principios migratorios*. La misma reconoce “el importante aporte de los migrantes en la formación de nuestros Estados”; refirma el respeto en los derechos de los migrantes y en particular, de todos aquellos reconocidos en la Convención de los Migrantes. Asimismo, insta “a los países extra-bloque a otorgar un tratamiento justo y humanitario a los emigrantes de nuestra región, en correspondencia con el trato brindado a sus nacionales en nuestros territorios”.

¹ Véase capítulo 2 punto 2.

² Información actualizada al 21 de noviembre de 2010.

³ Texto completo del acuerdo en: <http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/Acuertos/2004/español/77.%20Acuerdo%20contra%20el%20Tráfico%20Ilícito%20de%20Migrantes%20MSUR.pdf> [Consultado el 20-06-2010].

⁴ Texto completo del acuerdo en: <http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/Acuertos/2008/español/114.%20Acuerdo%20Documentos%20de%20Viaje.pdf> [Consultado el 20-06-2010].

En cuanto a la regularización, reafirmar la promoción de “iniciativas para facilitar los flujos migratorios entre los Países de nuestra región, entendiendo que la regularización migratoria es el único camino viable para lograr la plena inserción del migrante en las sociedades de recepción”, reconociendo a su vez que los Estados tienen derecho a “ejercer el control de sus fronteras”, sin que ello signifique tratar la ilegalidad como un ilícito penal.

Otros puntos importantes que ratifica la Declaración:

- (i) el compromiso de los Estados de combatir al tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, el tráfico de menores y otras formas de delitos transnacionales;
- (ii) La condena a las prácticas de xenofobia, deportaciones en masa o en grupo, y detenciones sin respaldo legal;
- (iii) El rechazo al incumplimiento a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y la Carta de las Naciones Unidas;
- (iv) la importancia de la coordinación y cooperación entre organismos migratorios, poniendo énfasis en el intercambio de información;
- (v) El reconocimiento que las migraciones requieren un tratamiento multidisciplinario y multilateral;
- (vi) importancia de la adopción de políticas de vinculación con nuestros nacionales en el exterior⁵.

En 2008 la Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR aprueba el documento titulado “Postura Regional sobre Política Migratoria con vistas al Foro Mundial de Migraciones y Desarrollo”⁶. Se trata de un documento que reúne los ejes centrales en los cuales los países de la región fundamentan los lineamientos de las políticas migratorias del bloque para ser presentado ante Foro Global sobre Migración y Desarrollo, que tendrá lugar en la ciudad de Manila, Filipinas que se realizaría en octubre de ese año. El documento recoge las declaraciones y posturas de los países que conforman el bloque MERCOSUR y Estados Asociados, expresadas en las distintas reuniones de las Conferencias Sudamericanas sobre Migraciones –CSM- y en documentos suscriptos en el marco de las Reuniones de Ministros del Interior y Estados Asociados.

⁵ Texto completo en: http://www.derhuman.jus.gov.ar/mercosur/material_anterior/Documentos/minINTERIOR/04_Acta02_Ane03_Declaracion_Santiago_BsAs_Mayo.pdf [Consultado el 20-06-2010].

⁶ XXIII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, Documento informativo RMI nro. 1/08.

Dicho documento pone de manifiesto la visión compartida en la temática migratoria centrada en el respeto irrestricto de los derechos humanos de los migrantes, la importancia de políticas de regularización y facilitación de acceso a la residencia como base para lograr una integración plena de los migrantes en las sociedades de acogida, la conveniencia de incorporar la cuestión migratoria en las distintas agendas referidas a temas que inciden en las causas de los movimientos de población; y resaltar el aporte positivo de las migraciones, entre otras. Asimismo se rescatan una serie de acciones que promueven el trabajo coordinado y consensuado entre los Estados y los bloques regionales con el objeto de lograr encauzar los flujos migratorios respetando los derechos de los migrantes y maximizando los efectos positivos del movimiento de personas en los países de acogida⁷.

Esta postura ha sido ratificada en distintas reuniones posteriores.

3.2. EL INSTRUCTIVO DE TRÁMITES MERCOSUR⁸

El instructivo para trámites del MERCOSUR se aprobó en diciembre de 2009 (BO 11/12/09) mediante Disposición 2529/2009 de la DNM. Según el mismo, se reconoce como marco legal tanto la ley de Migraciones como el Acuerdo sobre Residencia y el Acuerdo sobre Residencia ampliado, el *Acuerdo de Migraciones con Brasil para conversiones a residentes permanentes* y finalmente, las normas inferiores sobre regularización (decretos 836/04 y 578/05, Disposición DNM N° 53.253/05 y modificatorias).

Los sujetos beneficiarios de este régimen (complementario de las regularizaciones actuales) son aquellos comprendidos en el inciso “1” del art. 23 de la ley de migraciones⁹, respecto de los cuales la DNM puede otorgar residencias temporarias de dos años o permanentes, aún en la primera presentación (art. 4 del Instructivo)¹⁰. Aunque no fueran nativos de dichos países, si la legislación interna de un país miembro del MERCOSUR lo considera tal, se encuentra comprendido por las previsiones de este artículo. En consecuencia, dicho beneficio alcanza a:

- Los nacionales nativos de: URUGUAY - BRASIL - PARAGUAY - BOLIVIA - CHILE – PERÚ - ECUADOR - COLOMBIA - VENEZUELA.

⁷ Fuente: Acta de la Reunión de los Ministros del Interior, 1/08. Disponible en: www.mercosur.int/msweb/SM/.../RMI/.../00-Acta%20XXIII%20Rmi.doc [Consultado el 20-06-2010].

⁸ Con posterioridad a terminarse de escribir este trabajo se aprobó un nuevo instructivo de trámites del MERCOSUR, publicado en el Boletín Oficial con fecha 23 de julio de 2010, Disposición DNM 1488/2010.

⁹ En la redacción del Instructivo ha ocurrido un error de tipeo, pues se consigna que la DNM actúa, respecto a estos nacionales, bajo el inciso “i”, que corresponde a “académicos” de cualquier nacionalidad.

¹⁰ Las residencias permanentes pueden otorgarse en virtud de tratarse de padre, madre, hijo o cónyuge de argentino nativo o por opción, o bien de extranjero residente permanente. El último supuesto de otorgamiento de una residencia permanente es cuando se trate de la conversión de una temporaria. Los requisitos a acreditar en uno u otro caso son distintos, ya que para los dos primeros se pide solamente acreditar identidad y vínculo.

- Los nacionales naturalizados que ostenten dicho beneficio con una antigüedad de 5 (cinco) años o más de: BRASIL - PARAGUAY -URUGUAY - BOLIVIA - CHILE.

Los requisitos para la residencia temporaria son análogos a los pedidos para otras residencias.

Es de notar que en los casos de residencias permanentes, se aclara que para nacionales brasileros exclusivamente (Ley N° 26.240), acreditando ser titular de una residencia transitoria o temporaria vigente al momento de solicitar la conversión. Esto no los exime de cumplir los restantes requisitos. La diferencia respecto a otros regímenes estriba en que (i) los brasileros pueden transformar una residencia transitoria en directamente permanente; (ii) los requisitos a acreditar para la conversión son aquellos que se solicitan para las residencias temporarias, y no para las permanentes. Esto significa que la tasa a abonar debiera ser la de las residencias temporarias, que deben acreditar ingreso legal –que no se solicita para los otros pedidos de permanentes-, y no deben acreditar haber permanecido una x cantidad de tiempo en Argentina.

Cumplidos los requisitos previamente señalados, se procede al registro informático del trámite, se emite la residencia precaria y se arma el expediente una vez abonado el trámite. Luego de esto se procede a la evaluación de las constancias aportadas por el interesado en relación al beneficio que peticiona, de lo que puede surgir dos cosas: (i) de resultar suficientes, se procederá al cierre y emisión del proyecto dispositivo; (ii) caso contrario, corresponde adoptar las medidas previas que para el caso correspondan, tales como intimar a la presentación de mayor documentación, efectuar consultas a otras áreas u organismos, requerir antecedentes que registre el peticionante.

Con posterioridad a esta Disposición, aunque dentro del mismo mes de diciembre de 2009, se aprobó una norma complementaria (D. 2762/09) por la cual se dispone que partir del 1° de marzo de 2010, es requisito para el inicio de los trámites de radicación temporaria o permanente la presentación de un certificado de domicilio emitido por autoridad competente o factura de un servicio público a nombre del solicitante o de su cónyuge (circunstancia que deberá ser acreditada con la partida pertinente). Esta documentación será considerada válida siempre y cuando su fecha de emisión no supere los NOVENTA (90) días corridos contados desde el momento de su presentación.

3.3. REGULARIZACIÓN Y MERCOSUR RECIENTE

3.3.1. Bolivia

Actualmente existe un Acuerdo migratorio firmado con Bolivia el 21 de abril de 2004, aprobado por ley 26.126 del 2006 y en vigor (por canje de instrumentos) desde el 17 de octubre de 2006.

En una reunión bilateral, los Ministros de Relaciones Exteriores de la Argentina y Bolivia resaltaron la relevancia de la reciente ratificación por parte de los Poderes Legislativos de ambos países del “Acuerdo Migratorio entre la República Argentina y la República de Bolivia”, suscrito en Buenos Aires el 21 de abril de 2004, cuyos instrumentos de ratificación fueron canjeados en el día de la fecha. Dicho Acuerdo, que está inspirado en la misma concepción desde la cual se diseñó el programa “Patria Grande”, garantiza un trato recíproco a los migrantes de ambos países, otorgándoles la residencia legal fundada en el criterio de nacionalidad¹¹.

El ámbito de aplicación del tratado es amplio, pues ni siquiera requiere estar residiendo en territorio argentino. Abarca, de esta manera:

- A las personas nacidas en el territorio de una de las Partes que en razón de ello sean reconocidas como nacionales, y que soliciten su ingreso bajo el régimen del Acuerdo en el territorio de la otra Parte.
- A los nacionales de una de las Partes que hubieren sido admitidos como residentes transitorios o temporarios en el territorio de la otra.
- A los nacionales de una de las Partes que revistan una condición irregular de permanencia en el territorio de la otra, y presenten la documentación requerida en el art. 4º dentro de los 365 días a contar desde la fecha de vigencia del Acuerdo (esto es, hasta octubre de 2008).

A todos ellos, puede otorgárseles una residencia temporaria de dos años, previa presentación de los requisitos que son comunes a estos trámites: acreditación de identidad, certificado de antecedentes penales, declaración jurada de carencia de antecedentes penales internacionales, pago de tasa. Lo que sí agrega, y que puede ser un requisito que perjudica el régimen más favorable dispuesto en otras normas, es el requisito de una partida de nacimiento y de un certificado de salud.

Si se tratare de un residente temporario que quisiera acceder a una residencia permanente, previo al vencimiento de dicho plazo, se establece que debe presentar tal solicitud, juntamente con: pasaporte o cédula de identidad, DNI argentino, declaración jurada de medios de vida lícitos, certificado de antecedentes penales, pago de tasa.

Lo que es importante es que modifica favorablemente la legalización de los documentos. Así, dispone que “a los efectos de la legalización de los documentos cuando la solicitud se tramite en sede consular, bastará la certificación de su autenticidad conforme a los procedimientos

¹¹ “Taiana firmó con el Canciller de Bolivia una amplia Declaración Conjunta que profundiza las relaciones entre ambos países”, Comunicado de Prensa de la Cancillería argentina, 17 de octubre de 2006.

establecidos en el país del cual el documento procede. Cuando la solicitud se tramite ante los servicios de migración, dichos documentos sólo deberán ser certificados por el agente consular del país de origen del peticionante acreditado en el país de recepción sin otro recaudo” (artículo 7). Finalmente, a los fines del registro, identificación y expedición de la documental identificatoria de la República Argentina bastará la legalización de la partida de nacimiento efectuada por la máxima autoridad consular de la Parte correspondiente acreditada en la otra Parte y cuya firma se encuentre registrada ante la autoridad migratoria y de identificación.

