



Sociedad Argentina de Sociología Jurídica



UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL LITORAL
Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales

8^{vo} Congreso Nacional
de **Sociología Jurídica**
"derecho, democracia y sociedad"

Comisión 10: Aspectos jurídicos de las migraciones.

POLÍTICA MIGRATORIA PUBLICADA: EL DISCURSO Y LA REALIDAD

GABRIEL B. CHAUSOVSKY

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. Profesor a cargo de la Cátedra de Derecho de la Extranjería.



1.- “Los años de desorganización, que podemos clasificar como el retroceso del Estado en sus funciones específicas, imprescindibles e irremplazables por la actividad privada, provocó en general la presencia de un Estado ausente.

Migraciones no fue ajena a este cuadro de situación, desaparecieron las políticas migratorias, su actividad se minimizó a los controles de ingreso y egreso, función que gradualmente desapareció para ser virtual, el organismo vivió sólo para si mismo.

Predominó un criterio meramente expulsivo de las migraciones, que solo sirvió para tener a los ciudadanos extranjeros habitando en el país como indocumentados.

Migraciones fue una “fábrica de irregulares”.¹

2.- “Las migraciones son una parte esencial de la historia argentina...”. “La búsqueda de una mejor condición de vida en otras tierras no debe ser reprochable y mucho menos criminalizada...La Argentina ha plasmado este nuevo espíritu de su política migratoria en la Ley Nacional de Migraciones del año 2004 (que refleja) el compromiso de garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes y de sus familias (y establece) mecanismos de fácil acceso a la regularización...” “El derecho a la salud, a la asistencia social y a la educación en todos los niveles está igualmente garantizado en la Argentina a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria”; “Resulta más beneficioso para el resguardo de la seguridad interna que el inmigrante sea regularizado y documentado y no mantenido en la marginalidad y el anonimato que lo condena a la indefensión frente a empleadores inescrupulosos y a deleznable traficantes y tratantes”.²

3.- Las citas describen la política pública migratoria argentina que es publicada e importa un compromiso internacionalmente asumido por el país. Se corresponden con lo dispuesto en la Constitución Argentina, los tratados internacionales de derechos fundamentales a ella incorporados y la ley 25871, a lo que caben sumar las leyes 26165 y 26202, recientemente dictadas. Es un buen comienzo.

¹ Extraído de la página web oficial de la D.N.M. www.patriagrande.gov.ar/html/importancia.htm

² Extracto de la intervención del Emb. Leonardo Franco, Viceministro de Política Latinoamericana del MRECIC de la República Argentina, en el Diálogo de Alto Nivel sobre Migración Internacional y Desarrollo, Naciones Unidas, Nueva York, 15 de septiembre de 2006.



La existencia de normas de inferior rango (nacionales, provinciales y municipales) que no están en consonancia con lo arriba expuesto, llevan a analizar algunos casos y apreciar la influencia de la jurisprudencia en la corrección y adecuación de tales normas a los principios que forman parte de la plataforma de política pública en materia de migraciones.

Esta situación sería menos conflictiva si se adecuaban los preceptos normativos por aquellos que tienen la atribución de hacerlo, sin que fuera menester recurrir al poder judicial; mientras ello no ocurra, será éste quien habrá de ir determinando, ante supuestos concretos, el camino a seguir. A continuación habré de glosar diversos antecedentes de la jurisprudencia argentina que han contribuido a eliminar las normas que contradicen o afectan los derechos reconocidos a los extranjeros en el país, así como otros casos en los que se advierte que la directiva constitucional aparece incumplida.

4.- Con anterioridad al dictado de la ley 25871, algunos fallos trataron el asunto, señalando una doctrina jurisprudencial que parece ir consolidándose con el tiempo (sin perjuicio de algunos retrocesos que señalaré). A modo de ejemplo, en la causa "Repetto"³, se consideró inconstitucional una disposición reglamentaria en la Provincia de Buenos Aires que impedía a los extranjeros el ejercicio de la docencia privada; en "Calvo y Pesini"⁴ se decidió en el mismo sentido con relación al acceso de los extranjeros a cargos en un hospital público en la Provincia de Córdoba; y en "Hoofst"⁵ se declaró la inconstitucionalidad de una cláusula de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires que impedía aspirar a ser Juez de Cámara a los argentinos naturalizados.

