

fuere, elegirán aquella aseguradora que pretenda menor precio. Las ART, sabiendo que el atractivo mayor será el precio que propongan, buscarán de cualquier forma disminuir los costos. Siendo —como son— empresas que persiguen fines de lucro achicarán cualquier rubro antes que su renta. La conclusión es obvia: disminuirán el costo de honorarios, mantenimiento, cantidad y calidad del servicio que brinden (36), máxime si no pesa sobre ellas el control del Estado.

En definitiva el perjudicado será el trabajador, cuyo bienestar fue la excusa para sancionar régimen tan denostado.

(36) El Tribunal del Trabajo N° 2 de La Matanza ha advertido en autos "Calderón de Laiza c. Eternit Argentina S.A." que el art. 20 de la LRT resulta violatorio del derecho del trabajador a la salud y a la vida "...exponiéndolo a la atención médica de cualquier profesional elegido por la aseguradora con la finalidad de bajar o minorizar costos..." (LLBA, 2002-820)

Si la perspectiva es esta, permitir a las ART cubrirse de los daños que causen mediante el pago de montos tarifados y cuando les de la gana es muy parecido a planear un crimen.

Debe sostenerse a rajatabla la responsabilidad de las ART y la de los empleadores, aplicando la normativa civil, para resolver casos dañosos producidos por práctica médica defectuosa, insuficiente, inoportuna o ausente.

La vieja idea de dar a cada quien lo que merece, así lo exige (37). ♦

(37) Como consecuencia del debate abierto mediante el presente trabajo el Congreso aprobó la siguiente conclusión: "Las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) son empresas prestadoras de servicios de salud y como tales son pasibles de ser demandadas en procesos por responsabilidad médica".

Residencia y naturalización

GABRIEL B. CHAUSOVSKY

SUMARIO: I. Dos aclaraciones preliminares.— II. Acreditación de la residencia.

"Ningún ser humano es ilegal" (Anónimo, de un graffiti pintado en la Boca)

I. Dos aclaraciones preliminares

Con el objeto de dejar aclarado el sentido de mi posición y propuesta, resulta necesario fijar con claridad dos conceptos a partir de los cuales la construcción deviene entendible.

La primera de ellas, tiene que ver con la adquisición de la nacionalidad. Tradicionalmente se concibió al mencionado aspecto como una gracia u honor que un Estado deparaba al extranjero que voluntariamente lo solicitara y si, además, lo merecía (1).

Este concepto hoy ha sido felizmente superado, no porque adquirir la nacionalidad argentina no sea un honor, sino porque ha dejado de ser una facultad graciosa del Estado, ya que se encuentra reconocido como un derecho, por lo que la titularidad se ha trasladado del Estado al particular. De lo expresado dan cuenta el artículo XIX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, tanto como el art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Hu-

manos, el art. 20.3 del Pacto de San José de Costa Rica (ley 23.054 —Adla, XLIV-B, 1250—), todos de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) que, expresamente, contemplan el derecho de cambiar de nacionalidad.

El segundo concepto que debe ser aclarado es, tal vez, el que genera desacuerdos en la doctrina y jurisprudencia, me refiero al concepto de residencia. Según mi parecer, una desafortunada sinonimia ha teñido la cuestión hasta tal punto que se exigen en la práctica recaudos probatorios que exceden largamente el plan del constituyente e inclusive, como más adelante se verá, el del legislador y el mismo administrador en la reglamentación.

La Constitución Nacional en su art. 20, en lo pertinente, señala que el extranjero obtiene la nacionalización: "residiendo dos años continuos en la Nación".

La ley 346 en su art. 2 inc. 1° reitera este concepto y el dec. 3213/84 en su art. 3.b., hace lo propio (Adla, 1852-1880, 906; XLIV-D, 3898).

Todos los textos hablan, entonces, nada más que de "residencia", así, sin aditamentos.

(1) Ver por todos, GONDRA, Jorge, "Jurisprudencia Federal", ps. 88/90, Ed. Jurisprudencia Argentina, 1944.

