

El reconocimiento diferenciado de derechos: primer obstáculo al acceso a la justicia de las personas migrantes

Silvana Begala*

Resumen.

En este trabajo partimos de un concepto amplio de *acceso a la justicia* y tomamos como supuesto que las posibilidades de dicho acceso no son iguales para todos los individuos y grupos como consecuencia de la desigual distribución de recursos, mientras unos poseen más y mejor acceso, otros deben enfrentar obstáculos que limitan y aún impiden su libre acceso a la justicia. Partiendo de ese concepto y este supuesto nuestra intención en este artículo es analizar cómo las normas jurídicas pueden ser un obstáculo o un facilitador formal en el acceso a la justicia. Con ello pretendemos también brindar elementos para reflexionar sobre las posibilidades o los límites que el Estado genera a los migrantes extranjeros para el ejercicio de este derecho como medida de la ciudadanía en sentido amplio.

Se presenta, sin pretensiones de exhaustividad, un análisis de los avances, contradicciones y limitaciones en el reconocimiento de derechos de las personas migrantes en la legislación actual. Consideramos que las contradicciones y las limitaciones al ejercicio de los derechos de los migrantes extranjeros que surgen de las normas operan como obstáculos y/o restricciones formales a la amplitud del reconocimiento del acceso a la justicia como derecho humano.

Abstract

This work is based on the broad concept of *access to justice*, assuming that the possibilities of such access are not equal for every individual and group as a consequence of the unequal distribution of resources; while some individuals and groups have a wider and better access, others must face obstacles that restrict and even prevent their free access to justice. Following this concept and assumption, the purpose of this article is to analyze how legal rules can be either an obstacle or a facilitating

* Abogada, egresada de la Universidad Nacional de Córdoba, docente de Sociología Jurídica en la carrera de Abogacía de la misma universidad. Cursó estudios en la Maestría en Demografía en el Centro de Estudios Avanzados UNC. Publicó diversos capítulos de libros y artículos científicos y de divulgación sobre acceso a la justicia, migraciones y enseñanza jurídica, temas que trabaja en la actualidad desde la investigación y la extensión. Coordina el Área de Derecho del Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal (CECOPAL).

factor in the access to justice. We also want to provide some food for thought as regards the possibilities or limits created for migrants by the state, to exercise this right as a measure of citizenship in a broad sense.

We provide an analysis which includes, without limitation, the developments, inconsistencies and limitations of the existing legislation in acknowledging migrants' rights. We believe that the inconsistencies and limitations on the exercise of migrants' rights that arise from statutes, act as formal obstacles and/or restrictions that hinder a wide recognition of the access to justice as a human right.

El reconocimiento diferenciado de derechos: primer obstáculo al acceso a la justicia de las personas migrantes

Silvana Begala

Introducción

La medida de la efectividad del acceso a la justicia como derecho es uno de los indicadores de la amplitud de la ciudadanía. Esto en tanto permite asomarse a la realidad de la eficacia de los derechos reconocidos por el sistema jurídico y la posibilidad de su reclamo o defensa cuando su ejercicio es impedido.

Desde el siglo XX el acceso a la justicia se ha considerado como un derecho humano, como un derecho fundamental y básico para la vigencia de otros derechos y con ello se planteó la necesidad de una acción afirmativa del Estado y de los gobiernos para asegurar su ejercicio efectivo. A partir de entonces y desde el punto de vista formal este derecho está ampliamente garantizado por el ordenamiento jurídico.¹

“El efectivo acceso a la justicia puede, por lo tanto, ser visto como el más básico requerimiento -el más básico ‘derecho humano’- de un sistema legal moderno, igualitario que se propone garantizar y no meramente proclamar los derechos legales para todos” (Cappelletti y Garth, 1978: 8-9).

La perspectiva del acceso a la justicia en el análisis sobre los derechos de los migrantes, tiene la ventaja de superar los límites de las consideraciones que parten y se quedan en el reconocimiento formal, ya que *la posesión de derechos no tiene significado sin los mecanismos para su efectiva reivindicación* (Cappelletti y Garth, 1978: 8-9) y agregamos nosotros, sin la posibilidad de reclamo cuando el derecho es negado desde el mismo ordenamiento.