En "Carrizo Coito"⁶ se resolvió que no podía servir como impedimento para otorgar la categoría migratoria solicitada, la religión profesada por el extranjero, aun cuando se hubiera prohibido a la institución religiosa a la que adhería. Esta es la única mención que haré a sentencias anteriores a 1984 (vigente la Ley Videla).

No es del objeto de este informe ingresar al análisis detallado de estas sentencias, ni de las que a continuación mencionaré, sino, más que nada, referir el devenir jurisprudencial y su influencia en el tema de tratamiento.

³ Fallos 311:2272

⁴ Fallos 321:194

⁵ JA 2005-IV-516

⁶ Fallos 302:604



5.- En la causa “Asociación por los Derechos Civiles c/Ciudad de Buenos Aires”⁷ se cuestionó una ley local que impedía el acceso a la carrera estatal docente a quien no fuera argentino. Por mayoría se rechazó la acción, aunque posteriormente la legislatura modificó la norma e incluyó a los extranjeros, eliminando la restricción. Aun cuando el resultado fue desfavorable, sin duda incidió en la modificación de la legislación.

6.- El Juzgado Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en una sentencia de mayo de 2006, en la causa “Guzmán Aguirre, Álvaro v. Gobierno de la ciudad de Buenos Aires”⁸, decretó inconstitucional el art. 2.2.1, inc. a) de la ordenanza 41455 en cuanto impedía a un médico extranjero (en este caso de nacionalidad boliviana) el acceso a la carrera hospitalaria pública. El control difuso de constitucionalidad, ejercido adecuadamente por los magistrados, permite decisiones de este tipo y propende a ponderar favorablemente su vigencia.

7.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “Gottschau, Evelyn P. v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”⁹, revocando un fallo del Tribunal Superior de la C.A.B.A, declaró la inconstitucionalidad de un reglamento de concursos que imponía el requisito de la nacionalidad para el acceso a un concurso para aspirar a ser Secretario de Juzgado. Si bien se registra algún antecedente, en esta sentencia comienzan a consolidarse criterios hermenéuticos de trascendencia, en orden a la consideración de las denominadas “categorías sospechosas” y el sometimiento de las mismas a escrutinio estricto que justifique la distinción; la inversión de la carga probatoria, cediendo, en estos casos la presunción de legitimidad de las normas y actos administrativos, requiriendo que aquel que ha impuesto la restricción deba acreditar y justificar su inserción, en orden a los fines que se persiguen y la adecuación de los medios para su obtención, sin que sea suficiente la mera razonabilidad, tal como más adelante habré de mencionar.

8.- A pesar de ello, en la causa “Dirección Nacional de Migraciones – M° del Interior c/ Valmor S.R.L. (Ley 22439)”¹⁰, el máximo Tribunal, al hacer suyas las consideraciones de la Procuradora Fiscal Subrogante, en una cuestión vinculada a una multa aplicada a la firma accionada, por haber proporcionado trabajo a dos residentes “ilegales” (sic), consideró aplicable la ley 22439 (Videla) y

⁷ TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 31/3/2005, en www.laleyonline.com.ar

⁸ Lexis Nexis III-2007, Suplemento Especial: Derechos sociales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

⁹ Fallo del 8/8/2006, en JA 2006-IV, suplemento del fascículo 9, p.17

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/12/2006, D. 1308 XXXIX



no la ley 25871 porque ésta no se ha reglamentado. Dos reflexiones al respecto, tal vez por inadvertencia (espero que sea por ello) se utilizó el término "ilegal" para referirse a personas extranjeras en situación migratoria irregular, sinonimia que continuamente hemos puesto en disputa en diversos trabajos y exposiciones, y, además, ha sometido la vigencia de la ley a su reglamentación, utilizando el decreto reglamentario de la ley Videla, lo que resulta inadmisibles. Aclaro que el resultado no hubiera variado, porque en materia de multas las disposiciones son similares, pero esto va más allá porque la infame ley migratoria ha sido derogada y sólo una interpretación meramente literal del art. 124 de la Ley 25871 permite interpretaciones como la que aquí critico.¹¹

En contraste con lo mencionado, la Cámara Federal de Paraná, en autos "Marchese, María Florencia c/ Afip-Dga s/Amparo, afirmó la vigencia de la ley 25871 en un asunto donde se debatía si un argentino que regresaba al país luego de varios años de estancia en Brasil, podía ingresar un automóvil de su propiedad sin pagar derechos de importación, y la inaplicabilidad de la ley Videla y de la Res. ANA 1568/92.¹²