La residencia es una situación de hecho, y en este orden de ideas ha de señalarse la distinción entre domicilio, residencia y habitación; respecto de los cuales se ha dicho que: "la residencia es en sí el substrato básico del domicilio; por eso, la residencia se convierte en domicilio cuando existe voluntad de permanecer. Así, pues, la residencia puede existir, con independencia, en el lugar del domicilio o en otro: en el primer caso la residencia es habitual, y en el segundo temporal, a diferencia de la accidental que causa la habitación. En resumen, para que la residencia se convierta en domicilio es necesario que sea habitual, bastando para ello la intención y el hecho de la realización (2).

También, que: "la residencia habitual, constituye un punto de conexión sociológico, a diferencia del domicilio, de carácter normativo. Se trata, por ende, del lugar donde el menor desarrolla sus actividades, donde está establecido, con un cierto grado de permanencia, el centro de sus afectos y vivencias ...situación de hecho que supone estabilidad y permanencia..." (3).

II. Acreditación de la residencia

La ley 346, reglamentaria directa del art. 20 de la C.N., en su art. 2°, establece los supuestos de adquisición de ciudadanía y naturalización; para el inciso 1°, basta acreditar la residencia por dos años continuos y expresar la voluntad ante el juez federal. El inc. 2° de este mismo artículo, establece los casos en que se adquiere la nacionalidad aún sin reunir el requisito de la residencia de dos años en los diferentes casos que enumera.

El dec. 3213/84, por su parte, en el art. 3° repite los recaudos indicados, y también enumera las causas impeditivas de la concesión de la naturalización. El art. 4° de esta norma, señala los diferentes modos de probar circunstancias vinculadas al nacimiento y a la nacionalidad de origen, y respecto de la residencia expresa textualmente: "la residencia en un país podrá acreditarse por medio de una certificación de la Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de otros medios de prueba de que pudiera disponerse".

Ha de recordarse, que se impone a los jueces federales, en virtud de lo estatuido por el art. 5° del dec. 3213/84, tal como lo dispone la ley 346 en su art. 1 (según texto ley 24.533 y ley 24.951 —Adla, LV-E, 5653; LVIII-B, 1560—), el otorgamiento o denegación de la ciudadanía en un término máximo de noventa días, con los elementos que obren en autos.

Además, el mencionado decreto indica que los jueces pedirán todos los informes que consideren convenientes.

De lo expresado, se sigue que la prueba de la residencia no se limita a la certificación de la Dirección Nacional de Migraciones, y se admiten otros medios de prueba.

La jurisprudencia en general tiene una tendencia a no admitir otra prueba de la residencia que la emanada de la Dirección Nacional de Migraciones (4).

Lo cierto es que la Dirección Nacional de Migraciones no cumple eficazmente con su labor y muchas veces informa mal y en otras tantas directamente no lo hace.

Si no se admiten otros medios de prueba del hecho de la residencia, en la práctica, en muchos casos se obstaculiza e inclusive directamente se impide el ejercicio del derecho a cambiar de nacionalidad.

Esto ocurre en la actualidad, y no advierto modificaciones en la jurisprudencia que permitan alentar un cambio a favor del ejercicio del derecho a cambiar de nacionalidad, olvidando así la clara voluntad del constituyente y las precisas directivas contenidas en los Tratados de derechos fundamentales incorporados a nuestra Constitución Nacional a partir del año 1994.

Creo que la actitud reticente deriva de los dos puntos que hube menester aclarar al comienzo de este trabajo: subsiste la idea de que la nacionalidad es una gracia deparada por el Estado y no un derecho fundamental del individuo, en primer lugar; y, en segundo término, que es la Dirección Nacional de Migraciones el único órgano capacitado para determinar la calidad de residente de una persona.

Sostengo que ello no es así. La Dirección Nacional de Migraciones da cuenta (más allá del desorden administrativo que se advierte con el correr de los años en dicho organismo) de la categorización migratoria de un extranjero en el país.

