

La protección constitucional de los trabajadores extranjeros. Su análisis a la luz de la inmigración proveniente de países limítrofes¹

Por

María Cecilia Hockl

¡No van a ser expulsados los hombres de trabajo!
(Del diputado Bollini, en la discusión parlamentaria de la Ley de Residencia²)

I. Introducción y objetivos

Es principio incontrovertible que los derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional no son absolutos y que su ejercicio se encuentra sometido a las leyes que los reglamentan.

También lo es que esa reglamentación ha de ser razonable, lo que significa que debe adecuarse al fin que requirió su establecimiento y no incurrir en arbitrariedad (art. 28 de la Ley Fundamental).

Sobre estas premisas básicas, el pre-

sente trabajo se propone articular los principios que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina fue elaborando en su jurisprudencia relativa a extranjeros e inmigrantes, con las normas que hoy involucran a los trabajadores fronterizos en nuestro país, particularmente en lo relativo a sus derechos laborales. Se intentará, de este modo, verificar la armonía o el contraste de aquellos principios de orden superior con las reglamentaciones aludidas: se verá si se ha respetado la adecuación de la ley a la Constitución, cuando esta se ha hecho cargo de los trabajadores de nuestros países hermanos.

Esta cuestión no ha perdido actualidad, aun cuando la presente coyuntura económica haya empujado a muchos de estos últimos a emprender el

¹ Este trabajo está basado en la ponencia presentada por la autora en las XI Jornadas Rioplatenses de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

² Primera Sesión Extraordinaria, 22 de noviembre de 1902, Cámara de Diputados, Diario, p. 349.

retorno a sus países de origen. Todo lo contrario; el actual estado de cosas evidencia la sinrazón de ciertos mecanismos de exclusión que –frente a las constitucionales de inclusión– atribuyeron a estos trabajadores algunos de los flagelos que los poderes públicos no han logrado conjurar. Más aún. Esta misma coyuntura ha profundizado un movimiento inverso –la emigración de argentinos– como fenómeno generador de una paradójica situación: ante la posible inmigración ilegal, en algunos países se ubicó a aquéllos dentro del nivel máximo de riesgo³.

Por todas estas razones, el presente trabajo pretende reflexionar acerca de un punto obvio, aparentemente olvidado en la cuestión que se aborda: la esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de sus distintos órganos y en la supremacía de la Constitución. Por ello, ninguna “razón de estado” –y menos aún las que resultan del desconocimiento de las verdaderas causas de algún mal social– puede justificar la adopción de leyes que se aparten de aquellos principios.

II. La Constitución Nacional

Nuestra Constitución, en su Preámbulo, asegura los elevados propósitos que contiene “a todos los habitantes del mundo que quieran habitar el sue-

lo argentino”; en su art. 20 equipara a extranjeros y nacionales en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, y en particular los autoriza a ejercer su industria, comercio y profesión. De modo tal que, en tanto habitantes de la Nación, (art. 14) tienen el derecho a trabajar con la protección de las leyes (art. 14 bis), a ejercer toda industria lícita, a navegar, a comerciar y asociarse con fines útiles, a profesar libremente su culto, a enseñar y a aprender. Gozan del derecho de propiedad (art. 17) y frente a la ley cuentan con la garantía de la igualdad, con la sola condición de ser idóneos para el ejercicio de los cargos públicos (art. 16).

III. Las directrices jurisprudenciales

a) Expulsión de extranjeros en la Ley de Residencia

La expulsión ha constituido siempre una herramienta política a la que diversas leyes de la materia han recurrido, aun las actuales. De tal modo, resulta de utilidad recorrer el camino de la doctrina judicial en materia de *extranjería*, para comprobar qué contornos constitucionales admite, para los jueces de la Corte, esta figura tan especial.

Antecedente ineludible en esta tarea es la mal llamada “*Ley de Residencia*”,

³ Diario “La Nación”, domingo 24 de febrero de 2002, Sección 8, pág.1. Allí se lee: “La embajada australiana es la que más dura se mostró hasta el momento. No sólo restringió la cantidad de visas, sino que también ubicó a la Argentina dentro del máximo nivel de riesgo, por encima de Colombia y al mismo nivel que Afganistán”, confirma Falus.

pues era justamente una ley de expulsión⁴. Como se sabe, sus disposiciones concedieron especiales facultades al Poder Ejecutivo, para deportar o impedir la entrada al territorio nacional a los extranjeros condenados o perseguidos por tribunales extranjeros por crímenes o delitos comunes y a aquellos cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público.