Finalmente, el convenio con Bolivia no reconoce explícitamente derechos; sin embargo, la aplicación de la norma más favorable indica que tienen los contenidos en el Acuerdo sobre residencias para nacionales del MERCOSUR y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, además de los previstos legalmente.

Los regímenes del Acuerdo MERCOSUR y del convenio para nacionales bolivianos se comparan en el cuadro 4 del Anexo.

3.3.2. Brasil

El Acuerdo para la concesión de residencia permanente a titulares de residencias transitorias o temporarias

Recientemente entró en vigencia el convenio bilateral entre Argentina y Brasil (firmado el 30 de noviembre de 2005) por el cual se facilita el otorgamiento de residencias permanentes a los titulares de residencias transitorias o temporarias. Aprobado por ley 26.240, sancionada el 11 de abril de 2007 y en vigor desde el 27/11/08, dispone que, de manera recíproca:

- los nacionales de un país que se encuentren en el otro y en posesión de residencias transitorias o temporarias podrán transformarlas, en la medida que lo requieran, en residencias permanentes.
- los que se encuentren en situación irregular podrán regularizar su situación, pero no si han ingresado de manera clandestina: para estos casos deberán salir del país y reingresar regularmente¹².

Para ambos trámites, deben presentar documentación similar a las reglamentaciones vistas (pasaporte o documento de identidad válido, certificado que acredite carencia de antecedentes penales, judiciales o policiales, junto con declaración jurada que así lo declare, comprobante de

¹² Recordamos en este punto que el Acuerdo sobre regularización migratoria del MERCOSUR, que autoriza a la regularización sin necesidad de salir del país, no se encuentra en vigor.

ingreso en el territorio del Estado, comprobante de pago de las tasas de inmigración respectivas) y esto los habilita para ejercer actividades remuneradas o no, por cuenta propia o ajena, en las mismas condiciones que los nacionales del país de recepción; gozar del mismo trato que los nacionales sobre todo en cuanto a la legislación laboral, seguros sociales, etc., entre otros.

Se diferencia del Acuerdo firmado con Bolivia en que para los brasileros no se solicita partida de nacimiento o de matrimonio; tampoco DNI si tuviere una residencia temporaria en la Argentina; se solicita comprobante de ingreso al país. Sólo abarca aquellos casos en que el nacional de la otra parte ya estuviere en territorio del Estado donde quiere regularizar o cambiar su residencia.

Lo que es valiosísimo es que menciona un núcleo de derechos para aquellas personas que hayan logrado esta residencia. Es interesante mencionarlos pues algunos de estos derechos ni siquiera están mencionados en la ley 25.871.

- **Circulación y permanencia.** Las personas que hayan obtenido su residencia conforme lo dispuesto en el Acuerdo tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio del país de recepción, previo al cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de restricciones excepcionales impuestas por razones de orden público y seguridad pública. Aunque la posibilidad de entrar y salir está prevista ya como posibilidad de la residencia precaria (art. 20 de la ley de migraciones) el derecho a la circulación y a la permanencia como tal fue suprimido del proyecto original de la ley (art. 13). Esta disposición es análoga a la recogida en el Acuerdo sobre residencia.
- **Trabajo.** Derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, en las mismas condiciones que los nacionales del país de recepción, de acuerdo con las normas legales de cada país. Es aspecto es interesante pues en la ley de migraciones, las condiciones de igualdad en el acceso al trabajo están enunciadas someramente en el artículo 6. Esta disposición es análoga a la recogida en el Acuerdo sobre Residencia.
- **Igualdad de derechos civiles.** Los nacionales de las Partes y sus familias que hubieren obtenido residencia en los términos del Acuerdo gozarán de los mismos derechos y libertades civiles, sociales, culturales y económicas de los nacionales del país de recepción, en particular el derecho a trabajar; y ejercer toda actividad lícita en las condiciones que disponen las leyes; petitionar a las autoridades; entrar, permanecer, transitar y salir del territorio de las Partes; asociarse con fines lícitos y profesar libremente su culto, de conformidad a las leyes que reglamenten su ejercicio. Esta disposición es análoga a la recogida en el Acuerdo sobre Residencia.

- **Reunión familiar.** A los miembros de la familia que no ostenten la nacionalidad de uno de los Estados Parte, se les expedirá una residencia de idéntica vigencia de aquella que posea de la persona de la cual dependan, siempre y cuando presenten la documentación que así lo acredite, y no posean impedimentos. Si por su nacionalidad los miembros de la familia necesitan visa para ingresar al país, deberán tramitar la residencia ante la autoridad consular, salvo que de conformidad con la normativa interna del país de recepción este último requisito no fuere necesario. Esta disposición es análoga a la recogida en el Acuerdo sobre Residencia.
- **Trato igualitario con nacionales.** Los inmigrantes gozarán en el territorio de las Partes, de un trato no menos favorable que el que reciben los nacionales del país de recepción, en lo que concierne a la aplicación de la legislación laboral, especialmente en materia de remuneraciones, condiciones de trabajo y seguros sociales. Este aspecto también merece ser destacado pues no hay norma de tal precisión en la ley de fondo argentina, aunque esta disposición es análoga a la recogida en el Acuerdo sobre Residencia.
- **Compromiso en materia previsional.** Las Partes analizarán la factibilidad de suscribir convenios de reciprocidad en materia previsional. Esta disposición es análoga a la recogida en el Acuerdo sobre Residencia.
- **Derecho a transferir remesas.** Los inmigrantes de las Partes, tendrán derecho a transferir libremente a su país de origen, sus ingresos y ahorros personales, en particular los fondos necesarios para el sustento de sus familiares, de conformidad con la normativa y la legislación interna en cada una de las Partes. Este derecho fue sorprendentemente omitido en la ley de migraciones, pero es análoga a la recogida en el Acuerdo sobre Residencia.
- **Derecho de los hijos de los inmigrantes.** Los hijos de los inmigrantes (aunque más bien debiera decir “residentes”) que hubieran nacido en el territorio de una de las Partes tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad, de conformidad con las respectivas legislaciones internas. Los hijos de los inmigrantes gozarán en el territorio de las Partes, del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad con los nacionales del país de recepción. El acceso a las instituciones de enseñanza preescolar o a las escuelas públicas no podrá denegarse o limitarse a causa de la circunstancial situación irregular de la permanencia de los padres. Esta disposición es análoga a la recogida en el Acuerdo sobre Residencia.

La novedad de los convenios desde el Acuerdo sobre Residencia ampliado es la inexistencia de un requisito que apunte a una relación laboral, actual, futura o necesaria a los fines de ingresar o permanecer en territorio argentino, lo cual se enrola en una corriente contraria a las grandes tendencias mundiales de restricción de las fronteras y acceso a los mercados laborales.

4. LA APLICACIÓN DE LA NORMA MÁS FAVORABLE

Diversas normas internas en materia migratoria recogen el principio de que debe adoptarse la norma más favorable. El proyecto traía un artículo donde se disponía que “en caso de duda sobre la interpretación, aplicación de normas o alcance de esta ley, se entenderá que prevalece el principio del trato más favorable para el inmigrante” (art. 25 del proyecto) que no tuvo eco en la redacción definitiva. Aunque no la ley actual no lo mencione, sabemos sin embargo que el principio se aplica.

En cambio, se mantuvo con igual redacción el artículo 34 del proyecto, que sería el 28 en la ley.

ARTICULO 28. — Los extranjeros incluidos en Acuerdos o Convenios de Migraciones suscriptos por la República Argentina se regirán por lo dispuesto en los mismos y por esta ley, en el supuesto más favorable para la persona migrante. El principio de igualdad de trato no se considerará afectado por la posibilidad que tiene el Estado, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y las leyes, de firmar acuerdos bilaterales de alcance general y parcial, que permitan atender fenómenos específicos, como el de la migración laboral fronteriza, ni por la posibilidad de establecer esquemas diferenciados de tratamiento entre los países que con la Argentina forman parte de una región respecto de aquellos países que resulten terceros dentro del proceso de regionalización, priorizando las medidas necesarias para el logro del objetivo final de la libre circulación de personas en el MERCOSUR.

Este artículo trae dos grandes disposiciones: de aplicación de la norma más favorable y de igualdad de trato. Para el primer caso, podemos encontrar algunos ejemplos que pueden traer confusión. Los convenios bilaterales vigentes (Bolivia y Brasil, entrados en vigor en 2006 y 2008 respectivamente) podrían generar algunos entredichos sobre cual es la situación a aplicar: si la contenida en las normas sobre normalización, o para los trámites nuevos el nuevo instructivo del MERCOSUR, los Acuerdo sobre Residencia (capítulo 3 parte II) o bien, los convenios bilaterales.

Por ejemplo, los convenios bilaterales con Brasil –tanto el operativo para poner en marcha el Acuerdo sobre Residencia para nacionales como el posterior para transformar residencias transitorias o temporarias en permanentes- disponen la obligación, para el que quiera regularizar, de salir del país en caso de que su ingreso haya sido clandestinamente. Esta obligación no está presente en los *Acuerdos para nacionales del Mercosur* ni tampoco para el convenio con Bolivia o los firmados con otros países anterioridad al 2003. En cambio, sí es requisito según el nuevo instructivo de trámites para migrantes y nacionales del MERCOSUR.

De lo que hemos visto surge que este requisito no puede venir a desmejorar la situación de los nacionales brasileros frente a otros, por lo cual debe aplicarse la disposición de los Acuerdo sobre Residencia.

Por otra parte, aunque los acuerdos de regularización adoptados en el MERCOSUR no estén vigentes, Argentina los ha firmado y ha iniciado las gestiones necesarias para conseguir la ley aprobatoria del Congreso (como hemos visto en el capítulo correspondiente), por lo cual no puede desconocer que el objeto y fin del Acuerdo de cuatro artículos (tres de forma) es evitarle al nacional el tener que salir del país donde reside, según hemos visto en el capítulo pertinente; por su parte, Brasil ha firmado y ratificado este acuerdo sobre regularización, de modo que respecto de dicho país las obligaciones son aún mayores para los nacionales argentinos en su territorio.

Otro ejemplo de norma favorable es el del convenio bilateral con Bolivia, por el cual se simplificaron los trámites requeridos por la regularización general. Así, dispone que “a los efectos de la legalización de los documentos cuando la solicitud se tramite en sede consular, bastará la certificación de su autenticidad conforme a los procedimientos establecidos en el país del cual el documento procede”. Este régimen especial estuvo vigente hasta finales de 2007.

Los acuerdos bilaterales y adoptados en el marco del MERCOSUR también disponen normas más favorables en aspectos sobre los cuales la ley ha guardado explícito silencio. Por ejemplo, en torno al derecho a la circulación personal y a la transferencia de remesas. Como hemos dicho, se trataba de dos derechos que habían sido previstos en el proyecto original, pero no pasaron al texto definitivo (capítulo 2, parte II). Se aplica entonces lo más favorable de los convenios y de la Convención sobre Trabajadores Migratorios.

Para esta última, los “irregulares” solo tienen derecho a salir libremente del país en que se encontraran y a regresar libremente al propio (art. 8); para los documentados, se reconoce además libertad de movimiento y a escoger libremente su lugar de residencia (art. 39). En los Acuerdo sobre Residencia, se dispone que las personas “regulares” (específicamente, se las restringe a aquellas que hayan obtenido su residencia conforme al acuerdo) “tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio del país de recepción, previo al cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de restricciones excepcionales impuestas por razones de orden público y seguridad pública”.

Estas restricciones son menores a las contenidas en la Convención internacional de referencia (art. 39 párrafo 2), por lo cual para los nacionales del MERCOSUR y asociados sólo pueden restringirse en virtud de los dos motivos reconocidos en los *Acuerdos*.