El organismo de mención está habilitado por la ley para categorizar la residencia de los extranjeros en el país. La norma de aplicación, ley 22.439 y su reglamentación (Adla, XLI-B, 1577), llama a las categorías: residentes (permanentes, temporarios, transitorios, precarios e ilegales), pero es de advertir que todos ellos son residentes en el sentido fáctico del término.

Y es en ese sentido de hecho que corresponde entender el término "residencia" contenido en el art. 20 de la Constitución Nacional.

Cabe agregar que no es Migraciones el órgano interpretativo idóneo de un concepto inserto en la Constitución Nacional. Esta interpretación, a mi entender

(2) "Código Civil, comentado, anotado y concordado", Belluscio (Director), Zannoni (Coordinador), t. I, p. 430, Ed. Astrea, 1979.

(3) CCiv. y Com. San Isidro, sala I en JA, 2001-IV-662.

(4) Ver reseña de jurisprudencia sobre ciudadanía, por Patricia Barbado, en JA, 1998-III-1154 y sigtes.

errónea, se reitera, y aún de un modo más restrictivo, en un proyecto de ley de reforma a la ley 346, presentado por el Senador doctor Marcelo Guinle, ya que pretende que deben acreditarse dos años de residencia definitiva, con lo que el concepto de residencia queda restringido al informe de un único órgano administrativo - Migraciones - sobre un concepto constitucional (Expte. 2767/02 del 23 de octubre de 2002).

He sostenido anteriormente que la mayoría de los residentes ilegales en la República no lo son por voluntad propia, sino como consecuencia de la actuación de la autoridad de aplicación. Normalmente el extranjero no pretende ser ilegal, porque sabe lo disvalioso de tal condición, pero la experiencia indica que, en la mayoría de los casos, cae en la ilegalidad por la morosidad de Migraciones en regularizar su condición migratoria, las trabas económicas y fácticas impuestas por la administración, la ausencia de asesoramiento letrado idóneo, o, directamente por la existencia de directivas políticas que imponen una reticencia a peticionarios de ciertos orígenes o en ciertos tiempos (5).

"La codificación jurídica que sanciona la ilegalidad encubre los modos prácticos en los que se instituye lo que se aparenta regular. No se trata de una normativa trascendental, aplicada neutralmente sobre un conjunto de acciones voluntarias. Lejos de ello, la regulación migratoria propicia su propio incumplimiento; la aparente vocación por un control total y discrecional genera irónicamente, ilegalidad, falsificación y trabajo en negro. Paradoja en la cual la culpabilización estatal de los migrantes invierte la carga de la prueba. Adjudicar la categoría de ilegal a los individuos ensombrece la responsabilidad de la administración, ocultando el mecanismo subyacente, donde los contusos de la política discriminatoria aparecen como perpetradores de su propia ilegalidad. La exclusión del sistema se sublima en la malignidad de la víctima" (6).

Sin embargo cuadra recordar que los residentes aún ilegales pueden: constituir derechos reales sobre bienes inmuebles y muebles registrables e integrar sociedades civiles y comerciales, y que tales actos celebrados por los mismos son válidos (arts. 25 y 26, ley de migraciones); también pueden contraer matrimonio, ser asistidos en instituciones hospitalarias (arts. 101 y 103 de la misma ley). Igualmente, produce efectos jurídicos el trabajo de los residentes ilegales. La legislación de la Ciudad Autónoma de Bue-

nos Aires es más amplia aún, en la medida que autoriza a aquellos a recibir educación no sólo primaria. Paradójicamente, si un residente ilegal se hubiera casado con una mujer argentina puede solicitar su naturalización cualquiera sea el tiempo de su residencia (art. 2 inc. 2 ap. 7, ley 346).

Sin perjuicio de las sanciones y el deber de denunciar que contienen dichas normas, surge con claridad que, en lo que aquí interesa, aún los residentes ilegales son residentes y como consecuencia de ello la prueba del hecho de la residencia seguramente no surgirá exclusivamente del informe de la Dirección Nacional de Migraciones, pero como en general no se admiten otros medios de prueba, la situación de estas personas es de total desamparo, negándoseles derechos que las normas les reconocen.