Si extendemos el concepto del acceso a la justicia, como nosotros lo hacemos, a las instancias previas al hecho del acceso efectivo a los tribunales para el reclamo y/o defensa de un derecho, en el caso de las personas migrantes aparece una nueva categoría de obstáculos que los coloca en una mayor vulnerabilidad frente a la efectivización del acceso a la justicia. Junto a los obstáculos simbólicos,² objetivos y subjetivos³ al acceso

¹ Constitución Nacional art. 16; Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 art.8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, numeral 3; Convención Americana de Derechos Humanos art. 25; C. Provincial arts. 7,19 inc. 9, 49.

² Ver Lista, 2011.

³ Ver Begala y Lista, 2001.

a la justicia los migrantes encuentran obstáculos formales⁴ que los convierten en una *categoría de personas* con derechos diferenciados.

Nuestra intención en este artículo, está dirigida a analizar cómo las normas pueden ser un obstáculo o un facilitador formal en el acceso a la justicia. Con ello pretendemos también brindar elementos para reflexionar sobre las posibilidades o los límites que el Estado genera a los migrantes extranjeros para el ejercicio de este derecho como medida de la ciudadanía en sentido amplio.

1. El sistema normativo y los migrantes

El lugar que las normas les dan a los migrantes extranjeros es muy importante, determina potencialidades vitales y políticas, y mediante el reconocimiento o no reconocimiento de derechos condiciona la medida del espacio donde éstas pueden desarrollarse.

Las leyes generan categorías, la de *extranjero*⁵ es una y a partir de la regulación de la residencia, las leyes de migraciones generan subcategorías de extranjeros (“legales/ilegales”, regulares/irregulares, clandestinos, transitorios, temporales, permanentes) generando una *estratificación cívica* (Gil Araujo, 2009) o una *minoría legal*⁶ a la que se le reconocen derechos fragmentados:

“la discriminación en la extensión o recorte de los derechos a los diferentes grupos no es sólo el resultado de una diferenciación legal entre categorías de residentes [...] El modelo de la estratificación cívica parece ser el más apropiado para captar la complejidad de los diversos y diferenciados modos de inclusión/exclusión de la población inmigrante.” (Gil Araujo, 2009: 9)

1.1. El derecho a migrar

El derecho internacional expresa una contradicción entre la libertad de circulación y la soberanía de los Estados cuando reconoce con claridad el derecho de libertad de movimiento a través de las fronteras en numerosos compromisos internacionales,⁷ y no concibe con igual explicitación el *derecho humano a migrar*, ni elabora un concepto

⁴ Vinculados al reconocimiento de derechos y a instancias administrativas relacionadas con la regularización de su residencia.

⁵ Para la actual legislación argentina no hay diferencia entre las categorías *extranjero* y *migrante*.

⁶ Ver Appadurai (2007: 57).

⁷ Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, art. VIII; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 12 y 13; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Racial, art. 5 d) i y ii; Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer, art. 15 y Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 10 y 11.

jurídico genérico de migrante (Cenicacelaya, 2004: 65). No hay normas que obliguen a los Estados a permitir el ingreso y la permanencia de las personas, ni que los comprometan a otorgar igualdad de derechos a los extranjeros.

El sistema de Naciones Unidas en los foros mundiales se ocupa de las diversas dimensiones de la migración internacional y de los migrantes como sujetos de atención desde el punto de vista de los derechos humanos.⁸ No obstante el conflicto ideológico y político latente entre estos dos principios mencionados (soberanía de los Estados y derecho a migrar) también puede ser detectado con facilidad en la última Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la *Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Inmigrantes y Miembros de sus Familias*.⁹ Respecto a esto Santos (2009: 367) siguiendo a Bosniak (1991: 741) afirma:

“No obstante las laudables disposiciones, el tratamiento que otorga la Convención a los trabajadores indocumentados es profundamente ambivalente. Mientras que los Estados contratantes deben asegurar un estándar mínimo de trato a los inmigrantes irregulares, los derechos otorgados a estos no tienen necesariamente el mismo alcance que los que deben asegurarse a los inmigrantes legalmente admitidos [...] están autorizados a discriminar [...] en muchos aspectos decisivos, desde los derechos a la unidad familiar y la libertad de movimiento hasta los derechos de la seguridad social, el empleo y la protección sindical. La posibilidad de este trato discriminatorio está fundado en el compromiso prioritario de la convención con el principio de la soberanía nacional [...] El resultado es un instrumento híbrido, a la vez una declaración inequívoca de los derechos individuales y un manifiesto sólido de respaldo a la soberanía territorial estatal.”

García (2006)¹⁰ hace referencia a esta cuestión cuando describe la situación de los migrantes frente a los límites del ejercicio de la ciudadanía.

“La noción de nacionalidad para el DIDH [derecho internacional de los derechos humanos] se vuelve enfáticamente indiferente para el goce de los derechos, ya sea desde la misma ratio del sistema, como específicamente desde la prohibición de

⁸ Para profundizar este aspecto ver Cenicacelaya (2004).

⁹ Adoptada por la Asamblea General de la ONU de 1990 y aprobada en Argentina por la Ley N° 26.202. BO 17/02/2007.

¹⁰ En este sentido ver también Pérez Vichich (2007) y también es interesante el aporte de Delannoy y Mack (2007) en la consideración de las ciudadanía multilaterales.

establecer distinciones discriminatorias en base a la nacionalidad. Sin embargo, los extranjeros son institucionalmente excluidos del reparto de bienes; al verse tal exclusión sustentada por un imaginario migratorio funcional, no se requieren mayores especificaciones para que tal exclusión aparezca justificada. La realidad nos muestra que la nacionalidad, de hecho, representa un parámetro de distinción consensuado y así, se vuelve cierta la afirmación de que las exclusiones internas del mundo antiguo se ven reproducidas en la actualidad: los parias, los sin derecho, o los ciudadanos del Cuarto Mundo.”

En esta posibilidad de discriminar que tiene el Estado en el reconocimiento de los derechos a los extranjeros, podemos, desde las propuestas teórico-políticas,¹¹ dibujar un continuo que va desde el reconocimiento de derechos basado en esquemas clasificatorios (ilegales-legales, regulares-irregulares, transitorios, temporales, permanentes) hasta la *ciudadanía cosmopolita*. Esta perspectiva sugerida entre otros autores por Santos (2009: 280), interpela radicalmente al estado moderno argumentando que:

“Cuando quiera que las personas se vean obligadas a emigrar, no existe justificación para distinguir entre nacionales y extranjeros. A la luz de los principios internacionales de los derechos humanos, cuando las personas no pueden quedarse en su país sino a riesgo de sus propias vidas, pasan a ser ipso facto ciudadanos de otro país [...] sin este nuevo cosmopolitismo, ni las necesidades, ni las diferencias de los migrantes transnacionales pueden ser consideradas de manera adecuada.”

La superación de la tensión entre el principio de la soberanía del estado y el respeto de los derechos de los migrantes viene dado por la supremacía del segundo sobre el primero. Esto es lo que hay detrás de las propuestas de *ciudadanía global* que, en cuanto al reconocimiento de los derechos, deja fuera la potestad del estado para elaborar categorías diferenciadoras entre nacionales y extranjeros.

Entre estos dos extremos hay propuestas vinculadas a la posibilidad de extender la ciudadanía política disociándola de la nacionalidad y la homogeneidad cultural y vinculándola al domicilio,¹² reconociendo a los extranjeros que habitan las ciudades la

¹¹ Una perspectiva histórica de las discusiones vinculadas a esta temática puede verse en D'Amico y Barberis (2009).