La ley, luego complementada por la llamada de "defensa social" de 1910, fue insistentemente tachada de inconstitucional en los debates parlamentarios. En cambio, fue justificada por el miembro informante de la comisión de negocios constitucionales: "...se trata de evitar los abusos, de prevenir hechos criminales que se producen a la sombra de la huelga; se trata de salvar a la sociedad de esos estallidos anárquicos que comprometen tan graves intereses en un país debidamente constituido"⁵. En el ámbito de los diputados, se dijo que el proyecto complementaba la ley de inmigraciones de 1876, pues a la par que ésta impedía

la entrada al país de "de lisiados, de enfermos, de valetudinarios" aquella se encargaba de bloquear el ingreso de los que traían sus rencores, sus enfermedades, el residuo de los fermentos europeos de las naciones de que precisamente son expulsados⁶.

En contra de la mayoría, fue elocuente el senador Mantilla: "No defiendo a los extranjeros bandidos ... Tomo la denominación extranjero en abstracto o general y digo: el que ha venido a la República Argentina atraído por la Constitución, bajo el amparo de las garantías que ella acuerda y está sometido a las leyes comunes que protegen a los habitantes, tiene derecho indiscutible para no ser entregado al capricho del Poder Ejecutivo por medio de una ley política de expulsión"⁷.

Fueron muchos los intentos de derogarla, lo que recién ocurrió en 1958. Ello, luego de que 37 proyectos de ley con ese propósito ocuparan a los legisladores⁸. Baste recordar las encendidas palabras del diputado Palacios⁹, quien señaló que "sobre cien tesis que

⁴ Marcela Aspell "La Ley 4144 'de Residencia' Antecedentes-Sanción- Aplicación", en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 25, 1979.

⁵ Del senador Pérez, sesión extraordinaria del 22 de noviembre de 1902, *Diario de Sesiones*, pág. 657.

⁶ Del diputado Vedia, id. anterior, *Diario de Sesiones*, pág. 356.

⁷ Del senador Mantilla, id. anterior, *Diario de Sesiones*, pág. 667.

⁸ Aspell, Marcela, cit.

⁹ Citado por Sánchez Viamonte, Carlos en *Biografía de una Ley Antiargentina: La Ley 4144 de Residencia*, Ed. Depalma, 1954, pág. 55.

el año pasado se han presentado a la Facultad de Derecho por los estudiantes que egresaron de las aulas todos sostuvieron, en las proposiciones accesorias, que la Ley de Residencia era inconstitucional” y la sesión solicitud de la Unión General de Trabajadores en la Sesión del 27 de junio de 1904, según la cual la ley retraía ...“al elemento trabajador que antes emigraba a nuestro país y mantiene en constante zozobra a los extranjeros residentes, que ven en ella una amenaza, toda vez que en cualquier forma que quieran hacer valer sus derechos, derechos iguales a los que gozan los ciudadanos argentinos, se exponen a ser considerados como elementos perturbadores del orden y expulsados sin juicio previo de esta tierra que fecundaron con su labor”. Como señala Sánchez Viamonte, fue una ley que “se dictó contra *facinerosos*; sin embargo, se aplicó a obreros dignos, capaces y de conducta irreprochable, por el sólo hecho de sus ideas políticas y sociales”¹⁰.

La Corte Nacional, en la causa “Sheimberg y otro”, en la que se había aplicado la ley a 33 extranjeros detenidos (Fallos: 164:344) mantuvo el principio de la constitucionalidad de la ley, con cita de lo decidido en “Maciá y Gassol” (Fallos: 151:211). El juez Sagarna, en disidencia, sostuvo la inconstitucionalidad de la ley, señalando que estaba vedado al Ejecutivo impo-

ner penas; y que no era “posible apoyar la atribución de expulsar habitantes sin juez, ni defensa ni juicio en las disposiciones claras de la Constitución Nacional”.