Esto ocurre, aún a pesar de la doctrina y la jurisprudencia que desde hace mucho tiempo expresa: "el vocablo habitante, comprensivo tanto de los nacionales como de los extranjeros, se refiere a las personas que residen en el territorio de la República, aunque no tengan constituido precisamente un domicilio con todos los efectos legales de éste" (7).

Y más aún: "la legislación sobre admisión de extranjeros no establece plazos, pasados los cuales el que entró en el país subrepticamente puede considerarse habitante; pero esta situación puede modificarse —o sea, que el vicio puede purgarse— probándose que los antecedentes de ese extranjero, la conducta que ha observado en el sentido de acreditar por ella un recto comportamiento y la leal voluntad de arraigo y subordinación a los principios rectores de la vida nacional, lo habilitan para invocar la garantía constitucional de permanecer en el territorio" (8).

"No sólo es "habitante" del país quien ha ingresado en él respetando la ley de inmigración y los decretos reglamentarios, tanto aquellos inspirados en dicha ley 817, como en la ley de residencia 4144 (Adla, 1852-1880, 1128; 1889-1919, 560); también lo es el incorporado a nuestro medio por la "habitación" que ha conseguido establecer en el territorio argentino, después de haber violado la regulación legal sobre ingreso de inmigrantes y pasajeros. No podría tal persona ser expulsada si no es recurriendo, llegado el caso, a la aplicación de la referida ley 4114, que tal como ha sido concebida repugna a nuestra ley suprema según lo hemos sostenido en anteriores estudios" (9).

(5) Ver al respecto, de mi autoría: "El Estado y la expulsión de los extranjeros", publicado en la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L. —Estado y Derecho—, Santa Fe, 1997, N° 125, p. 169 y sigtes.; "El trato a los Extranjeros. Garantías Judiciales", publicado en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, t. 2, p. 999 y sigtes.; Universidad Nacional del Nordeste, Corrientes, 1997, "Expulsión de Extranjeros y Habeas Corpus, a propósito del fallo De la Torre" de la C.S.J.N., publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Ed. Ad-Hoc, Año VI- N° 10 A- 2000, p. 53 y sigtes. y "La reforma a la ley de ciudadanía y naturalización", publicado en PET, de 31 de mayo de 1996.

(6) CASARAVILLA, Diego, "Los laberintos de la exclusión", p. 124, Ed. Lumen, 1999.

(7) C.S.J.N., in re: "Maciá y Gassol", Fallos: 151:211.

(8) C.S.J.N., in re: "Sosa, Lino", marzo 23-1956, La Ley, 82-362 y sigtes.

(9) "Rodríguez, Eladio", C.S.J.N., y SPOTA, Alberto G., "La Ley de Inmigración y las garantías constitucionales", en JA, 1944-I-1970.

Como puede advertirse con este concepto de habitante, cuya amplitud salta a la vista puesto que incluye aún a los extranjeros que han entrado ilegalmente pero que se han establecido, puede afirmarse que les cabe reclamar los derechos contenidos en el art. 14 de la Constitución Nacional, entre los que se encuentra el de "permanecer" y por ende el de "no ser expulsado", y, en particular, el art. 20 que autoriza a pedir la naturalización luego de dos años de residencia continua en el país.

Lo que acabo de glosar tiene por objeto oponer un argumento sólido a quienes sostienen que no es conveniente otorgar la ciudadanía como medio de soslayar los obstáculos e impedimentos que la Dirección Nacional de Migraciones establece para otorgar regularmente categorías migratorias, y, por ello, imponen condiciones de acreditación de la residencia que no surgen ni de la Constitución, ni de su reglamentación.

La realidad nos impone una situación de hecho a la que no debemos ceder. Si seguimos el argumento que cuestiono solo nos queda esperar que Migraciones haga lo que debe bien y rápidamente, mientras tanto miles de hombres y mujeres de bien, trabajadores honestos, estudiantes correctos, serán ilegales y no tendrán acceso si lo desean a adquirir la nacionalidad argentina. ¿Cuánto tendrán que esperar y qué actitud deberán tomar entre tanto?