El otro derecho omitido, a transferir remesas, la norma más favorable al mismo se encuentra contenida en la Convención de los Trabajadores Migratorios. En efecto, el artículo 32 reconoce al trabajador y a sus familiares el derecho a transferir remesas, con independencia de su situación frente al Estado de recepción. Esto supone una mejora respecto a la situación prevista en los Acuerdo sobre Residencia, donde sólo las personas que hubieran obtenido su residencia conforme al mismo gozarían de tal derecho (art. 9 punto 5).

Este “estar siempre en pro de la persona humana”, significa, en conclusión:

(i) Entre dos interpretaciones posibles, debe estarse a la que mejor proteja a la persona humana. La Convención Americana debe interpretarse teniendo en cuenta siempre su objeto y fin: “la protección de los derechos fundamentales [esenciales] de la persona humana [del hombre]”¹³. El equilibrio de la interpretación se obtiene “orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema”¹⁴. Incluso, esta interpretación *pro homine* ha sido reconocida para un tratado que, aunque no siendo propiamente de derechos humanos, contenía normas de protección de la persona humana, por ejemplo, la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* de 1963.

(ii) La interpretación *pro persona* es tender a la protección eficaz de la persona humana, en tanto objeto y fin de la Convención Americana¹⁵. Dado que los Estados parte en dicha Convención deben cumplir las obligaciones dimanantes de ella –una de las cuales es no frustrar el objeto y fin, como hemos visto en el apartado 1, capítulo 5 de la Tercera Parte-, a nivel interno la protección eficaz de la persona humana es el objetivo al cual se dirige la interpretación *pro persona* de todos los actos estatales. En particular, el controlar este accionar se encuentra a cargo del Poder Judicial a través del “control de convencionalidad” (apartado 3, capítulo 5, Tercera Parte).

(iii) La formulación y aplicación de las políticas públicas también deben tener en miras este principio¹⁶.

¹³ Corte IDH, Asunto “Viviana Gallardo”, decisión del 13 de noviembre de 1981, párrafo 16.

¹⁴ “Viviana Gallardo, citado, párrafo 16-17.

¹⁵ Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrafo 173.

¹⁶ García, Lila “De los derechos a las políticas. El enfoque de los derechos humanos en la definición de las políticas públicas frente a la pobreza”, *Debates Latinoamericano*, Año 7 número 13, octubre 2009. On-line en: <http://www.rlcu.org.ar/revista/articulos.asp> [Consultado el 20-06-2010].

5. EL EXAMEN DE LA NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA COMO PARTE DE LA POLÍTICA HACIA EL MERCOSUR

La política exterior de Néstor Kirchner comparte alguno de los elementos del “modelo justicialista” desarrollado por Miranda¹⁷: al igual que en el radicalismo, las acciones han sido integracionistas, pero, como diferencia, “primordialmente bilaterales” desde una visión pragmática. Sin embargo, la administración de Kirchner no parece haber seguido dicho modelo en cuanto al privilegio de las relaciones bilaterales. Como nota Simonoff, la política exterior bajo Néstor Kirchner ubica sus políticas en un marco multilateral, tanto en lo político como en lo económico (incluyendo en esto último las acciones comerciales y financieras)¹⁸. En particular, su política exterior de seguridad, además de multilateralismo, cuenta con otros dos elementos: defensa de la democracia y derechos humanos y respecto de la soberanía y autodeterminación; al menos, en el ámbito de los discursos, pero el mismo autor cita algunas acciones que apoyan el discurso, como la postura y acciones frente a Haití.

En cuanto a la integración, no es un dato menor que las acciones en materia migratoria (el Plan Patria Grande) y los gestos argentinos hacia el bloque (firma y ratificación de los Acuerdo sobre Residencia y del Acuerdo sobre Residencia ampliado) se hayan proyectado sobre el bloque MERCOSUR; esto parece ratificar la prioridad asignada, en el discurso del gobierno, al plano regional¹⁹. En primer lugar y sobre estas acciones, es necesario reconocer que no representaba una acción políticamente costosa para la Argentina. Todavía es predicable algo que recuerda Tokatlian: que Sudamérica ha sido históricamente irrelevante en términos estratégicos para Estados Unidos²⁰.

A nivel interno, no había una visión compartida sobre el migrante (aunque predominen las visiones estigmatizantes) y sí, nuevas demandas de los actores no gubernamentales, principalmente ONGs y asociaciones de migrantes, empoderamiento resultante del ascenso en la agenda de las cuestiones de derechos humanos. A nivel internacional, y precisamente con Bolivia, la legalización no fue mucho más allá del reconocimiento de una situación de hecho que ha tenido lugar en nuestro país desde, al menos, los últimos 20 años.

¹⁷ MIRANDA, Roberto, “Políticas exteriores de la Argentina entre la coherencia y el contexto”, *ob. Cit.*

¹⁸ Simonoff, Alejandro, “Estructura y coyuntura en la Política Exterior de Néstor Kirchner”, *Relaciones Internacionales*, año 15 nro. 31, Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad de La Plata, 2006, pp. 133-145

¹⁹ Simonoff, A., *ibídem.*

²⁰ Tokatlian, Juan, *Hacia una nueva estrategia...*, *ob. Cit.*, p. 112.

Entre los beneficios de la ley nacional de política migratoria, la regularización y la ratificación de la convención de los trabajadores migrantes, pueden mencionarse: (i) la suma que representaban bajo la bandera de los derechos humanos, tanto por los derechos que reconoce, como por la explicitación del derecho a migrar, como por el marco mismo de los derechos humanos, que exige igualdad para los migrantes; (ii) una estrategia de posicionamiento en el MERCOSUR en el sentido de capacidad para “iniciar políticas”.

Sobre este punto pueden destacarse dos importantes repercusiones: a fines de 2007, Chile inicia un masivo plan de regularización²¹; en 2008, seguimiento de Uruguay en la política de “puertas abiertas” no es un dato menor, aprobando una legislación que recepta también el derecho a migrar como derecho humano.²² (iii) Una estrategia de posicionamiento para “impulsar agenda”, dando el puntapié para los demorados aspectos sociales y en la “derechohumanización” del bloque, con una de las pocas herramientas con las que puede lograr un plus frente al poder brasilero; (iv) un aspecto de negociación con el presidente Evo Morales, primero, y luego una forma de reparación frente al incendio del taller textil en la calle Viale²³. Pese a lo valioso que estas acciones significan y que incluso, el Plan estuviera bien organizado, lo cierto es que no han ido más allá del otorgamiento del “papelito” de la residencia precaria; los exultantes derechos consagrados en la ley están igual de nuevos que al momento de su aprobación, pues prácticamente nadie ha podido utilizarlos. Los obstáculos son otros, que las leyes no mencionan, y tienen que ver con las barreras para acceder a dichos derechos, que están tan disponibles como las habitaciones del Sheraton, en las cuales cualquiera puede entrar, si tiene el dinero para ello. De allí que la firma de ciertos documentos, la nueva ley de política migratoria y el plan de regularización hayan sido acciones con diversos impactos: política y mediáticamente altos en sí mismos, de mediano impacto para los destinatarios, de poca significancia más allá de sus propios términos y específicamente en lo que se refiere a los derechos que la regularización supuestamente “aparejaría”.

Por otra parte, aunque ni derechos humanos e integración sean novedades del gobierno del Dr. Kirchner y las acciones en migración hayan sido adoptadas sin costos y con mucho para ganar en

²¹ Según el canciller Alejandro Foxley, “la determinación se enmarca dentro de la política exterior de “querer tener la mejor relación posible con los países vecinos, superar problemas históricos y entender que cada paso que damos en la dirección que hoy día se señala es un paso a una integración más verdadera” (“Anuncian regularización de extranjeros en Chile”, 23/10/2007). Disponible en: <http://www.parainmigrantes.info/anuncian-regularizacion-de-extranjeros-en-chile/> [Consultado el 20-06-2010].

²² Ley 18250, enero 2008.

²³ En marzo de 2006 el incendio de un taller textil en Flores dejó como saldo la muerte de 6 inmigrantes nacionales de Bolivia que se trabajaban y vivían en el taller en condiciones de semi esclavitud, provocando una importante exhibición mediática y dejando en evidencia una situación que hoy sigue siendo una constante: el hacinamiento e incluso la trata de personas que, provenientes de Bolivia, trabajan en los talleres textiles de Bajo Flores, San Martín, entre otros lugares.

el terreno político, también tiene una interesante contrapartida económica. Primeramente, la reivindicación de la cuestión migratoria parece haber visto encendida su mecha con un informe del Banco Central, de principios de 2004, donde se calculaba que el dinero que llegaba de los argentinos en el exterior, en conceptos de remesas, ascendía a unos 700 millones de euros. “Ante semejante cifra”, dice la periodista Civale, “Kirchner y sus representantes no dudaron de que el asunto de la migración, además de ser una reivindicación moral, era también una cuestión de economía nacional”. Esto inició, recordamos, una importante cruzada por parte del gobierno para defender a los argentinos irregulares en España.²⁴

El pragmatismo de la administración Kirchner referido a las ventajas que podría redundar una diferente gestión migratoria no puede ser referida, por otro lado, como la aquiescencia pragmática de la “conformidad autoimpuesta de subordinar la propia estrategia de inserción internacional a un actor externo poderoso”²⁵ con algunos matices: en primer lugar, la migración sur-sur es formalmente irrelevante para el que fuera el proyecto de Washington –Obama parece tener una actitud conciliadora hacia la migración pero todavía están por verse las acciones-, aunque hubo algún intento de controlar la triple frontera paraguay-argentina-brasil so color de presuntas células terroristas. En segundo lugar, la persecución de este no subordinación llevó también a una retórica de la sobreactuación y de las confrontaciones inconducentes, sobre todo a través de un discurso de alto impacto.

Las acciones en política migratoria pueden ser vistas, por otro lado, como un avance en un aspecto de la historia reciente ya señalado: el fin de la cultura de rivalidad con Brasil y Chile y el paso a una incipiente cultura de amistad. Si bien el cambio en la hipótesis de conflicto por una de cooperación es bastante anterior –por ejemplo, Argentina y Chile resolvieron sus mayores disputas en 1999-, la cuestión migratoria es un bastión importante en el avance de la integración del MERCOSUR y sus asociados. Antes de eso, la Argentina nunca tuvo voluntad política de tratar la migración chilena o brasilera: aunque bien se puede mencionar la insignificancia de esta última en los números totales de inmigrantes limítrofes, la inmigración chilena tiene una presencia importante en nuestro país (sobre todo en el sur, por supuesto), pese a lo cual, la voluntad argentina de regular o integrar el movimiento se plasmó en acuerdos de baja vinculación y en órdenes dadas directamente a los funcionarios correspondientes. Con Brasil, y

²⁴ Civale, Cristina, *Esclavos. Informe urgente sobre la inmigración en España*, Buenos Aires: Sudamericana, 2004. Esta información no pudo ser corroborada. En 2004, la cancillería dio a conocer los datos del Banco de España: unos 42 millones de euros reciben las familias argentinas desde España. Disponible en: <http://prensa.cancilleria.gov.ar/noticia.php?id=10848493> [Consultado el 20-06-2010].

²⁵ Tokatlian, Juan Gabriel, “Un giro de 180 grados”, *Debate*, 28 de marzo de 2003, pp. 30-32.

pese al fluido intercambio en turismo y negocios, el primer acuerdo sobre migración tuvo lugar recién este año.

Un último punto es ineludible: la relación entre la política externa y la política doméstica.

El hecho de que se han borrado las fronteras entre lo estrictamente interno y lo específicamente externo tiene especial importancia, decíamos al principio, en materia migratoria: las corrientes migratorias contemporáneas son predominantemente internacionales y son visualizadas por los Estados como una “amenaza” mientras que los académicos modernos intentan posicionarlas como “oportunidad”. De una forma u otra, en sí mismas ponen en entredicho los pilares históricos del Estado nación (ya puestos en cuestión por otros actores y factores) al dificultar el control de las fronteras estatales y la elección de la población que compone su “nación”. Por otra parte, la visión compartida de que responden a dinámicas propias, más allá de las compuertas que quieran establecer los Estados unilateralmente, prácticamente imponen una co-gobernabilidad migratoria.