¹² Ver en este sentido Landa y González Salva (2004).

ciudadanía política a nivel local, ampliando así la inclusión de sectores relegados. Otras afirman el reconocimiento igualitario de los derechos civiles y sociales a los extranjeros tomando como argumento la extensión del concepto de habitante del artículo 14 de la CN Argentina.¹³

La extensión de la ciudadanía y de la protección de los derechos humanos a todos los migrantes (regulares o irregulares), como dijimos, confronta con el principio de la soberanía estatal. Frente a la inexistencia de un sistema internacional que obligue a los estados a esta extensión, el asumir un compromiso con los derechos humanos aplicable a los migrantes cualquiera sea su situación de residencia sigue siendo un problema *ético* para los estados.

En este contexto el Estado Argentino sacó este dilema del ámbito de la ética y reconoció formalmente, en el artículo 4 de la Ley N° 25.871,¹⁴ que la migración es un derecho humano. Si bien esto se presenta como un claro avance en el plano normativo, en la realidad las consecuencias de esta afirmación se debilitan por la coexistencia de normas que limitan los derechos de los extranjeros y por prácticas basadas en otras racionalidades que se asocian a intereses económicos y políticos del Estado.

2. Los derechos de los migrantes en el sistema jurídico argentino

2.1. Normas generales

El marco general de la legislación, como en cualquier temática lo da la CN, luego más específicamente en relación a los migrantes hay una enmarañada red legislativa conformada por tratados regionales y bilaterales, la *Ley de Migraciones*, su *Reglamento* y una serie de resoluciones y disposiciones de la DNM (Dirección Nacional de Migraciones) que precisan la interpretación, plazos y requisitos para hacer operativo el reglamento y evitar la discrecionalidad en este sentido.

El Estado Argentino, ha hecho uso de su facultad de regular las consecuencias del ejercicio del derecho a migrar con mucha generosidad en el texto constitucional en cuanto al reconocimiento de derechos.

En relación al fenómeno migratorio el art. 25 de la Constitución afirma:

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

¹³ Ver Chausovsky (2006) y Begala (2007), este último trabajo desarrolla exclusivamente este tema tomando como centro de análisis la jurisprudencia de la CSJN Argentina.

¹⁴ Sancionada el 17/12/2003, promulgada de hecho el 20/01/2004 y publicada en BO 21/01/2004.

extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

El preámbulo compromete a los argentinos a *promover y asegurar los beneficios de la libertad a todos los hombres del mundo* que quieran habitar nuestro suelo. Compromiso que se refuerza con las obligaciones contraídas en pactos internacionales en relación a la prohibición de la discriminación.

El art. 20 de la CN, reconoce a los extranjeros *todos los derechos civiles del ciudadano*, y le da la posibilidad de adoptar la nacionalidad argentina, aunque la situación del mantenimiento de su nacionalidad no altera el ejercicio de sus derechos civiles, sociales y económicos, sólo se le impide el ejercicio de los derechos políticos, no obstante la legislación infraconstitucional puede otorgárselos.¹⁵

A los extranjeros que habitan el suelo argentino, la Constitución les reconocen los derechos enumerados en el art. 14, ya que la norma incorpora en su alcance a *todos los habitantes de la nación*. La condición política de igualdad ante la ley, y la admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad de los extranjeros, al igual que la de todos los habitantes, surge del art.16 de la CN.

A la luz de la Constitución y los Convenios Internacionales incorporados a ella, con relación a la situación de los extranjeros en la Argentina, la Dra. Kemelmajer de Carlucci, afirma:¹⁶

“[...] la Constitución Argentina es una de las más generosa del mundo a la hora de reconocer derechos al no nacional. Esta solución puede gustar o no los espíritus más o menos nacionalistas, pero la amplitud del art. 20 no deja margen de dudas.”