Los derechos fundamentales de las personas no pueden estar sometidos a los caprichos, autoritarismos o arbitrariedades de una Administración cualquiera; los hombres de derecho y quienes somos magistrados y hemos jurado cumplir y hacer cumplir la Constitución Nacional no debemos permanecer impasibles ante las flagrantes violaciones que cotidianamente se constatan de los derechos fundamentales de los individuos y debemos atender a los requerimientos de los justiciables de modo tal que en los hechos le sean admitidos los derechos que las normas les reconocen. Los derechos fundamentales son actuales e inmediatamente exigibles, no es posible, entonces, que escudados en defectos de la administración se priven, cercenen u obstaculicen esos derechos.

Si el Estado no ha sido capaz de organizar un servicio de migraciones eficaz y respetuoso de los preceptos constitucionales, si, a pesar del tiempo transcurrido no ha podido instruir debidamente a sus agentes acerca de su función y el modo de ejercerla adecuada a la Carta Magna, tal evidencia no puede además, constituirse de rebote en una nueva privación del ejercicio de un derecho de alto rango, cual es el de la adquisición de la nacionalidad.

Es por ello que sostengo que limitar la prueba de la residencia al informe de Migraciones es un recurso simple pero perverso para obstaculizar el pleno ejercicio de tales derechos.

A modo de ejemplo, en un caso de pedido de adquisición de la nacionalidad argentina por una ciudadana uruguaya que estudiaba en Concepción del Uruguay, Provincia de Entre Ríos, Argentina, siendo sostenida por sus padres residentes en Paysandú —República Oriental del Uruguay—, se contaba con un informe negativo de la Dirección Nacional de Migraciones y otro de Gendarmería Nacional que reportaba que durante el año 1995 la peticionante registraba 17 egresos del país y 6 ingresos. Así de confiables son los informes. Sin embargo se contaba con un contrato de locación de inmueble en Concepción del Uruguay, el informe de la Facultad en la que cursaba sus estudios en forma regular, amén de otras testimoniales que ratificaban la residencia de la joven en nuestro país. Finalmente le fue concedida la ciudadanía (10).

Como curiosidad recuerdo el texto de la última parte del art. 15 de la Constitución Nacional que expresa: "...Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República". La propia Constitución permite la introducción de cualquier modo para que un esclavo sea libre, pero una vez que es libre, en territorio nacional, al ingresar por lugar no habilitado, como la Dirección Nacional de Migraciones no lo tiene registrado será un residente ilegal. Esta es una norma histórica, por cierto, y cuando fue redactada no estaban desarrollados los conceptos de derechos fundamentales, ni existían los instrumentos para su protección, sin embargo revela la generosidad del constituyente, la que no puede ser afectada por normas de inferior jerarquía, y menos aún por procedimientos autoritarios.

La Constitución Argentina de 1853, y aún más desde 1994, es generosa para con los extranjeros. Me parece que no todos los argentinos están conformes con esta generosidad, pero mientras subsistan sus preceptos es nuestro deber hacer que los hechos no los contradigan.

En síntesis, ni la Constitución Nacional ni su ley reglamentaria exigen más que dos años continuos de residencia para que el extranjero pueda solicitar su naturalización. La residencia es una situación de hecho absolutamente independiente de la categoría migratoria (cuestión de derecho) que el extranjero ostente y basta su prueba por cualquier medio para tener por acreditado tal requisito, por lo que, cumplidos los demás recaudos de la legislación migratoria, vinculados a la edad, la extranjería, la manifestación voluntaria y la inexistencia de causas impeditivas, resulta imperativo el otorgamiento de la ciudadanía argentina al extranjero que lo solicite. Y dentro de los 90 días. ♦

(10) CFed. de Paraná, in re: "Sosa, Rosa Elizabeth s/ Ciudadanía" L. S. Civ., 1996-II-1519, se adjunta copia completa de la sentencia como anexo.