Por otro lado, la incorporación de la migración dentro de ciertos cánones de derechos humanos representa otra vía de internacionalización y de creciente preocupación sino para todos los Estados, al menos para la comunidad internacional. Incluso los Estados que defienden más acérrimamente el tratamiento de la migración en términos de seguridad (que puede ser también social, económica y cultural) se las tienen que ver con certeros ataques por su desconocimiento de ciertos derechos de los migrantes (todos, en su mayoría) y acuden con frecuencia al paradigma de estos derechos para intentar dar alguna legitimidad a sus acciones, como por ejemplo, el deber que tienen de proteger a sus ciudadanos frente a la amenaza económica que representan los migrantes para los puestos de trabajo.

Un tercer punto bajo este aspecto es la interacción entre la política interna de migración y la política externa hacia el MERCOSUR. El primero de sus pilares (la ley 25871) se pensó puertas adentro pero su interacción con la política externa es evidente: un anclaje medular en derechos humanos que permitió impulsar la posterior firma y ratificación de la Convención de Trabajadores Migrantes y el pilar sobre el cual se fundamentó el plan de regularización. El segundo de ellos, si bien se pensó como un aporte a la integración del MERCOSUR –y por ello el proyecto de ley vio incorporado a su articulado legal el inciso “nacionalidad” a las categorías migratorias”- tuvo su repercusión, inmediatamente en los países del bloque y, acto seguido, en

los nacionales de los Estados parte y asociados, principalmente peruanos, paraguayos y bolivianos.²⁶

Con frecuencia se destaca que la política interna es un factor explicativo importante de la conducta de la política exterior de un Estado (Lasagna, 1995²⁷; Paradiso, 1995²⁸). Para el caso de la política migratoria bajo examen, creemos que: (i) la aprobación de una nueva ley migratoria no fue una iniciativa “K”, aunque muchas de las iniciativas del nuevo gobierno apoyaron y favorecieron el cambio en la política migratoria. Entre ellas, pueden mencionarse las acciones en derechos humanos (en particular lo referido a los cambios en torno a los juzgamientos de los militares involucrados en la última dictadura, el fomento de una visión fuertemente crítica de ese período, etc.) como uno de los pilares que sostuvieron el desarrollo que llevó a la adopción y promulgación de una ley que significó un cambio de paradigma.

También acompañó con el cambio en el director de la Dirección Nacional de Migraciones, lo cual fue de suma importancia para sumar a uno de los actores principales de la gestión migratoria. Finalmente, la conducta y los acuerdos firmados de cara al MERCOSUR también fueron favorables como ambiente político, aunque el conductor de las relaciones internacionales tenía en mira específicamente llevar a cabo acciones para este bloque más allá de su repercusión interna; (ii) el plan de regularización se adoptó, más que como consecuencia de la nueva ley y como una realización concreta de los derechos humanos y el cambio de paradigma, mirando al MERCOSUR. Prueba de ello son las iniciativas unilaterales de la Argentina que corrieron con independencia de la ley.

Con respecto a la nueva política migratoria, entonces, el gobierno puso el escenario propicio y los elementos necesarios (sobre todo, no puso obstáculos, lo cual hubiera sido tachado de incoherente según sus declarados objetivos de “derechos humanos” e integración”) para que los actores que ya venían involucrados (movimientos de la Iglesia, ONGs e investigadores) tuvieran éxito. Luego, eso sí, la norma le sirvió de base al plan de regularización que ya tenían en mente y

²⁶ En el marco de la XXV Cumbre de Estados del MERCOSUR y Asociados celebrada en Tucumán, Evo Morales resaltaba: “Yo saludo y creo que los europeos deberían de aprender de Argentina, de este programa llamado Regularización Patria Grande. Seguramente siempre en cada país tenemos explotación, discriminación, pero siento que en Argentina el Estado es el que defiende a los migrantes, el que regulariza, un gran ejemplo de Argentina con este programa, repito, llamado Regularización Patria Grande, que muchos de mis hermanos, familiares inclusive van regularizándose, somos la patria grande finalmente y de esta manera resolver estos temas”. 1 de julio de 2008. Disponible en: <http://www.abi.bo/index.php?i=enlace&j=documentos/discursos/200807/01.07.08Mercosur.html>

²⁷ LASAGNA, Marcelo, “Las determinantes internas de la política exterior: un tema descuidado en la teoría de la política exterior”, *Estudios internacionales*, Año XXVIII, julio-septiembre 1995, nro. 111, Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, pp. 387-409.

²⁸ Paradiso, José, “El poder de la norma y la política del poder (1880-1916)”, en Jalabe, S., *La política exterior argentina y sus protagonistas 1880-1995*, Buenos Aires: GEL, 1995, pp. 13-25.

cuyas especulaciones comenzaron apenas días después de aprobada la norma. Sin embargo, es de notar que el 2005 fue un año inactivo: el Decreto sobre regularización se dictó en septiembre de 2004, pero el plan se puso en marcha recién en diciembre de 2005, con un discurso presidencial reproducido por todos los medios.

A partir de la ley, se produjo una actividad normativa altísima: en febrero se suspenden las medidas de expulsión, en mayo se aprueba un olvidado protocolo de migración con Perú, en julio se decreta la emergencia administrativa de la Dirección Nacional de Migraciones y se aprueban los Acuerdo sobre Residencia y de su acuerdo ampliado, y en septiembre llega el inicio de la regularización...pero para ciudadanos fuera de la órbita del MERCOSUR. El inicio de la regularización para provenientes del MERCOSUR debió esperar un poco más, hasta el 15 de diciembre de 2005. En el ínterin, el gobierno salió a buscar consensos con las provincias y los municipios para la implementación del plan: diversas organizaciones y organismos, desde municipalidades, centros de investigación y asociaciones de migrantes fueron designadas “Instituciones Sociales Colaboradoras”.

Si bien este examen se detiene en el cambio de mandato (de Néstor Kirchner a Cristina Fernández de Kirchner) hay dos grandes interrogantes sobre la actualidad de ambas proyecciones: ¿qué resultados hubo en el MERCOSUR? ¿Qué se obtuvo a nivel interno? En primer lugar, es necesario hacer notar, con Tokatlian que “los dividendos –materiales y culturales- de una política exterior no pueden evaluarse en el corto plazo”²⁹. Sobre todo en términos socio culturales, los efectos a nivel interno de una política migratoria basada en derechos humanos no pueden medirse por la sola expedición de una ley favorable (y algunas otras concomitantes, como la incorporación de la Convención para la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares) que, por demás, a la fecha no ha sido reglamentada. Veinte años, como mínimo, de una legislación y sobre todo, una práctica contraria al “espíritu” de la nueva ley no es factible de borrar de un plumazo: ello sería seguir en la tradicional creencia argentina (aunque es compartida por todos los sistemas legislativos de raíz europea continental) sobre la “omnipotencia” de la norma jurídica y no ver la necesidad de articular otras medidas (culturales, educativas, sociales, económicas, etc.) que, por demás, también son marcadas por el sistema de derechos humanos.

Justamente, en términos de derechos humanos, la brecha entre la norma innovadora y más de un siglo de prácticas discriminatorias encuentra en estos años muy poco tiempo como para hacer un diagnóstico; en términos políticos, el rédito ha sido alto, sobre todo desde que la segunda etapa

²⁹ *Hacia una nueva estrategia...* ob. Cit., p. 157.

del plan Patria Grande está en marcha desde hace poco y la cual consiste, para los que ya cuentan con la cédula precaria, en la entrega del DNI, lo cual les permitiría votar: si bien no pueden hacerlo a nivel nacional, pueden participar en las elecciones provinciales según lo dispuesto por cada provincia.³⁰ Sin embargo, lejos está todavía la conformación de una fuerza electoral: según estimaciones hechas en Córdoba, sólo cuatro extranjeros se han empadronado: la Unión de Colectividades Inmigrantes de Córdoba (UCIC) afirmó que la mayoría de los extranjeros que viven en la ciudad de Córdoba ignoran su derecho a votar en elecciones municipales.³¹

En cuanto al MERCOSUR, y a más de lo dicho, el éxito de la estrategia de posicionamiento depende en gran parte de los resultados concretos, beneficios, de los nacionales de los países del bloque y sus asociados. Decimos esto porque si bien la norma y la regularización han sido objetos de alabanzas por distintas instancias internacionales pro derechos humanos, “si una política internacional no mejora el bienestar y la seguridad de los ciudadanos” (entendidos estos en el sentido amplio de ciudadanía del MERCOSUR o más aún, en el sentido de persona humana que se desprende de los principales instrumentos en derechos humanos ratificados por nuestro país) “no es una buena política exterior”.

6. FINAL

La Nueva Política Migratoria argentina inauguró un nuevo capítulo en la historia de las migraciones en Argentina. Entre las repercusiones favorables y resumiendo cosas que ya hemos señalado:

- Argentina firma (el 28 de agosto del mismo año de adopción de la ley, 2004) y ratifica (el 23 de febrero de 2007) la *Convención para la protección de los Trabajadores Migratorios y sus familiares*.
- Se adopta la primera ley argentina en materia de refugiados, publicada el 1 de diciembre de 2006. Lleva el número 26.165.
- Se adopta la primera ley para combatir el tráfico y la trata de personas, publicada en diciembre de 2008 bajo el número 26.364.
- Se adoptaron varios acuerdos adoptados en la órbita del MERCOSUR, al cual nos referimos anteriormente.

³⁰ En la Provincia de Buenos Aires, la normativa referida al voto de los ciudadanos extranjeros se rige por la Ley Electoral Provincial N° 11.700. Según dicha ley, aquellos ciudadanos extranjeros que cuenten con DNI y deseen votar, deberán empadronarse voluntariamente. La misma permisión opera en la Ciudad de Buenos Aires, misiones, Neuquén, Santa Fe y Catamarca (se requieren adicionalmente cuatro años de residencia). Información provista por la Dirección Nacional Electoral. http://www.mininterior.gov.ar/elecciones/electores/voto_ce.asp

³¹ “El voto inmigrante: sólo cuatro extranjeros se sumaron al padrón”, <http://www.puntal.com.ar/noticia.php?id=36527> [Consultado el 20-06-2010].

- En 2007 tuvo lugar en Chile un programa de regularización que estuvo en vigencia hasta el 05/02/08, destinado a regularizar la situación de aquellos que hubieren ingresado hasta el 21/10/07.
- En 2008 (en miras seguramente a la Conferencia Sudamericana de Migraciones que se celebraría en Montevideo) Uruguay adoptó una ley similar a la argentina, reconociendo también el “derecho a migrar”.

En el balance, el costo político fue bajo y cosechó muchos elogios. A largo plazo, el otorgamiento del DNI a los migrantes permitirá que las campañas electorales –al menos a nivel local- les presten atención, aunque muchos no saben que pueden votar. Por primera vez existe un acuerdo social en torno a la migración: el migrante concebido como una persona humana y no reducido a su dimensión de trabajador, equiparado a nosotros y no a un “Otro” –por ello el reconocimiento igual de derechos-, cuyo fin en un proceso de integración no es el de ser un “medio” para el desarrollo de la región, no es un factor de producción sino a lo sumo, de integración y cambio; en eso se desprende también esta experiencia del sur de su par europeo.

En 2004, nuestro país, acicalado por los actores sociales que venían trabajando, asumió la responsabilidad que le incumbía como receptora de la migración de la región e inauguró una política de Estado que, bajo la directiva de los derechos humanos, se proyectará a largo plazo como un modelo de la nueva política migratoria del siglo XXI.