Esa jurisprudencia, fue reiterada. En cambio, en “Doregger” (Fallos: 203:256), la mayoría de la Corte estableció que al expulsado no se le había dado la oportunidad de defensa y de ofrecer pruebas de descargo, lo que invalidaba ese decreto de expulsión. Esa doctrina fue mantenida en “Kusters” (Fallos: 207:16), “Alvarenga” (205:5); “Vietinghoff Sheel” (Fallos: 205:474), “Chantrain” (Fallos: 208:84) y “Menéndez” (204:615).

En “Becker” (Fallos: 205:434), se ampliaron aún más los fundamentos tendientes a preservar el derecho de defensa a quien es sometido al decreto de expulsión. En “Stolzenberg”, entendió que si el extrañamiento se basaba en los mismo hechos que la condena judicial por los delitos cometidos, se encontraba preservada la oportunidad de defensa (Fallos: 211:1567).

b) Cuestiones relativas a inmigrantes en general

En este capítulo se exponen los criterios jurisprudenciales en materia de inmigrantes en las diversas cuestiones que, por actos de autoridad, los involucrados reclamaron la intervención de la Corte Federal.

¹⁰ Sánchez Viamonte, cit, pág.143

En la causa "Bertone, Antonio" (Fallos : 164:290), sostuvo la Corte que comprobado que el recurrente no es un inmigrante en los términos de la ley 817 –pues había residido con anterioridad en país con ánimo de permanecer en él– en virtud de lo establecido en los arts. 14 y 31 de la Constitución Nacional, debía dejarse sin efecto la resolución de la Dirección Nacional de Migraciones que le había impedido desembarcar.

En "Di Césare, Pedro" (Fallos: 184:101), la Corte sostuvo que el extranjero que entró al país como inmigrante y se incorporó al mismo por su radicación durante muchos años de trabajo, no pierde su condición de habitante de la Nación por haberse ausentado del territorio durante un período de diez meses, por lo que es ilegítimo exigirle el cumplimiento de los requisitos que rigen a los inmigrantes (en idéntico sentido, "Eladio Rodríguez" publicado en Fallos :197:332 y "Sosa, Lino" en Fallos: 234:203). En "Britez, Silvestre", el Tribunal hizo lugar al amparo basado en las garantías constitucionales de trabajar y permanecer en territorio argentino, y deducido contra un decreto de expulsión de la Dirección Nacional de Migraciones; se trataba de un extranjero que había ingresado como turista, y que contrajo matrimonio con mujer argentina, residió y trabajó en el

país (Fallos: 268:404). Sin embargo, cuando el extranjero permaneció en el país luego del vencimiento del plazo de la permanencia temporaria autorizada y no solicitó su ampliación ni su radicación definitiva, se consideró legítimo el decreto de expulsión ("Ferreira Hernández", Fallos: 271:272; en similar sentido "Trinidad, César", Fallos: 271:202).

En cuanto a los inmigrantes clandestinos, advertido su ingreso oportunamente por las autoridades, el criterio fue diverso¹¹. En el caso de "Hernández, Blas" –quien se encontraba afectado por tracoma y cuya entrada al país fue clandestina– entendió in cuestionable el derecho de la Nación de impedir su admisión, con arreglo a preceptos constitucionales (Fallos: 173:179). En "B. de Zlatnik, Juliana" (Fallos: 182:39), señaló que "es habitante del país a los efectos de invocar garantías constitucionales, el inmigrante que vivía en el domicilio que eligió libremente, y que hallándose probado que no padecía la enfermedad por la cual la Dirección de Inmigración se oponía a su entrada, correspondía hacer lugar al recurso de hábeas copus". En otro caso, se reputó válida la reconducción al país de origen de Jesús Rial y Angel Freire, tripulantes extranjeros que habían sido detenidos por la Dirección General de

¹¹ En la causa "Hernández" (Fallos: 117:165) y "Maciá y Gassol" (Fallos: 151:211), con criterios amplios, la Corte hizo lugar a los recursos de los actores, aún tratándose de inmigrantes clandestinos. Pablo Ramella consideró que la doctrina de la Corte era equivocada y llevaba "a proteger, inexplicablemente, la inmigración clandestina". Pablo A. Ramella, "Concepto de inmigrante", *Derecho Constitucional*, Bs. As., Establ. Gráf. Standard, 1960, ps. 230-231.