¹⁵ Las Cartas Orgánicas de la mayoría de los municipios y comunas del interior de las provincias argentinas reconocen el derecho de sufragio activo a los extranjeros que cumplen con determinadas condiciones y requisitos. Formosa es la única provincia argentina en la que, hasta ahora, no se reconocen a los extranjeros residentes el derecho de sufragio activo en ningún nivel de gobierno. La Constitución de Córdoba en sus arts. 183 y 184 establece que las Cartas Orgánicas municipales y la Ley Orgánica para las comunas deben asegurar el voto para los extranjeros lo que se concreta por ejemplo en la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Córdoba en el art. 124 en el inc. 3 y la Ley Orgánica Municipal N° 8102 en el art. 129 cuando enumeran como componentes del padrón para la elección municipales en la Ciudad de Córdoba y en las comunas del interior de la provincia, a los extranjeros mayores de 18 años con 2 años de residencia continua en el municipio que además prueben estar casado con un argentino, tener un hijo argentino, ejercer una actividad lícita o ser contribuyente. En la reforma al Código Electoral de la Provincia, realizada por la Ley N° 9.838 en septiembre de 2010 se reconoce este derecho también en las elecciones provinciales. La provincia de Buenos Aires también reconoce este derecho.

¹⁶ En su voto en el caso Sanhueza, Fernando. Suprema Corte de Mendoza, Sala I, marzo 25 de 1996. Revista La Ley 1996 p. 525.

En relación al artículo 25 de la CN y su preferencia por la migración europea, Pedro Sagües (1999: 77; 2007:248) dice que esta norma presenta lo que él llama una

“[...] laguna constitucional de tipo axiológica. [Esta] Se produce cuando la constitución trata injustamente un tema dándole una solución tan ilegítima que no debe obedecerse [...]. Es un supuesto de cumplimiento racionalmente imposible de la constitución.”

Por lo tanto, para este autor, esta norma debe interpretarse extensivamente, sin la connotación étnica del fomento de la migración europea, y debe entenderse como fomento de la inmigración en general, es decir, también con respecto a la inmigración de los países latinoamericanos conforme a los principios y preceptos jurídicos que prohíben la discriminación por razones de raza y nacionalidad en nuestro país.¹⁷

2.2 Jurisprudencia

Los derechos otorgados por la Constitución a los extranjeros no son absolutos, dado la facultad reglamentaria que ésta otorga al Congreso para establecer las formas en que los habitantes van a ejercerlos, no obstante la regulación que de ellos se haga no puede derivar en el cercenamiento o supresión del derecho reglamentado.¹⁸ La reglamentación de los derechos civiles, no puede hacerse discriminando entre argentinos y extranjeros. Esto que parece tan obvio no siempre es respetado y ha sido necesario formular un principio general interpretativo en protección del extranjero llamado *presunción de inconstitucionalidad*. Este principio opera en relación a toda norma que pretenda la no equiparación del extranjero con el ciudadano argentino a los efectos del ejercicio de sus derechos civiles. Este principio fue establecido por la CSJN (Corte Suprema de Justicia de la Nación) en el año 1989 en el caso Repetto¹⁹ cuando afirmó:

“[...] en cuanto al ejercicio de los derechos civiles [...] los extranjeros están totalmente equiparados con los argentinos, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquellos en tales aspectos, estaría en pugna con la antes transcripta prescripción constitucional [art.20]. [...] la reglamentación de los derechos civiles no puede hacerse discriminando entre extranjeros y argentinos, una reglamentación de este orden no sería legítima pues conduciría al

¹⁷ Ley N° 23.592 art. 1. BO 5/09/1988. Pacto de San José de Costa Rica art. 1 inc. 1, incorporado con jerarquía constitucional en 1994 por el art. 75 inc. 22 de la CN.

¹⁸ Art. 28 de la CN: *Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.*

¹⁹ Caso Repetto c/ Provincia de Buenos Aires. Publicado en La Ley 1989 B p.351.

enfrentamiento del art. 14 con el art. 20. [...] Por los categóricos términos del art. 20 toda distinción entre nacionales y extranjeros en lo que hace al goce de los derechos civiles, se haya afectado de una presunción de inconstitucionalidad.”

La jurisprudencia de la CSJN no deja lugar a dudas. No obstante sobre la interpretación del concepto de *habitante* utilizado en el art. 14 de la Constitución existe una abundante doctrina y jurisprudencia.