Recientemente, el Poder Ejecutivo reglamentó la demorada ley de migraciones a través del Decreto 616/10 (Boletín Oficial del 06/05/10). Tras reconocer en sus considerandos que “en los últimos años la temática migratoria ha cobrado una significativa importancia en la agenda internacional y, en ese sentido, nuestro país ha redefinido su política migratoria respecto de la cerrada, arbitraria y expulsiva política de antaño”, el Decreto ratifica algunas cuestiones que hemos enfatizado en este trabajo: (i) en caso de duda, deberá estarse a lo que resulte más favorable al migrante (art. 1); (ii) la obligación a cargo de la DNM de capacitar a sus agentes “poniendo especial énfasis en la necesidad del conocimiento...de los derechos, deberes y garantías de los extranjeros” (art. 9.a.), así como (iii) al brindar información, se contemplará la utilización de sus lenguas de origen y la asistencia de intérpretes lingüísticos y mediadores culturales (art. 9.c); en cuanto al criterio de nacionalidad, se explicita que (iv) los países enunciados en el art. 23 inciso “1” es meramente enunciativo, y que (v) para el caso que exista un convenio bilateral o multilateral, se regirá primordialmente por éste, salvo que las leyes argentinas resulten más beneficiosas.

Finalmente, la reglamentación pone especial énfasis en la protección de personas que, aún no siendo refugiadas o asiladas, se encuentren amparadas por el principio de no devolución, o bien se presume verosímilmente que de ser obligadas a regresar, quedarían sometidas a violaciones de derechos humanos reconocidos en diversos instrumentos, o personas que hayan sido víctimas de trata de personas u otras modalidades de explotación, víctimas de tráfico de migrantes, etc. Incluso, aunque no requieran protección, sean personas que transitoriamente no puedan retornar a sus países por razones humanitarias.

7. BIBLIOGRAFÍA

Libros, capítulos de libros, artículos

A

Agamben, Giorgio, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia: Pre-textos, 2003.

Albanese, Susana y Bidart Campos, Germán, *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Buenos Aires: Ediar, 1998.

Arendt, Hanna, *Sobre la revolución*, Madrid: Alianza Editorial, 2004.

Armacost, Michael, “La política exterior de EEU después del 11-S”, *Política Exterior*, número 86, marzo abril 2002, pp. 73-84.

Ayala Corao, “El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos)” en *V Congreso de Derecho Constitucional Iberoamericano*, Serie Estudios Doctrinales, México: IIJ-UNAM, 1998, pp. 37-92.

B

Barcesat, “Fundamentos filosóficos y teóricos de los derechos humanos en democracia (año 1987)” en Barcesat, Eduardo, *derecho al derecho. Democracia y liberación*, Buenos Aires: Fin de siglo ediciones, 1993.

Barboza, Julio, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: Zavalía, 1999/2003.

Benencia, Roberto, “La inmigración limítrofe”, en Devoto, Fernando, *Historia de la inmigración en la Argentina*, Buenos Aires: Sudamericana, 2004.

Bertoni, Lilia Ana; Romero, Luis Alberto; Montes, Graciela (colaborador); Schalen, Carlos (ilustrador) *Los tiempos de los inmigrantes*. Buenos Aires: Libros del Quirquincho, 1992.

Bidart Campos, Germán, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción inter-nacional y en la jurisdicción interna”, en AAVV, *V Congreso de Derecho Constitucional Iberoamericano*, Serie Estudios Doctrinales, México: IIJ-UNAM, 1998, pp. 93-105.

BIDART CAMPOS, Germán, “El orden socioeconómico, la Constitución y los Derechos Humanos”, en *La Constitución Real: enfoques multidisciplinares*. La Ley: Buenos Aires, 2003.

Bielsa, Rafael, “La historia reciente”, *Archivos del presente*, año 10 nro. 37, Buenos Aires, pp. 41-56, 2005.

Boccia-Paz, Alfredo, “Operativo Cóndor”: ¿Un ancestro vergonzoso? *Cuadernos para el Debate* N° 7. Buenos Aires, IDES, Programa de Investigaciones Socioculturales en el MERCOSUR, 1999.

Bonilla Urbina, Marcelo, “La construcción de la imagen y el estatuto del inmigrante indocumentado en la España de la época de la globalización”, en Daniel Matto (coord.), *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*, Caracas: FACES, 2004, pp. 221-237,

Bruch, Elizabeth, "OPEN OR CLOSED: BALANCING BORDER POLICY WITH HUMAN Rights", *Kentucky Law Journal*. 2007-2008.

Busso, Anabella, "Estados Unidos y América Latina. La distancia entre la unipolaridad y los estados fracasados", *Desarrollo & Región*, Revista/Libro Instituto De Desarrollo Regional: Rosario, 2002, p. 157.

C

Caetano, Gerardo (coord.), *La reforma institucional del MERCOSUR. Del diagnóstico a las propuestas*. Colección integración y desarrollo. Montevideo: Trilce, 2009.

Camps, Victoria, *Paradojas del individualismo*, Barcelona: Crítica, 1999.

Cançado Trindade, Antonio, *El derecho internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

-----"Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal", *Revista Lecciones y Ensayos* nro. 78/2003: pp.71-116 (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires).

-----"La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional", *Lecciones y Ensayos* nro. 98/1997: pp.53-103 Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.

Castles, Stephen, "The factors that make and unmake migration policies", *International Migration Review*, October 1, 2004. Volume 38, Issue 3.

Castles, Stephen; Miller, Mark, *La era de las migraciones. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno*, México: Porrúa, 2004;

Civale, Cristina, *Esclavos. Informe urgente sobre la inmigración en España*, Buenos Aires: Sudamericana, 2004.

Consani, Norberto et. Al (comp.), "Las RELACIONES INTERNACIONALES DE ARGENTINA. CHILE Y MÉXICO. Transitando los inicios del siglo XXI". Buenos Aires: Nuevo Hacer, 2006.

Courtis, Christian, "Políticas sociales, programas sociales, derechos sociales. Ideas para una política garantista". Seminario internacional *Candados y Derechos*, Mexico: PNUD, 2007. Disponible en: http://seminarioprotecciondeprogramas.org.mx/ponencias/Conference_Paper_Christian_Courtis.pdf [Consultado el 20-06-2010].

Correa, Violeta, "La nueva ley de migraciones y la participación de las organizaciones de la sociedad civil", en Giustiniani, R., *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires: Prometeo, 2004.

D

Deleuze, Gilles y Parnet, Claire, *Diálogos*. Disponible en: http://www.dialogica.com.ar/iys/Abecedario_Gilles_Deleuze.rtf [Consultado el 20-06-2010].

Devoto, Fernando, *Historia de la inmigración en la Argentina*, Buenos Aires: Sudamericana, 2004.

Domenech, Eduardo, "La inmigración, un hecho social total, clave en nuestro tiempo", *Desafíos urbanos* nro. 54. Disponible en: <http://www.cecopal.org/NewFiles/des54/des54-nota-7.html> [Consultado el 20-06-2010].

Donnelly, Jack, *Derechos humanos universales: en teoría y en la práctica*, México: Gernika, 1989/1998.

De la Balze, Felipe, “La política exterior en tres tiempos. Los fundamentos de la ‘nueva política exterior’” en De la Balze, F., y Roca, E., *Argentina y Estados Unidos. Fundamentos de una nueva alianza*, Buenos Aires: Cari-Abra, 1997, pp. 11-129.

F

Fernandez García, Eusebio en “*Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*”, Madrid: Debate, 1984

Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI, 1975/2002.

G

García Becerra, *Teoría de los Derechos Humanos*, Sinaloa: Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991.

García, Lila, “Titularidades de exclusión. Acciones pluriindividuales en la Ciudad de Buenos Aires”, en AAVV, *Premio Formación Judicial 2009*, Consejo de la Magistratura, Ciudad de Buenos Aires (en prensa).

----- “Desorden mundial, orden migratorio”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLII, nro. 124, enero-abril 2009, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM: México, pp. 195-234.

----- “Diez años de política migratoria hacia los migrantes bolivianos”, en *Buenos Aires Boliviana*, Ministerio de Cultura-Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, pp. 19-36

----- “La dimensión real de los derechos humanos en la promoción de la prosperidad humana”, *Tercer Concurso de ensayos Cumbre de las Américas*. Disponible on-line en: http://www.summit-americas.org/csEssayWinners_09.html

----- “De los derechos a las políticas. El enfoque de los derechos humanos en la definición de las políticas públicas frente a la pobreza”, *Debates Latinoamericano*, Año 7 número 13, octubre 2009. On-line en: <http://www.rlcu.org.ar/revista/articulos.asp> [Consultado el 20-06-2010].

----- “Reconstruyendo el núcleo de derechos de la persona humana. Aportes para la justiciabilidad de, también, los derechos económicos, sociales y culturales”, *American University Law Review*, Volumen 22 No. 1, Washington DC, pp. 65-100 (Premio American Awards).

----- “Derechos Humanos para la sustentabilidad y viceversa”, *Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México*, año 15 núm. 74, enero 2005, pp. 75-95 (Premio Comisión Nacional de Derechos Humanos).

----- “En las fronteras. Migración y derechos humanos en el nuevo orden jurídico internacional”, en *Migración y Derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, México, 2005, pp. 9-40. También disponible en www.codhem.org.mx. (Premio Comisión de Derechos Humanos del Estado de México y LV Legislatura del Estado de México).

Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

Gialdino, Rolando (2005), “La pobreza extrema como violación del derecho”, en *Gaceta de Derechos humanos*, año 12 número 72, marzo-abril de 2005, México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, pp. 45-65.

Gialdino, Rolando, “Dignidad, Justicia Social, Principio de Progresividad y núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social”. Disponible en: <http://defensachubut.gov.ar/defgral/?q=node/2489> [Consultado el 20-06-2010].

Giustiniani, Rubén, "Fundamentos de la ley", en Giustiniani, R., *Migración, un derecho humano*, Buenos Aires: Prometeo, 2004.

Guariglia, Osvaldo Una ética para el siglo XXI. Ética y Derechos Humanos en un tiempo posmetafísico, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001.

Gutierrez Posse, Hortensia, *Guía para el conocimiento de los Elementos de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires: La Ley, 2005.

Gil Domínguez, Andrés, "Los derechos humanos como límites a la democracia", en *Los derechos humanos del siglo XXI. La revolución inconclusa*, Buenos Aires: Ediar, pp. 97-103, 2005.

Gros Espiell, Héctor, "La democracia en el sistema interamericano", en *Revista Lecciones y Ensayos*, 1997-1998, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 595-623.

Gros Espiell, Héctor, "La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos", en *Dignidad humana*, Uruguay: Cátedra UNESCO de Derechos Humanos, pp. 9-33, 2003.

García Ramírez, Sergio, "Estado democrático y social de derecho", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, año XXXIII, número 98, mayo-agosto de 2000, pp. 595-635, p. 620).

H

Haberle, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, citado por Carbonell, ob. Cit., p. 25.

Hardt, Michel; Negri, Antonio, *Imperio*, Buenos Aires-Barcelona-México: Paidós, 2006.

Henderson, Humberto, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", *Revista IIDH*, volumen 39, enero-junio 2004, pp. 71-99.

Hom, Howard, "THE IMMIGRATION LANDSCAPE IN THE AFTERMATH OF SEPTEMBER 11. New Laws, Policies, and Regulations Present Challenges to Immigrants and their Counsel", *Los Angeles Lawyer*, Vol. 25 number 23, 2002.

I

Ignatieff, Michel, *Human Rights as politics and idolatry*, Princeton: Princeton University, 2001.

J

Jones-Bos, René, "Poverty is a comprehensive violation of human rights", en *Development Issues*, vol. 5, nro. 3, Dic., Instituto de Estudios Sociales, Países Bajos, 2003.

Justin C. Glon, "GOOD FENCES MAKE GOOD NEIGHBORS: NATIONAL SECURITY AND TERRORISM--TIME TO FENCE IN OUR SOUTHERN BORDER", *Indiana International and Comparative Law Review*, Vol. 15 número 349, 2005.

K

KRATOCHWIL, Hermann, "Movilidad Transfronteriza de Personas, Migración Laboral y Procesos de Integración Regional en América Latina" en *La dimensión social de la integración regional*. Centro de Formación para la integración regional, 1995.