Migraciones (Fallos: 205:628; en idéntico sentido "Bairamis, Jorge y otros", Fallos: 206 :165). En "Grundblatt, Jenó", expresó la Corte que el derecho de la Nación para regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida que con arreglo a los preceptos constitucionales lo requiera el bien común, resultaba compatible con la Ley Suprema. Sobre esas bases, consideró improcedente que la Dirección de Migraciones ponga en libertad a quien había entrado clandestinamente al país mientras realizaba las gestiones tendientes a obtener su ingreso. "Siempre que la Dirección de Migraciones no decida reembarcarlo o que el recurrente no opte por esta solución, no queda al mismo otra alternativa que permanecer alojado en el Hotel de Inmigrantes, hasta tanto justifique haber cumplido los requisitos necesarios para ser admitido en la República" (Fallos: 210:558).

Al decidir que correspondía a la competencia de la justicia nacional en lo penal especial de la Capital Federal en la causa que se resolvía (Fallos: 232:154), señaló la Corte que la existencia de una organización dirigida a obtener la entrada ilegal de inmigrantes al país, induciendo a error a la Dirección Nacional de Migraciones mediante el otorgamiento y presentación de falsos compromisos de trabajo, obstruía el normal funcionamiento de las instituciones nacionales.

En una causa de ciudadanía, –"Gorza, Angel"– decidió el Tribunal que correspondía otorgarla a quien, siendo

menor de edad, había sufrido una condena condicional por hurtos reiterados y que, desde entonces y durante 36 años, no cometió ningún otro delito o infracción, constituyó hogar con mujer e hijos argentinos y desempeña correctamente su actividad (Fallos: 293:154 y 741: "Lerer, Boris"). Los criterios, en esta materia, fueron básicamente amplios como el apuntado de "Gorza": "Marini, Edilio", publicado Fallos: 293:663; "Lerer, Boris", registrado en Fallos: 293:741; "Cristoff, Miron" en Fallos: 294:9; "Imundo, José Carmelo", en Fallos 298:541, entre otros. Estableció, en este contexto, que "el saber leer y escribir no es un presupuesto esencial e indispensable cuya ausencia descalifique a los extranjeros para ser miembros de una comunidad política. Para la ciudadanía, las leyes vigentes exigen calidades morales en el orden personal y social, haber prestado servicios al país o contribuido en alguna medida al bien común y no profesar doctrinas y estar afiliado a sectas que combatan la forma de gobierno de la República" ("Benítez, Celestino", Fallos: 295:209).

En la causa "Carrizo Coito" (Fallos: 302:604), entendió que la pertenencia a la doctrina de los "Testigos de Jehová", no comprometía la seguridad nacional y el orden público, por lo que aquella circunstancia no obstaba para obtener residencia permanente en nuestro país. Entendió así que, en concreto, de manifestar el recurrente un menosprecio a los símbolos argentinos, se podrían tornar aplicables las sanciones del caso.

Es del caso recordar el voto del juez Fayt que, aunque disidente, señaló un principio fundamental en materia de elección del nombre de los hijos por parte de sus progenitores extranjeros: "Las tradiciones familiares de lo que llegan al país deben ser respetadas en cuanto contribuyen un patrimonio vivo de la familia y un sentimiento delicado y noble de sus integrantes, pues de lo contrario, el cálido llamamiento del art. 20 de la Constitución Nacional, quedaría contradicho..." ("Ofman, Mario Jorge", publicado en Fallos: 311:1399).

En un reciente pronunciamiento, del 22 de diciembre de 1998 (Fallos: 321:3646), la mayoría de la Corte declaró abstracta la cuestión planteada por la defensa del ciudadano uruguayo Juan Carlos De la Torre –cuya permanencia en el país fue declarada ilegal por las autoridades migratorias quienes, además, dispusieron su expulsión– toda vez que ese extrañamiento ya se había concretado. Los votos de quienes se mantuvieron en minoría –de los jueces Fayt, Petracchi, Boggiano y Bossert– rescataron, en cambio, los principios de la jurisprudencia reseñada. Así, dijeron que no se había respetado la oportunidad de defensa y ni tratado los planteos de inconstitucionalidad. Se recordó en el voto del juez Bossert que "la limitación a la libertad personal que importa la prohibición de ingresar al territorio nacional ha sido considerada por el Tribunal materia propia del hábeas corpus y que, por el hecho de que el beneficiario de la acción se halle ac-

tualmente en libertad en el extranjero, no le priva de interés legítimo para solicitar un pronunciamiento sobre su situación, toda vez que el extrañamiento forzoso importa una restricción a la libertad ambulatoria en tanto le impide entrar y permanecer en el territorio argentino (Fallos: 305:269). Señaló este magistrado, con apoyo en tratados internacionales –en concreto, el art. 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de jerarquía constitucional– que "el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a ley; y a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer sus razones que lo asisten en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente..." (ver también, arts. 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; 5º de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, y 22 inc. 5º de la Convención Americana de Derechos Humanos).