Esta jurisprudencia de la CSJN ha sido unánime en el reconocimiento de la calidad de habitantes, y por lo tanto sujeto de los derechos enumerados en los artículos citados, a los extranjeros que residen en el país, es decir el que tiene la intención de permanecer un tiempo más o menos dilatado. Al decir de Spota (1944) repitiendo lo afirmado por la CSJN en 1928 en el caso *Macciá Francisco y Gassol Ventura*²⁰ esto es “*aún cuando no establezca el asiento principal de su residencia y de sus negocios*”, es decir, que es suficiente que su residencia no se confunda con una residencia accidental. El *habitante* para esta vieja jurisprudencia de la CSJN no necesariamente debe haber cambiado su centro de vida.

Donde hubo ciertas fluctuaciones ha sido en torno a la relación de la calidad de *habitante* y el cumplimiento o no de las leyes que regulan la entrada en el país. Numerosos fallos negaban esta calidad a los extranjeros que no entraron legalmente al país.²¹ Por otro lado, en el mismo caso citado en el párrafo anterior la CSJN afirmó que la calidad de habitante se reconocía al extranjero que residía en el país aún cuando se haya introducido clandestinamente violando leyes y reglamentos inmigratorios. En el caso *Sosa Lino*²² en 1956 la CSJN reconoció la posibilidad de purgar la condición de irregularidad

“mediante la justificación del recto comportamiento en el país durante un tiempo

²⁰ Fallos 151:211.

²¹ Ver Psaradelis, Jorge de 1934, Fallos 171:317; Hernández, Blas de 1935, Fallos 173:179; Shepherd Eduardo de 1948, Fallos 212:493; Argüello Hernán de 1967, Fallos 268:393; Britez Silvestre de 1967, Fallos 268:406; Acosta, Wiberto de 1970, Fallos 278:147; Carrizo Coito, Sergio de 1980, JA 1980 IV, 113.

Esta jurisprudencia fue recogida por la Constitución de 1949 en su art. 31.

El considerando 4° del Decreto N° 4.805/63 decía que el art. 14 de la CN no ampara al extranjero que logra entrar al país eludiendo el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley de inmigración y su reglamentación. Este Decreto fue dejado sin efecto en estos aspectos por la Ley N° 22.439/81.

También la Ley N° 17.294 en su art. 1 recogía esta jurisprudencia.

²² Revista La Ley Tomo 82, 363-365.

Ver también los casos Cuesta Urrutia, Tomás Luís de 1944, Fallo 200:99; Esteban, Miguel, Fallos 118:162; Mendel, Wierny, Fallos 126:357.

razonablemente suficiente para ponerlo a prueba y acreditar que responde a una leal voluntad de arraigo.”

Es decir que la calidad de habitante no se adquiere automáticamente, sino que esta interpretación afirma que es necesario demostrar que no hay nada objetable en los antecedentes, comprobación que se eludió al momento del ingreso.

Para esta interpretación, coincidente con la opinión de Spota (1944)

“No sólo es habitante del país quien ha ingresado en él respetando la ley de Inmigración y los decretos reglamentarios, 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.”

La CN reconoce en principio a los extranjeros, más allá de su situación respecto al marco normativo sobre su permanencia en el territorio, todos los derechos civiles que reconoce a sus nacionales. La calidad de habitante no se puede negar *a priori*, y muchos menos limitar los derechos civiles que de ella surgen mediante la reglamentación que se haga de ellos en las leyes y claramente no podrá eludir la calificación de inconstitucionalidad la norma que haga surgir la limitación de los derechos de la distinción entre argentino y extranjero.

El preámbulo y el art. 14 de la CN consagran, entre otros derechos la libertad de circulación (*ius movendi et ambulandi*). Este derecho es valorado por la doctrina y la jurisprudencia como elemento importante de la libertad y presupuesto para el ejercicio de otros derechos.²³ Desde la reforma de 1994 nuestro país incorporó a la Constitución al proceso de protección de los derechos humanos y por el art. 75 inc. 22 se ha otorgado jerarquía superior a las leyes a once instrumentos de protección de los derechos humanos, ampliando así la tutela brindada al *derecho a migrar* por el texto constitucional. A esto debe sumarse (Cenicacelaya, 2004: 644) la regla de salvaguarda de los derechos implícitos contenida en el art. 33 de la CN que alberga una tendencia a optimizar el plexo de derechos y a propender a su acrecentamiento en sentido similar al derecho convencional internacional de rango constitucional.