L

Lacomba, Joan, "Teorías y prácticas de la inmigración. De los modelos explicativos a los relatos y proyectos migratorios", *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona nro. 94, 1 de agosto de 2001. Disponible en: <http://www.ub.es/geocrit/sn-94-3.htm>.

Lafer, Celso, *La reconstrucción de los Derechos Humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. México: Fondo de Cultura Económica. Original: *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Traducción: Stella Mastrangelo, 1994.

Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos". *Revista Doxa*, nº 4, 1987. Universidad de Alicante

Lasagna, Marcelo (1995), "Las determinantes internas de la política exterior: un tema descuidado en la teoría de la política exterior", *Estudios internacionales*, Año XXVIII, julio-septiembre 1995, nro. 111, Chile: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, pp. 387-409.

Lizano, Ana, Ed., *América Latina y la segunda administración Bush: un debate en torno a la migración*, San José: FLACSO, 2008.

M

Manili, Pablo, "La difícil tarea de elaborar un concepto de derechos humanos", *Manual digital de derechos humanos*. Disponible en: http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/a_1.2.html

Mariblanca Staff Wilson, "Mujer y derechos humanos", KO'AGA ROÑE'ETA se.viii (1998) - <http://www.derechos.org/koaga/viii/staff.html> [Consultado el 20-06-2010].

Mármora, Lelio, *Las políticas de migraciones internacionales*, Buenos Aires: OIM-Paidós, 2004.

Mármora, "Políticas migratorias consensuadas en América Latina", *Estudios Migratorios Latinoamericanos*, año 17 nro. 50, 2003.

Mármora, Lelio, "MERCOSUR y políticas migratorias", *Clarín*, 21 de julio de 2003

MARTÍNEZ PIZARRO, Jorge, *La migración internacional y el desarrollo en la era de la globalización e integración: Temas para una agenda regional*, Serie Poblacion y Desarrollo, Santiago de Chile: CEPAL, 2000.

Medina, Cecilia, "El derecho internacional de los derechos humanos", Cecilia Medina y Jorge Mera (editores), *Sistema jurídico y derechos humanos. El Derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Santiago: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996, pp. 27-84.

Melkevik, Bjarne (...), "El derecho cosmopolita: la reactualización habermasiana", en *Revista Derechos Humanos*, 1 (1): pp. 221-238. (Centro de Estudios e Investigación en Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, Rosario).

Méndez, Juan, "Derecho a la verdad frente a las graves violaciones de derechos humanos", Disponible en: http://www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Juan_E_Mendez.pdf [Consultado el 20-06-2010].

Mezzadra, Sandro, *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*. Traficantes de Sueños: Madrid, 2005. Traducción del original: *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzacione* (2001), Miguel Santucho.

Miranda, Roberto, "El resurgimiento de la política interestatal en una época de transnacionalización". *Ciencias Sociales* 100: 147-164, 2003 (II).

Miranda, Roberto, "Políticas exteriores de la Argentina entre la coherencia y el contexto", *Politikós*, nro. 1, Santa Fe: Instituto de Ciencia política de la Universidad Católica de Santa Fe, diciembre 2003, pp. 97-124, 2003.

Mitchell, Christopher, "The significance of the September 11, 2001 terrorist attacks for United States-bound migration in the Western Hemisphere", *International Migration Review*, June 30, 2002, Volume 36; Issue 1;

Muguerza, Javier, "La alternativa del disenso", en Javier Muguerza y Gregorio Peces-Barba (coord.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Debate, 1989.

Muñoz, Heraldo. "El mundo post Irak", *Revista de Estudios Internacionales*, Chile: Universidad de Chile, pp. 5-11.

N

Nagel, Thomas, "Los derechos personales y el espacio público", en *Democracia deliberativa y derechos humanos*, Barcelona: Gedisa. Original: *Deliberative Democracy and Human Rights*. Traducción: Paola Beragallo y Marcelo Alegre, 2004.

Nikken, "El derecho internacional de los derechos humanos", *Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas de Caracas*, num. 72, 1989.

Nikken, *El derecho internacional de los derechos humanos, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela / Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.-- Caracas, 72 (1989).*

Nikken, Pedro, "**La fuerza obligatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos**", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas: Caracas, nro. 75, 1990, pp. 329-349.

Novick, Susana, "MERCOSUR y migraciones: el caso argentino". Trabajo presentado en el II Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, realizado en Guadalajara, México, del 3 al 5 de septiembre de 2006.

Novick, Susana, "Evolución reciente de la política migratoria argentina". Disponible en: <http://www.iigg.fsoc.uba.ar/pobmigra/archivos/iussp.pdf> , 2005. [Consultado el 20-06-2010].

P

Pacceca, María Inés, "El MERCOSUR y la normativa migratoria argentina" (2000-2005). Documento presentado al VII Congreso de la Sociedad Argentina de Análisis Político. Disponible en: <http://www.saap.org.ar/esp/docs-congresos/congresos-saap/VII/programa/paneles/a/a5/pacceca.pdf> [Consultado el 20-06-2010].

-----"Legislación, migración limítrofe y vulnerabilidad social", trabajo presentado a las VI Jornadas sobre Colectividades, Buenos Aires, octubre de 1998.

Paradiso, José, "El poder de la norma y la política del poder (1880-1916), en Jalabe, S., *La política exterior argentina y sus protagonistas 1880-1995*, Buenos Aires: GEL, 1995, pp. 13-25.

PINTO, Mónica, *El derecho internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.

R

Rabbosi, Eduardo “Derechos Humanos: el principio de igualdad y la discriminación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N°. 7, 1990 , pags. 175-192.

Raffin, Marcelo, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y postdictaduras del Cono Sur*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 2.

Reyes Miranda, Felipe (2004), “Derechos, derechos humanos y pobreza extrema”, en *Derechos de segunda generación*. Fascículo 5 de la serie Transición democrática y protección a los derechos humanos, México, pp. 151-159.

Rosa, José María, *Historia argentina*, Tomo VI, Buenos Aires: Oriente. 1979.

Rossi, Julieta y Abramovich, Víctor, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, Bogotá (Colombia), 9 (Número especial): 34-53, abril de 2007. Disponible en: http://www.cej.org.py/desc/desc/Adriana%20desc/Bibliograf%C3%ADa/02_La_tutela_de_los_derechos_economicos.pdf [Consultado el 20-06-2010].

Rusell, Roberto, “Política exterior y veinte años de democracia. Un primer balance”, Novaro M., y Palermo V., *La historia reciente. Argentina en democracia*, Buenos Aires: EDHASA, pp. 257-269, 2004.

S

Saba, Roberto, “Discriminación, trato igual e inclusión”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian, *La aplicación de los tratados sobre derechos por los tribunales locales*, Buenos Aires: CELS, 1997, pp. 561-577.

Sassen, Saskia, “Theory aspects of migration and crisis”, Conferencia en el marco del *Seminario Internacional Migración en los albores del siglo XXI*, 13, 14 y 15 de octubre de 2009.

Sheela Murthy, “IMPACT OF SEPTEMBER 11, 2001 ON U.S. IMMIGRATION”, *Maryland Bar Journal*, March/April, 2004.

Simonoff, Alejandro , “Estructura y coyuntura en la Política Exterior de Néstor Kirchner”, *Relaciones Internacionales*, año 15 nro. 31, Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad de La Plata, 2006, pp. 133-145

Simonoff, Alejandro, “La política exterior argentina reciente, con especial énfasis en la relación con Brasil y Estados Unidos”, en *Transitando los inicios del siglo XXI. Las relaciones internacionales de Argentina, Chile y México*, Nuevo Hacer, Buenos Aires, pp. 69-95, 2006.

T

Taccetti, Victorio, *Constelación Sur, América Latina frente a la globalización*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1997.

Teitelbaum, Michel, “The rol of state in international migration”, *The Brown Journal of World Affairs*, Winter 2002 – Volume VIII, Issue 2, 2001;

Tello, Ángel, “Repensando la estrategia: defensa y seguridad en el Cono Sur”, en *Transitando los inicios del siglo XXI. Las relaciones internacionales de Argentina, Chile y México*, Buenos Aires: Nuevo Hacer, 2006, pp. 23-34.

Tokatlian, Juan Gabriel, “Un giro de 180 grados”, *Debate*, 28 de marzo de 2003, pp. 30-32.

Tomasevski, Katarina, *El asalto a la educación*, Barcelona: Intermón Oxfam, 2004.

Tomás y Valiente, Francisco, “Constitución”, *Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, citado por Carbonell, “Estudio introductorio. Jellinek y la Declaración Francesa de 1789”, en *Jellinek, Georg, La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Traducción de Adolfo Posada, México: IJ-UNAM, 2003.

Tulchin, Joseph, “América Latina en el sistema internacional”, *Agenda internacional*, No. 2, pp. 32-43, 2004.

V

Valls, Ramón, *Ética para la bioética y de a ratos para la política*, Barcelona: Gedisa, 2003.

Ventura Robles, Manuel, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de acceso a la justicia e impunidad”, en el Taller Regional sobre Democracia, Derechos Humanos y Estado de Derecho, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, septiembre de 2005. Disponible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/PonenciaM Ventura.doc> [Consultado el 20-06-2010].

Z

Zaffaroni, Eugenio, “Migración y discriminación: la nueva ley en perspectiva histórica”, en Giustiniani, Rubén, *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires: Prometeo, 2004.

Zizek, Slavoj, “Contra los derechos humanos”, *New Left Review*, nro. 34, julio-agosto 2005.

Informes

Centro de Estudios Legales y Sociales, *Informe anual 2000. Capítulo VI: Inmigrantes y refugiados*, 2000. Disponible en www.cels.org.ar

Centro de Estudios Legales y Sociales, *Informe Anual 2001. Capítulo VIII: Inmigrantes: señales de alerta e inacción*, 2001.

Centro de Estudios Legales y Sociales, *Informe anual 2002. Capítulo XII: Migrantes: ley inconstitucional y práctica urbana*, 2002.

Centro de Estudios Legales y Sociales, *Informe anual 2005. Capítulo XIV: A dos años de la nueva Ley de Migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes*, 2005.

Centro de Estudios Legales y Sociales, *Informe Anual 2007. Capítulo X: Derechos de las personas migrantes luego de la sanción de la nueva Ley de Migraciones 25.871*, 2007.

CIDH, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, 24 de abril de 1997 (cap. VIII, página 94).

CIDH, SEGUNDO INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev. 2 junio 2000, capítulo VI, párrafo 2.

CIDH, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, OEA/Ser.L/V/II.110, 9 de marzo de 2001.

CIDH, *Informe Perú 2000*, ob. Cit., párrafo 6 del capítulo VI; *Tercer Informe sobre Colombia 1999*, OEA/Ser.L/V/II.102, capítulo III, párrafo 4.

CIDH, Informe 100/01, caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros*, 11 de octubre de 2001; Informe 29/01, caso 12.249, *Jorge Miranda Cortez y otros*, párrafos 34-36.

CIDH, Informe 32/05, petición 642/03, *Cuscul Pascual, Luis Rolando y otras personas afectadas por el VIH/Sida*, 7/03/05.

Comité DESC, Observación General nro. 3 (1990), Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nro. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados parte*. Doc. ONU E/1991/23 (1990).

Comité de Derechos Humanos, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 27º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 159 (1986).

Comité de Derechos Humanos, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 168 (1989).

Comisión Europea de Derechos Humanos, caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido* (1985).

De Alba, Francisco, para la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, “Informe sobre la violación de los Derechos Humanos de los Trabajadores Migrantes, México, (manuscrito original, sin datos de publicación).

INDEC. Encuesta complementaria de Migraciones Internacionales, Censo 2001. “Población limítrofe por año de llegada a Argentina. Jurisdicciones seleccionadas. Años 2002-2003”.

INDEC, Censo 2001. Encuesta complementaria de migraciones internacionales. Disponible en: http://www.indec.gov.ar/webcenso/ECMI/ampliada_index_brasil.asp?mode=03

Tercer Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para los Derechos de los Migrantes, A/59/377 del 22/9/04.