c) Ejercicio de profesiones por extranjeros

A los fines de la presente investigación, resulta de especial interés enlazar todo lo anterior con los criterios que la Corte ha establecido en punto al *trabajo* de los extranjeros.

En un "leading case" que sirvió de base a pronunciamientos posteriores de

la Corte y de otros tribunales¹², aquella declaró inconstitucional –por contraponerse a la Ley Fundamental– el Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, que imponía el requisito de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada. Se dijo entonces que en cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa disposición constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con el art. 20 de la Constitución.

La actora, María Inés Repetto, era profesora de educación preescolar, y se encontraba desempeñando sus tareas docentes en un instituto privado; ante una inspección de la autoridad escolar provincial y la comprobación que se trataba de una ciudadana norteamericana, se le hizo saber que debía resignar sus aspiraciones a ser seleccionada como maestra suplente, por lo que la docente demandó a la Provincia de Buenos Aires a fin de que se declare la inconstitucionalidad de las diversas

normas en que ésta se apoyó para decidir como lo hizo.

Dijo entonces la Corte que el control administrativo sobre la enseñanza sistemática se hallaba plenamente asentado, de modo que su eficacia no requería de la nacionalidad de los docentes como requisito de idoneidad, pues cualquiera sea ella, aquel control, detallado y minucioso, podía ejercerse por igual (del voto del juez Carlos S. Fayt).

También se expresó que ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional, toda distinción entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción de inconstitucionalidad; por ello, la legitimidad de tal distinción no puede basarse en la insuficiente expresión según la cual tal medida es “razonable” (del voto de los jueces Petracchi y Bacqué, Fallos : 311:2272).

En el caso de una psicóloga española a quien una reglamentación local le impedía su desempeño en un hospital público (“Rocío Calvo y Pesini”, Fallos: 321:194), la Corte declaró inconstitucional la normativa, sobre la base de los principios enunciados en el precedente anterior.

¹² La Suprema Corte de la Provincia de Mendoza declaró la inconstitucionalidad de la norma de la Provincia de Mendoza que negaba la posibilidad de ingresar a las filas de la Policía local a un ciudadano chileno naturalizado (causa “Sanhueza, Fernando”). En este pronunciamiento se recordó que la Corte Nacional, en un fallo del año 1974 (“Radulescu”, Fallos: 290:83) sostuvo que no era inconstitucional el reglamento de practicaje y pilotaje para ríos, cursos y canales de la República que exigía requisitos de nacionalidad.

IV. La cuestión en la actualidad

¿Qué es lo que se ha podido extraer de la reseña de sentencias precedente? Por vocación, la jurisprudencia constitucional siempre –e ineludiblemente–, ha debido preservar la supremacía de la Ley Fundamental de la Nación por sobre todo acto de autoridad pública y por sobre todo estatuto normativo, de cualquier naturaleza que éste fuere.

Frente a la Ley de Residencia, la Corte restableció nuestra Constitución, afectada en grado sumo frente al Ejecutivo dotado de discrecionalidad extrema y al expulsado sin oportunidad de defenderse. Ante los actos de las autoridades migratorias, sólo reconoció validez a las facultades de admisión y condicionamiento que se pudieran establecer, en la medida en que estuvieran conformes con la Constitución. De modo tal que, verificada una desinterpretación de la misma, según se vio, estableció cuáles criterios eran compatibles o no a la Ley Fundamental. En lo que concierne a las profesiones, a partir de “Repetto”, fue contundente en la asimilación entre los extranjeros y los argentinos.