9.- El Tribunal Oral en lo Criminal Federal 1 de Córdoba¹³, en un caso de delito migratorio, facilitación de ingreso y permanencia de extranjeros con fines de ejercicio de la prostitución, utiliza el término "ilegal" con toda naturalidad y como sinónimo de irregular, afirmando textualmente: "...una correcta hermenéutica de la ley debe asimilar el término irregular a ilegal..." Resulta, al menos, apresurado señalar que esta es la correcta hermenéutica, ya que a ella puede oponerse la que sostiene que la ilegalidad ha menester declaración y la irregularidad es una situación de hecho, evitando la estigmatización que el término "ilegal" acarrea. Es más, la ley impone como requisito previo a la declaración de ilegalidad, la invitación a regularizar y de ello no puede seguirse en "correcta hermenéutica" que los términos son sinónimos.

¹¹ Sobre éstos aspectos ver Gabriel Chausovsky, "Los términos y las categorías en la Ley de Migraciones 25871", en Congreso Argentino de Estudios sobre Migraciones Internacionales y Políticas Migratorias y de Asilo – Buenos Aires, 25 al 27 de Abril de 2006, y también lo expresado por la Cámara Federal de Paraná en los autos "Ali Yun, Lingyan Zheng y otra s/habeas corpus"

¹² Expte.62222 de diciembre de 2006

¹³ in re "Jalil, Gabriel E. y otros, 5/6/2006, en Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal del 24/4/2007, p.26 y s.s.



Los principios incluidos en la ley y los programas de regularización que son su consecuencia contradicen las afirmaciones tajantes que critico con el mismo énfasis.

10.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Reyes Aguilera, Daniela v. Estado Nacional", el 4/9/2007 declaró inconstitucional el art. 1, inc. e) del Decreto 432/97 que impone a los extranjeros una residencia mínima de 20 años para acceder a una pensión (luego aumentados a 40 años), en este caso solicitado a favor de una joven de nacionalidad boliviana, nacida en 1989, ingresada en 1999 que padece de una incapacidad del ciento por ciento de carácter congénito. Si bien hay diferencia de fundamentos en los votos de los Magistrados, cuatro de ellos, con mayor o menor énfasis, pusieron el acento en la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida, expresando: "...la Constitución Nacional, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo si se encuentra en debate un derecho humano" (Dres. Fayt y Zaffaroni); "...el trato diferenciado entre nacionales y extranjeros...está directamente contrapuesto con las reglas constitucionales... Esta contradicción directa con el texto constitucional obliga a considerar a la categorización realizada por el decreto como sospechosa de discriminación y hace pesar sobre dicha norma una presunción de inconstitucionalidad..." (Dres. Argibay y Petracchi).

11.- Lo glosado permite advertir que se está avanzando en algunos aspectos, parece consolidarse la doctrina judicial de las categorías sospechosas como técnica de control de discriminación hacia los extranjeros¹⁴; y atinada la propuesta del autor que cito en orden a considerar los siguientes matices: a) actividad privada y actividad que desempeña tanto el Estado como los particulares (educación, salud, servicios públicos), la distinción por extranjería es una categoría sospechosa y para sostener la validez, quien efectúa la diferencia deberá acreditar un interés estatal urgente sometido a un escrutinio estricto de interpretación; b) funciones públicas que constituyen actividades típicamente estatales tradicionalmente consideradas exclusivas e indelegables del Estado; aquí cabe distinguir los empleos secundarios donde subsiste el escrutinio estricto, de los que importan funciones que puedan comprometer la responsabilidad internacional del Estado (seguridad, legislación, jurisdicción), donde es posible reducirse al test de razonabilidad.

¹⁴ Ver: Guillermo Treacy, La utilización de categorías sospechosas como técnica para controlar la discriminación hacia los extranjeros, en JA 2006-IV, suplemento del fascículo 9, p.25 y s.s.



12.- Subsisten numerosas normas tanto nacionales como provinciales y municipales que establecen una diferenciación por razón de la nacionalidad, que, como dije, difícilmente sean modificadas por los órganos que las dictaron y por ese motivo la actuación del Poder Judicial adquiere significativa trascendencia, en particular, por supuesto, lo que decide la Corte Suprema de Justicia de la Nación por su condición de máximo órgano jurisdiccional del país.