Cuarto Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas para los Migrantes, Informe E/CN.4/2005/85

Office of the United Nations, High Commissioner for Human Rights, “The International Convention on Migrant Workers and its Committee”, Fact Sheet No. 24 (Rev.1).

Declaraciones

Declaraciones de Ricardo Rodríguez, DNM, “Entrevista a Ricardo Rodríguez”. Disponible en: <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2007/00431.pdf>

Audiencia Pública “Legislación migratoria en la República Argentina”, Sala de Conferencias del Congreso de la Nación”, 26 de septiembre de 2002.

Discurso del Presidente Néstor Kirchner del 17 de diciembre de 2004 en la Cumbre del MERCOSUR. Disponible en: http://www.caserosada.gov.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=4285

Jurisprudencia de Corte Internacional

-Corte IDH: Casos contenciosos

Corte IDH, **Velásquez Rodríguez**, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C nro. 4.

Corte IDH, **Godínez Cruz**, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C nro. 5.

Corte IDH. **Caso Yatama Vs. Nicaragua**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte IDH, **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú**. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia del 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 75.

Corte IDH, **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay**. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Corte IDH. **Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. Voto razonado del Juez Cançado Trindade.

Corte IDH. **Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia**. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31.

Corte IDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. **Caso Garibaldi Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009, Serie C No. 203.

Corte IDH. **Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204.

Corte IDH. **Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

Corte IDH. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

Corte IDH. **Caso Las Palmeras Vs. Colombia**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67.

Corte IDH. **Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH. **Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C No. 198.

Corte IDH. **Caso Bulacio Vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH, Sentencia sobre Excepciones Preliminares en el caso **Benjamin y Otros versus Trinidad y Tobago**, voto del Juez A. Cançado Trindade, párrafo 15.

Corte IDH, Caso **Ivcher Bronstein**, Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C, núm. 54. párrafo 37.

Corte IDH. **Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina.** Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39, párrafo 69.

Corte IDH. **Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. Voto del Juez Cañado Trindade.

Corte IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. Voto concurrente del juez S. García Ramírez, párrafo 2.

Corte IDH. **Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México.** Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrafo 32.

Corte IDH. **Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párrafo 173.

Corte IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158, párrafos 72-77 correspondientes a la tercera excepción preliminar.

Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

Corte IDH. **Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Septiembre de 2009. Serie C No. 204, párrafo 30.

Con Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001.

Corte IDH, **Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú.** *Competencia.* Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 41.

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párrafos 164 y 165; *Tibi*, párrafo 144.

Corte IDH. **Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párrafos 276, 377 y 379; Corte IDH, *Masacre de Las Dos Erres*, párrafo 137.

Corte IDH., **Caso Baena Ricardo y otros.** Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Corte IDH., **Caso Aloeboetoe y otros.** *Reparaciones*, Art. 63.1, CADH, Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C No. 15),

-Corte IDH: Medidas provisionales y asuntos

Corte IDH, Asunto “Viviana Gallardo”, decisión del 13 de noviembre de 1981.

Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó versus Colombia. Resolución sobre medidas provisionales de protección del 06.03.2003. Voto Cañado Trindade, párrafo 4.

Corte IDH, Caso de los Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano, Medidas provisionales en Resolución del 18 de agosto de 2000.

Corte IDH. **Asunto James y otros respecto Trinidad y Tobago.** Sentencia de medidas provisionales.

Corte I.D.H, Caso de las Penitenciarías de Mendoza, Resolución de 22 de noviembre de 2004, Párrafo resolutivo 16.

Corte IDH. Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó respecto Colombia, 2/06/2006, voto del Juez A. Cançado Trindade.

-Corte IDH: Opiniones consultivas

Corte IDH. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.

Corte IDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrafo 52.

Corte I.D.H. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. , párrafo 45 (énfasis agregado).

Corte IDH. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párrafos 48 y ss.

Corte IDH. **El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal.** Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párrafo 83 y 101.

-Corte Europea de Derechos Humanos

Corte EDH, Case *Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, párrafo 10.

ANEXOS

CUADRO 1. CONVENIOS BILATERALES CON PAÍSES LIMÍTROFES Y PERÚ

NORMA TIVA	Perú	Bolivia	MERCOSUR	Restantes limítrofes
Instrumento original	Convenio de Migración (1998). Ley 25099 (1999). Sancionada: 21/4/99. Promulgada: 5/5/99 PUBLICACIÓN CONFORME LEY N° 24.080 EN EL B.O. DEL 09/09/1999. ENTRADA EN VIGOR: 24/06/1999. Firmado: 12/8/98.	Convenio de Migración. Ley 25098 (1999). Sancionada: Abril 21 de 1999 Promulgada: Mayo 5 de 1999 Publicada en el Boletín Oficial del 07-may-1999. Firmado: 26/2/98.	Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile (2002), ley 25902 (2004).	<u>Brasil</u> : ninguno hasta MERCOSUR <u>Chile</u> : Convenio laboral 1971 <u>Y</u>
Otros	Protocolo Adicional. Ley 25495 (2001). Protocolo Adicional 2 (2002), ley 25889 (2004).	Protocolo Adicional, ley 25536 (2002). Protocolo Adicional 2 (2003), ley 26091 (2006).		Declaración presidencial Conjunta sobre libre circulación de personas (2003).
Situación actual	Disposición DNM 20.880/2005, se extiende Acuerdo Residencia Nacionales MERCOSUR, Bolivia y Chile (2002).	Acuerdo de Residencia Nacionales MERCOSUR, Bolivia y Chile (2002). Acuerdo Migratorio (2004), ley 26126 (2006).		<u>Uruguay</u> : Memorándum de entendimiento para la libre circulación de personas (2001).
				<u>Paraguay</u> : ninguno hasta MERCOSUR.

CUADRO 2. CUADRO COMPARATIVO DE LOS REGÍMENES DE REGULARIZACIÓN MERCOSUR Y EXTRA MERCOSUR

Programa Nacional Normalización Documentación Migratoria

	Extra MERCOSUR	MERCOSUR
Regulación	Decreto 1169/2004	Disposición 53253/2005
Destinado a:	Ciudadanos nativos de países fuera de la órbita del MERCOSUR que al 30 de junio de 2004, residen de hecho en el territorio de la Argentina.	Extranjeros nativos de los Estados Parte del MERCOSUR y sus Estados Asociados que hubieren ingresado al territorio de la REPUBLICA ARGENTINA: (i) antes del 17/4/06; (ii) desde el 17/4/06. Incluye nacionales de: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela.

Requisitos	Solicitud de regularización migratoria, la cual tendrá carácter de Declaración Jurada	Completar el "Formulario de Regularización Migratoria" que tendrá el carácter de Declaración Jurada respecto de todos los datos volcados en el mismo, en especial sobre los datos personales, la fecha y el lugar de ingreso al país.
	Acreditación de Identidad con:	Acreditar identidad con documento vigente, a saber:
	a) Pasaporte, o en caso de imposibilidad	Pasaporte, Cédula de Identidad o, en caso de imposibilidad,
	b) Certificado de Nacionalidad expedido por autoridad consular del país del peticionante en la REPUBLICA ARGENTINA, legalizado por el MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, COMERCIO INTERNACIONAL Y CULTO.	Certificado de Nacionalidad expedido por autoridad consular del país del peticionante en la REPUBLICA ARGENTINA
	Acreditación de los términos previstos en el artículo 1° del presente, con cualquiera de los siguientes documentos:	Sin equivalente
	a) Partida de Nacimiento de hijo argentino (acreditación válida para el caso de la madre, si el padre figurara como presente en el momento de asentar el nacimiento también resultará, respecto del mismo, acreditación suficiente).	Sin equivalente
	b) Partida de matrimonio con ciudadano argentino celebrado en el territorio de la REPUBLICA ARGENTINA.	Sin equivalente
	c) Partida de matrimonio con ciudadano extranjero celebrado en el territorio de la REPUBLICA ARGENTINA.	Sin equivalente
	d) Constancia en el pasaporte o en la tarjeta de control o en la documentación intervenida al momento de producirse el ingreso.	Sin equivalente
	e) Presentación anterior frente a la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES.	Sin equivalente
	f) Inscripción ante la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS (AFIP).	Sin equivalente
	g) Cualquier documento extendido por autoridad nacional, provincial o municipal. A título ejemplificativo: documento privado con intervención oficial, certificación hospitalaria, boletín de calificaciones, certificado de vacunación, etcétera.	Sin equivalente
	h) Todo otro documento que acredite fecha cierta y que a juicio de la DIRECCION NACIONAL DE MIGRACIONES permita el encuadre del peticionante en los términos del artículo 1° del presente.	Sin equivalente

	Certificado de carencia de antecedentes penales de la REPUBLICA ARGENTINA	a) Certificado de antecedentes penales de la REPUBLICA ARGENTINA, emitido por Policía Federal Argentina o el Registro Nacional de Reincidencia
	Certificado de carencia de antecedentes penales de su país de origen o de donde hubiere residido los últimos CINCO (5) años.	Certificado de carencia de antecedentes penales de su país de origen o de donde hubiere residido los últimos TRES (3) años
		Declaración jurada de carencia de antecedentes penales internacionales
	Comprobante de pago de las tasas correspondientes.	Comprobante de pago de la tasa correspondiente
		Presentar declaración jurada en la cual manifieste contar con medios suficientes para su subsistencia (sólo para ingresados luego del 17/4/06).
Residencia	Temporaria de 2 años. Si el nacional (i) es cónyuge de argentino nativo, por opción o residente mayor a 5 años o (ii) tiene hijos argentinos, luego puede acceder a una residencia permanente. Caso contrario, se le otorga una nueva temporaria de 2 años.	Temporaria de 2 (dos) años. Con una antelación de 60 días puede solicitar una residencia permanente.
	Temporaria de 2 años. Si el nacional (i) es cónyuge de argentino nativo, por opción o residente mayor a 5 años o (ii) tiene hijos argentinos, luego puede acceder a una residencia permanente.	
	Sin equivalente	A todos los extranjeros contemplados por la presente Disposición que ingresen al país a partir del día 17 de abril de 2006 y que no sean residentes permanentes, temporarios o transitorios diferente a la categoría "turista", se les otorgará al momento de su ingreso una residencia transitoria como TURISTA MERCOSUR por un plazo único de NOVENTA (90) días. Este plazo podrá ser prorrogado por igual término.

CUADRO 3. RELEVAMIENTO DE NORMAS SOBRE REGULARIZACIÓN¹

NORMA	FECHA	TÍTULO	RESUMEN

¹ Recientemente, una nueva Disposición estableció que las residencias precarias otorgadas en virtud de la disposición 53.253/05 tendrían validez hasta el 31 de mayo de 2009, por lo cual se "invitaba" a completar el trámite de residencia temporal de 2 años que, entre otros requisitos, significa el pago de 200 pesos por cada trámite. Dicho plazo ha sido prorrogado hasta mayo de 2010.