Pues bien, ¿cuál es la regulación estatal que gobierna hoy la situación laboral de los extranjeros, en particular de los países limítrofes? ¿Se encuentran esas normas a la altura de la difícil si-

tuación de los migrantes limítrofes y, más profundamente, al nivel de los *standards* constitucionales que protegen al extranjero?

Siguiendo a Fera¹³ la normativa específica se integra con la denominada “Ley General de Migraciones y Fomento de la Inmigración” N° 22.439 y sus modificatorias, entre las que cabe mencionar especialmente a la ley 24.393, la 24.493 (llamada “de protección de mano de obra nacional”), los decretos 1434/87 y 1023/94, por los que fue aprobado y modificado el Reglamento de Migración y el decreto 1033/92, que reguló las condiciones para que los ciudadanos de países limítrofes que se encontraban establecidos de hecho en el país pudieran obtener la radicación definitiva.

De acuerdo al mismo autor, la posibilidad de acceso al empleo en las leyes mencionadas resulta del siguiente esquema: a) es preciso contar con una autorización de residencia; b) el permiso se otorga con carácter *permanente* a quienes tengan la intención de establecerse definitivamente en el país, en cuyo caso, los extranjeros pueden realizar todo tipo de tarea remunerada; c) la admisión *temporaria* se otorga a quienes no se establecerán de manera definitiva, para desarrollar las siguientes actividades: técnicas, espe-

¹³ Fera, Mario, “Aspectos del régimen jurídico aplicable a los trabajadores extranjeros en nuestro país. La migración ilegal y sus efectos en el Contrato de Trabajo”, *El Derecho* T.167, pág. 1190 y sgtes.

cializadas, industriales, comerciales, empresariales... educación secundaria, terciaria... tareas de temporada, como trabajador no calificado o para labores estacionales. Los admitidos sólo podrán realizar actividades remuneradas durante el período de su permanencia autorizada; d) los *residentes transitorios*, que adquieren esa categoría por encontrarse en el país por motivos de tránsito, turismo, negocios, estudios de mercado o tratamiento médico, o por ser tripulante o miembro de la dotación de un medio de transporte internacional, o por haber sido requeridos sus servicios por personas establecidas en la República para desarrollar tareas en actividades específicas, o por cualquier otro motivo atendible a juicio del Ministerio del Interior. Estos últimos no pueden realizar tareas remuneradas o lucrativas en nuestro país, ya sea por cuenta propia o en relación de dependencia, salvo que fueran expresamente autorizados a tal efecto por la autoridad de migración (art. 28, ley 22.439). Para obtener dicho permiso, el Reglamento de Migraciones establece tres requisitos: que el extranjero pruebe que desarrollará las actividades mencionadas en el art. 27, inc. A), de dicho reglamento (es decir, las actividades técnicas, especializadas, industriales, comerciales, empresariales, o de negocios, científicas, educativas, artísticas, culturales y/o deportivas); que sus servicios sean requeridos por personas físicas o jurídicas establecidas en la República, y que

este requerimiento se encuentre justificado por razones valederas.

Sin embargo, respecto de estos últimos se ha establecido una seria limitación, de clara inconstitucionalidad, con el dictado de la ley 24.493 de "empleo de mano de obra nacional", que establece textualmente que "*la Dirección Nacional de Migraciones, en ningún caso podrá extender autorización para realizar tareas remuneradas o lucrativas a extranjeros admitidos como 'residentes transitorios', existiendo mano de obra nacional disponible*". Mediante el decreto 845/95, el Ejecutivo vetó el artículo siguiente que establecía que "la determinación de la inexistencia de 'mano de obra nacional' será efectuada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, previa consulta de las organizaciones sindicales con capacidad para representar a los trabajadores de la actividad de que se trate", de modo tal que, mediante el procedimiento que estime conveniente, será la autoridad migratoria la que determinará si se da o no aquel hecho condicionante establecido en la ley¹⁴. Quedó en pie la posibilidad de clausurar los establecimientos en los que las inspecciones laborales constaten un 20% o más de mano de obra contratada en transgresión a las leyes migratorias (art. 4°).