La posibilidad, de todos modos, queda limitada a la existencia de planteos que pueda tratar la jurisdicción y aquí aparecen dos elementos que actúan como impedimentos para que el fin se logre con celeridad. De una parte la capacitación y conocimiento de abogados y jueces en la materia, tarea en la que todo esfuerzo es insuficiente; una tarea de difusión e información de los derechos de los migrantes que, por ahora, es parcial y limitada. No debe olvidarse que, en muchos casos “el desconocimiento de la población migrante de sus derechos les impide defenderse y evitar abusos y discriminaciones. Por esa razón se torna ineludible que el Estado implemente una campaña pública de difusión del contenido de los derechos que la ley reconoce a las personas migrantes, que incluya debida capacitación a funcionarios y agentes”¹⁵

Desde que ha sido promulgada la ley 25871 ha pasado mucho tiempo sin que se la haya reglamentado por el Poder Ejecutivo, situación ésta que afecta la correcta interpretación de parte de su contenido, a éste deber incumplido se le suma el ya mencionado en orden a la formación, difusión e información adecuadas.¹⁶

Hay que insistir en la formación de los administrativos encargados de la materia, de la policía delegada; en la debida difusión entre todos los actores sociales del contenido de la ley a fin de acercar las normas a los hechos. La capacitación de los encargados de aplicar la ley, sea en el Poder Ejecutivo, sea en el Poder Judicial, constituye una tarea que debe emprenderse con toda premura para obtener la debida aplicación de la ley en todo su contenido.

13.- Toda vez que la política pública ha sido expuesta con toda claridad el Estado debe obrar en consonancia con lo que postula y es tarea de los operadores (asociaciones civiles, individuos, y demás interesados) exigir y controlar su cumplimiento a fin de hacer real y efectiva la plena

¹⁵ En este sentido lo ha expuesto la Clínica Jurídica Derechos de Inmigrantes y Refugiados CAREF-CELS-UBA, y

¹⁶ Así lo he expresado en “Apuntes jurídicos sobre la nueva ley de migraciones.” en Migración: un derecho humano, Ed. Prometeo.



vigencia de los derechos de los extranjeros migrantes en nuestro país. Son claramente insatisfactorias las políticas restrictivas que, en nombre de reales o aparentes peligros limitan los derechos humanos, tal como puede constatarse con una recorrida por la situación de los migrantes en el mundo.

Lo ha dicho con claridad Giorgio Agamben: “Mientras que se consagran los derechos modernos en los papeles, se inventa un tipo de poder que los niega en la vida cotidiana...”; y así, en nombre de la “emergencia” o “el estado de excepción”, se despoja de sus derechos al individuo y el Estado se excluye a si mismo de todo control, “ya sea por razones atendibles – la seguridad, por ejemplo – o injustas. En nombre del bien común, en contra de males universales – como el terrorismo -,...ya no se trata que los derechos establecidos no se cumplan en los hechos, sino que el poder despoja explícitamente a los sujetos de esos derechos.”...”Los Estados han hecho del ser humano el sospechoso por excelencia al punto de haber transformado en clase peligrosa a la humanidad misma.”¹⁷

14.- Por último, es preciso desterrar la utilización de conceptos como sinónimos cuando ellos acarrearán, además de confusiones, ubicar al migrante en situación claramente desfavorable, y, en este sentido resulta trascendente suprimir la idea que “irregular-ilegal-indocumentado” se pueden utilizar indistintamente; tanto como que el concepto de “residencia” remite exclusivamente a las categorías migratorias de la ley 25871.

Es nuestra vocación propender, no sólo a mejorar la situación de los migrantes en Argentina, adecuando normas y conductas a las directivas de la Constitución, los Tratados y la Ley, sino también a que la propuesta argentina sirva de paradigma para otras legislaciones internas, en el marco internacional de la protección de los derechos fundamentales de las personas. De todas las personas.

Paraná, octubre de 2007

¹⁷ Giorgio Agamben, entrevista en La Nación del 25.9.2005, p.3, Suplemento Cultura.



Sociedad Argentina de Sociología Jurídica



UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL LITORAL
Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales

8^{vo} Congreso Nacional
de **Sociología Jurídica**
"derecho, democracia y sociedad"