Disposición DNM 2079/04	28/01/04	SUSPENSIÓN EXPULSIONES	Se suspenden las medidas de expulsión y conminación a salir del país respecto de todos los nacionales de países limítrofes. Excepto supuestos a)-h) art. 29 ley 25871.
Decreto PEN 836/2004	07-Jul-04	EMERGENCIA ADMINISTRATIVA y PROGRAMA NACIONAL de REGULARIZACIÓN MIGRATORIA.	Se declara la emergencia administrativa de la DNM. Se faculta a la mencionada Dirección Nacional a crear el Registro Nacional Único de Empleadores y Requirentes de Extranjeros y el Registro Nacional Único de Apoderados de Inmigrantes. Funcionamiento del Área de Asistencia e Información. Elaboración de un plan de acción para la regularización de los trámites pendientes. Se crea el Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria.
Decreto 1169/04	06-Sep-04	Regularización extra MERCOSUR	Ciudadanos extra MERCOSUR que al 30/06/04 residan en Argentina, no refugiados, asilados o diplomáticos. Plazo 180 días, residencias de 2 años. Tasas máx: \$400.- (ver disposiciones particulares en parágrafo aparte).
Disposición 29.929/04	21/09/04	SUSPENSIÓN EXPULSIONES. EXTENSIÓN A PERÚ	Considerando la asociación de Perú al MERCOSUR, se suspenden también las medidas de expulsión o conminación a hacer abandono del país respecto de nacionales del Perú. A tales efectos, la interpretación legal del inciso (I) del art. 23 es expresada por la Disposición como meramente enunciativa "debiendo incluirse a todos los nacionales de los Estados Parte y asociados".
Disposición DNM 29.930/2004	17-Sep-04	Regularización extra MERCOSUR	Se crea la Coordinación Aplicación del Régimen de Regularización Migratoria para ciudadanos nativos de países fuera de la órbita del MERCOSUR, instituido por el Decreto N° 1169/2004. Crea también la Sub-coordinación, la Comisión de Apoyo a la Coordinación. Se aprueban Cronograma, Formularios, Plan de Ejecución y Modelos de Disposición.
Disposición 33.349/2004	08-Oct-04	Regularización EXTRA MERCOSUR	Instrucciones para alegar indigencia ante DNM. Presentar certificado, testigos, hechos.
Disposición DNM 20.880/05	9/6/05	EXTENSIÓN A PERÚ	Se extienden las previsiones del <i>Acuerdo sobre Nacionales del MERCOSUR, Bolivia y Chile</i> a Perú.
Disposición 53.253/2005	13-Dic-05	Regularización MERCOSUR	Implementación del citado Programa para extranjeros nativos de los Estados Parte del Mercado Común del Sur y sus Estados Asociados (ver disposiciones particulares en parágrafo aparte).
Disposición 14.949/2006	11-Abr-06	PROGRAMA Normalización migratoria	Modifica el título "III" de la 53253/2005. A partir del 17 de abril de 2006, los extranjeros nativos de los Estados Parte del MERCADO COMÚN DEL SUR (MERCOSUR) y sus Estados Asociados que no sean residentes temporarios, permanentes o transitorios diferente a turista, al momento de su ingreso al país se les otorgará una residencia transitoria como TURISTA MERCOSUR por un plazo único de NOVENTA (90) días. En ese plazo decide si tramita residencia (2 años) o no. DDJJ medios suficientes para la subsistencia
D. 14.954/2006	11-Abr-06	Programa Normalización migratoria	Implementación de un procedimiento especial de regularización que comprenderá a los ciudadanos nacionales de la República de Bolivia que hayan sido víctimas de explotación laboral en talleres clandestinos de costura o establecimientos similares.
D. 20.878/2006	22-May-06	Programa Normalización MERCOSUR	Se establece que los certificados expedidos por autoridad consular extranjera o sus legalizaciones, no necesitan la intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Modificación de la Disposición N° 53.253/2005.

D. 24.337/2006	16-Jun-06	PROGRAMA Normalización MERCOSUR	Abre Registro de Instituciones Sociales Colaboradoras, oficinas consulares o diplomáticas
D. 48.328/2006	21-Dic-06	PROGRAMA Normalización MERCOSUR	Modifica el título II de la 53253/2005. Extranjeros anteriores al 17/04/06. Abre registro entidades colaboradoras. Modifica título III.
Disposición DNM 35.768/08	22/5/08	Programa Normalización MERCOSUR	Se establece que a los efectos de la regularización prevista por la Disposición 53.253/05, los extranjeros deben haber formalizado su petición antes del 1 de junio de 2008. Las peticiones posteriores seguirán los trámites normales.
Disposición DNM 2529/09	11/12/09	Instructivo trámites MERCOSUR	Establece el procedimiento y requisitos para el otorgamiento de residencias temporarias y permanentes, sin derogar la Disposición 53.253/05.

CUADRO 4. CUADRO COMPARATIVO DEL ACUERDO PARA NACIONALES DEL MERCOSUR Y PARA NATIVOS DE BOLIVIA

	MERCOSUR	Bolivia
Nacionalidad	Nacionales originarios o por naturalización (mínimo 5 años)	Nacionales de nacimiento; residentes temporarios o transitorios en territorio argentino; regularizantes.
Nacionales que pueden acogerse	Quienes deseen establecerse en territorio de otra Parte.	Quienes soliciten su ingreso bajo el presente régimen.
Incluye Nacionales ingresados:	Sí: encontrándose en territorio de otra parte, deseando establecerse y presenten solicitud de regularización.	Sí: quienes revistan una condición irregular de permanencia y que presenten documentación dentro de los 365 días vigencia Acuerdo.
Notas	Para nacionales ingresados, se aplica el procedimiento con independencia de la condición migratoria con la que hubiera ingresado, implicando exención multas y otras sanciones.	También podrán acogerse los nacionales que hubieren sido admitidos como transitorios o temporarios
Requisitos para residencia temporaria	Pasaporte válido y vigente, cédula de identidad o certificado de nacionalidad	Pasaporte válido y vigente, cédula de identidad o certificado de nacionalidad
	Partida de nacimiento y Comprobación de estado civil	Partida de nacimiento y certificado de matrimonio para los casados.
	Declaración jurada de carencia de antecedentes internacionales penales o policiales.	Declaración jurada de carencia de antecedentes internacionales penales o policiales.
	Certificado que acredite carencia de antecedentes <u>judiciales</u> y/o penales y/o policiales del peticionante en el país de recepción.	Certificado que acredite la carencia de antecedentes penales y/o policiales en el país de origen o en los que hubiera residido en los últimos cinco (5) años anteriores
	Certificado médico expedido por autoridad médica migratoria u otra sanitaria oficial, del que surja la aptitud psicofísica del peticionante. Ello, si es exigido por la legislación interna del Estado parte de ingreso.	Certificado médico expedido por autoridad médica competente u otra sanitaria oficial del país de origen o recepción, según corresponda de conformidad con las normas internas del país de recepción.

	Pago de tasa retributiva de servicios.	Pago de tasa retributiva de servicios
Pago tasas	No establece	Los trámites que se efectúen en las representaciones consulares de cada una de las Partes, abonarán las tasas en las monedas del país de recepción o en su equivalente en la divisa que corresponda.
Trámite consular	Cuando la solicitud se tramite en sede consular, bastará la certificación de su autenticidad, conforme los procedimientos del país de que procede.	Cuando la solicitud se tramite en sede consular, bastará la certificación de su autenticidad, conforme los procedimientos del país de que procede (art. 7)
Trámite migratorio	Cuando la solicitud se tramite ante los servicios migratorios, dichos documentos sólo deberán estar certificados por el agente consular del país de origen del peticionante acreditado en el país de recepción, SIN OTRO RECAUDO.	Cuando la solicitud se tramite ante los servicios migratorios, dichos documentos sólo deberán estar certificados por el agente consular del país de origen del peticionante acreditado en el país de recepción, SIN OTRO RECAUDO (art. 7)
Residencia temporaria	hasta 2 años	2 años
Residencia permanente	La temporaria puede transformarse en permanente mediante la presentación del peticionante ante la autoridad migratoria, dentro de los 90 días anteriores al vencimiento	Al cabo de 2 años podrán efectuar el cambio de calificación a permanentes
Requisitos para residencia permanente	Constancia residencia temporaria	Pasaporte, cédula o DNI que acredite la condición de residente temporal, si lo fuera.
	Pasaporte válido y vigente, cédula de identidad o certificado de nacionalidad	Pasaporte válido y vigente, cédula de identidad o certificado de nacionalidad (para transitorios e ingresantes)
	Certificado que acredite carencia de antecedentes <u>judiciales</u> y/o penales y/o policiales del peticionante en el país de recepción.	Certificado que acredite la carencia de antecedentes penales y/o policiales en el país de origen o en los que hubiera residido en los últimos cinco (5) años anteriores
	<u>Acreditación de medios de vida lícitos que permitan la subsistencia del peticionante y su grupo familiar</u>	Acreditación de medios de vida lícitos
	Pago de tasa retributiva de servicios.	Pago de tasa retributiva de servicios
Sometimiento legislación interna	Si vencida la residencia temporaria de hasta 2 años no se presentaran ante la autoridad migratoria, quedan sometidos a la legislación migratoria interna (art. 6)	Si dentro de los 3 meses del inicio del trámite para la residencia temporaria no presentan la totalidad de los requisitos quedan sometidos a la legislación migratoria común (art. 8)
Reglamentación	Las partes se comunicarán sus respectivas reglamentaciones y modificaciones.	Las Partes acordarán las medidas necesarias a fin de que las reglamentaciones no impongan requisitos que impliquen un desconocimiento o menoscabo de los derechos reconocidos

Interpretación	Sin perjuicio de normas o disposiciones internas de cada Estado que sean más favorables a los inmigrantes	Sin perjuicio de normas o disposiciones internas, bilaterales o multilaterales más favorables
Duración	Indefinida	5 años
Derechos	VARIOS. Entrar, salir, circular y permanecer libremente y sin perjuicio de restricciones excepcionales impuestas por razones de orden público y seguridad pública	No establece

CUADRO 5. COMPARACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES VIGENTES

	Perú y Bolivia	MERCOSUR	Acuerdo con BOLIVIA	Acuerdo con BRASIL
AMBITO	Titulares extranjeros para ejercer actividad en relación de dependencia, ingresantes y a regularizar. Familiares de los titulares, ingresantes o a regularizar. Familiares de distinta nacionalidad.	Nacionales de una parte que deseen residir en otra, a ingresar o regularizar.	Nacionales naturales de una Parte que deseen ingresar o regularizar.	Nacionales residentes y titulares de una residencia transitoria o temporaria; o residentes a regularizar.
Ingreso	Para trabajar en relación de dependencia.	No es necesario salir del país para regularizar	No es necesario salir para regularizar	Para regularizar, si el ingreso es clandestino es necesario salir y reingresar
TITULARES	NACIONALES INGRESANTES: fuera del territorio, desean establecerse en territorio de otra Parte, para desarrollar actividad formal en relación de dependencia. NACIONALES a REGULARIZAR: dentro del territorio en situación migratoria irregular, pretenden regularizar a fin de desarrollar actividad formal en relación de dependencia.	NACIONALES A: Nacionales (natural o adquirido mínimo 5 años) que deseen residir en territorio de otra Parte. NACIONALES a REGULARIZAR: nacionales (natural o adquirido mínimo 5 años) que se encuentren en territorio de otra Parte y presenten solicitud de regularización.	NACIONALES ENTRANTES: Personas (i) nacidas en el territorio de una de las partes, que por ello sean (ii) reconocidas como nacionales, que (iii) soliciten ingreso bajo el presente régimen en el territorio de otra parte. NACIONALES A REGULARIZAR: nacionales de una Parte admitidos como transitorios (max. 90 días) o temporarios en territorio otra.	Sólo nacionales residentes.

Familiars igual nacionalidad	3. NACIONALES C: nacionales de una parte que sean (i) cónyuge, (ii) padres, (iii) hijos solteros menores 21 o discapacitados de NACIONALES A o B que deseen ingresar o regularizarse. 4. NACIONALES D: nacionales C que se encuentren residiendo en el país de recepción como temporarios o permanentes, según régimen interno.	----- ----- ---	----- ----- -----	-----
Familiars otra nacionalidad	5. NACIONALES E: nacionales del Estado X que sean (i) cónyuge, (ii) padres, (iii) hijo de un nacional del Estado Y que resida en dicho Estado. Para ingresar o regularizar.	----- ----- ---	----- ----- -----	-----
PLAZOS Se prevén derechos	1. NACIONALES A: dentro de vigencia del Convenio. 2. NACIONALES B: 365 días desde vigencia del Protocolo. No	No especifica. Desde vigencia Convenio (2009) Sí	Regularizantes: 365 días desde vigencia Convenio. Otros: no especifica, se entiende vigencia Convenio (5 años prorrogable igual período) No	No especifica. Desde vigencia del convenio (27/11/08) <u>Sí</u>

Fuente: elaboración propia.