No parece resistir ningún test de constitucionalidad, a la luz de la jurisprudencia reseñada, las distinciones que

¹⁴ Fera Mario, cit.

se consagran por esa ley. Tampoco, por cierto, los fundamentos de los legisladores que proyectaron la ley, justifican esa arbitrariedad: "... frente a la crisis que vive el mercado laboral, se hace necesario implementar algunas pautas tendientes a garantizar una competencia leal entre las empresas, dejando de lado a quienes pretenden lograr una reducción de costos mediante contrataciones fuera de la ley... definir la diferencia entre los residentes transitorios, a quienes en ningún Estado del mundo se les permite realizar tareas remuneradas, y aquellos residentes que son habilitados por la autoridad nacional de migraciones para vivir y trabajar en el país"¹⁵.

Como señala Gustavo Gallo, "...el legislador está más preocupado por los efectos económicos del desempleo... antes que de la suerte de ciertos trabajadores extranjeros, pues no se le escapa a nadie que al privilegiar la MON¹⁶ se está diciendo indirectamente que frente a la escasez, primero se salvan los de adentro y, si sobra –que no sobra y hace rato– los de afuera...".

Ante el cambio de las reglas del jue-

go, la Constitución, que privilegia el sistema de legalidad –las normas que *admitieron* a los "transitorios" en nuestro país pertenecen a esa categoría– ha sido vulnerada, toda vez que si bien no es exigible el mantenimiento de las leyes, no es posible, tampoco, la inconsecuencia en el legislador. Me permito, al margen del análisis constitucional, señalar que *irrazonablemente*¹⁷ se focaliza en el extranjero la causa de los males sociales y así se lo excluye, lo que rememora la situación existente al momento del dictado de la "Ley de Residencia", según ya se vio.

De acuerdo con un estudio efectuado por Alicia Maguid, "el lugar que ocupan estos migrantes en el mercado de trabajo del Área Metropolitana de Buenos Aires, centro primado del país que concentra a la mitad de los límites y que sufre con mayor intensidad el desempleo, muestra que su incidencia, aun en los sectores donde preferentemente se insertan, es muy reducida. Si se observa a los que llegaron en los últimos cinco años, el impacto disminuye a tal punto que su ausencia no alteraría prácticamente el nivel de la desocu-

¹⁵ Cámara de Diputados de la Nación, Reunión N° 28, del 1° de diciembre de 1993.

¹⁶ El autor alude a la Mano de Obra Nacional.

¹⁷ Tiene dicho la Corte en muchísimos precedentes que la evaluación de la conveniencia o eficacia de los medios arbitrados por el legislador para lograr los fines por él propuestos, es materia ajena al Poder Judicial, que juzga solamente la razonabilidad de dichos medios, esto es, si son proporcionados a los fines, y si media o no restricción constitucional a los derechos individuales (Fallos: 310:1162, del voto de los jueces Caballero y Belluscio).

pación". Como se afirma en "Los derechos humanos de los Migrantes. Situación de los Derechos económicos, sociales y humanos de los migrantes peruanos y bolivianos en Argentina y Chile"¹⁸, según Benencia, R. y Gazzotti, A. "recientes investigaciones sobre mercado laboral e inmigrantes reflejan la ínfima influencia de los trabajadores migrantes en las tasas de desocupación..."

Según un informe del CELS¹⁹, "el Censo de 1869 consigna 41 mil residentes en la Argentina nacidos en países limítrofes; en el de 1895, 115 mil; en el Censo de 1914, 206 mil; en el de 1947, 313 mil; y en el de 1991, 817 mil. En este último censo, la cantidad total de extranjeros residentes en la Argentina alcanza a 1.800.000, de los cuales aproximadamente un poco menos de la mitad son oriundos de países limítrofes. La proporción de extranjeros en la población total es, en el último censo del 91, la más baja experimentada desde el primer censo de 1869".

Siguiendo con la normativa, es de destacar que la amnistía inmigratoria como la que dispuso el ya citado decreto 1033/92 entre noviembre de 1992 y enero de 1994, facilitó la re-

gularización de 230 mil habitantes limítrofes de la categoría de "indocumentados". Esta medida, si bien es generosa, representa una consecuencia estatal inadmisiblesi se la articula con la ley "protectoria" de la mano de obra nacional, del año 1995.

Volviendo al aludido informe, durante el año 1999 se presentaron cinco proyectos de leyes que pretendían modificar, o derechamente substituir, la ley 22.439: "la cuestión migratoria logró captar la atención de los legisladores involucrados en la problemática poblacional y los movilizó en varios sentidos: tanto en la defensa de los derechos individuales afectados por abusos de poder cometidos con demasiada frecuencia por parte de funcionarios públicos del área y de fuerzas de seguridad, como en la tarea más estratégica de la creación de nuevas normas"²⁰. Durante el transcurso de ese año, se dictaron las leyes 25.098 y 25.099, mediante las cuales se aprobaron los convenios migratorios firmados durante el año 1998 con las Repúblicas de Bolivia y Perú, respectivamente, lo cual también resulta alentador.

¹⁸ Pág. 166. CEDLA, Comisión Chilena de Derechos Humanos, CEDAL, CELS. Editor Capítulo Boliviano de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, La Paz, Bolivia.

¹⁹ Centro de Estudios Legales y Sociales, Eudeba, *Derechos Humanos en Argentina, Informe Anual 2000*, abril de 2000.

²⁰ Informe cit., p. 288 y ss.

Conclusiones

1) La afirmación de Miguel Cané²¹, según la cual “los jueces viven en una atmósfera tan distinta y son guiados por móviles tan diversos de los que determinan a aquéllos que tienen la responsabilidad del poder, que su criterio en materia de orden político y social no puede revestir la flexibilidad necesaria para apreciar las circunstancias de una situación cuyos elementos no conocen ni la rapidez ni oportunidad de una medida de expulsión”, puede ser relativizada frente a un siglo de fecunda labor judicial. La custodia final de la Constitución Nacional a aquéllos incumbe, y los principios que emanan de sus sentencias –basados en la realidad que se les somete y en las normas pertinentes– lejos de malograrse por su desconocimiento, deben impregnar la labor legislativa, aún implícitamente. Se ha dicho que la Constitución, que es la Ley de las Leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar todas las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en oportunidad de su sanción, y que este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los gran-

des objetivos para que fue dictada la Constitución (Fallos: 315:158). *Todo lo reseñado de la doctrina de la Corte, frente a cualquier cambio legislativo que se vislumbra, habrá de ser entonces respetado para no incurrir en inconstitucionalidad.*

2) Frente a lo ya dicho, debe auspiciarse la aprobación legislativa de la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre “Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares” –aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990, y que fue ratificada por doce países– que se hace cargo de un conjunto de instrumentos internacionales anteriores a ella tendientes a preservar los derechos humanos y a eliminar toda forma de discriminación entre los hombres. Sus pautas pueden evitar espasmódicas políticas que sólo intensifican el mal que pretenden conjurar. La Convención repudia las expulsiones colectivas, estableciendo que cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente; asegura el derecho a los servicios sociales para los trabajadores migratorios y sus familias y el acceso a la educación para sus hijos; autoriza el trabajo por cuenta propia con abstracción de categorías o permisos²².

Y luego, sobre su base, debería esta-

²¹ Miguel Cané “Expulsión de Extranjeros”, *Apuntes*, Buenos Aires, 1899, pág. 20.

²² Informe cit.

blecerse una normativa que se encuentre a la altura de la actual realidad laboral en el mundo, de la que ningún país podría desentenderse: según el pensamiento de Habermas²³, *un ordenamiento jurídico que proporcione estabilidad a las expectativas de comportamiento de los distintos actores sociales y contribuya significativamente a la reducción de la complejidad social.*

3) Debe recordarse que la regla según la cual es inválido privar a alguien de lo que la ley no prohíbe, ha sido consagrada en beneficio de los particulares, no de los poderes públicos, de modo tal que la existencia de

pautas objetivas que limiten todo accionar público arbitrario son especialmente necesarias en esta temática, en la que se ha podido verificar en la sociedad una xenofobia identificación del migrante limitrofe con la ilegalidad laboral y la delincuencia. *Precisamente, es tarea de los poderes públicos revertir toda situación de opresión y miseria de los inmigrantes –castigando a quienes se aprovechan de su condición–, bien entendido que esa protección se dirige a ellos y de manera independiente a la tutela de la mano de obra nacional: nuestra Constitución jamás consentirá que se empuje al inmigrante al vacío de la exclusión social.*

²³ Ver Velasco, Juan Carlos, en su comentario a la obra de Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez - sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 1998: "De la fascinación jurídica a la obsesión democrática", Revista de Libros, Enero de 1999, Fundación Caja, Madrid, España.