2.3. La Ley de Migraciones N° 25.871 de 2004

La actual ley de migraciones utiliza, como lo hacía la anterior legislación,²⁴ el vocablo

²³ Ver CSJN, caso Olmos, F. 307:1430.

²⁴ Ley N° 22.439, de 1981 conocida como *Ley Videla*. ADLA XLI B, 1577.

*residencia*²⁵ para nombrar a las categorías migratorias. Estas son el resultado de la clasificación administrativa de los extranjeros que residen en la Argentina y por tanto pretende subsumir toda la realidad. En este último sentido la clasificación de la Ley N° 25.871 comete algunos errores. Las categorías que la ley identifica son: residentes permanentes, temporales y transitorios (art. 20).²⁶ Más allá de los intentos de no considerarla categoría migratoria sino un estado administrativo, en su articulado admite también, la residencia precaria²⁷ (arts. 20, 31, 52 y 69); quien obtiene una residencia precaria tiene su residencia regularizada y en circunstancias especiales (refugiados y asilados) está habilitado a obtener el DNI.

Si bien la *nueva Ley de Migraciones* terminó discursivamente con la categoría *ilegal* aplicada al migrante como lo hacía la ley anterior,²⁸ ha mantenido los conceptos y las ideas que los refieren; y aunque pretende excluir a los residentes irregulares como categoría migratoria y por eso no los trae a la clasificación de manera explícita, los convierte en categoría al concederles o negarles derechos. Así los trata como categoría cuando reconoce derechos a los migrantes *cualquiera sea su situación de residencia* (arts. 7, 8, 56, 57 y 58) o cuando incluye en sus objetivos integradores solo a *inmigrantes que residan de forma legal* (art. 3 inc. h) o les impide a quienes no tienen su residencia regularizada la posibilidad de trabajar o de recibir alojamiento (arts. 53 y 55). Incluso podría mencionarse una subclasificación de los migrantes irregulares en cuanto a si la causa de la irregularidad es el ingreso o la permanencia. Desde esta consideración surgen una nueva categoría, *clandestinos*.²⁹

La permanencia irregular se configura cuando el extranjero admitido como residente temporal o transitorio no abandona el país al vencimiento del plazo o *desnaturaliza los*

²⁵ Término que presenta muchas confusiones entre los intérpretes. Al respecto ver Chausovsky (2006).

²⁶ Según Chausovsky (2006) la ley también incorpora como categoría migratoria a la autorización provisoria de permanencia (art. 35), ésta se otorga a las personas respecto de quien hay sospecha fundada de que su real intención de ingreso difiere de la intención manifestada al momento de obtener la visa o presentarse ante el control migratorio. A estas personas se las retienen en las instalaciones del punto de ingreso hasta corroborar la sospecha; cuando resulta necesario para preservar su salud e integridad física, la autoridad migratoria, retiene su documentación y le otorga una autorización provisoria de permanencia que no implicará ingreso legal a la República Argentina.

²⁷ La ley autoriza su otorgamiento en tres casos: mientras dura el pedido de residencia en una categoría migratoria, solicitud de refugio y solicitud judicial.

²⁸ Ver en la Ley N° 25.871 el Título IV, Capítulo I: *De la legalidad o ilegalidad del ingreso o la permanencia*.

²⁹ Categoría que apareció con las primeras medidas restrictivas del siglo XX, y es considerada como categoría para impedir el ingreso desde el *Reglamento Migratorio* de 1923 (art.10, inc.k).

*motivos por los que fue admitido.*³⁰ Y el ingreso es irregular y coloca al migrante en la condición de *clandestino* cuando ingresa al territorio del país por lugares no habilitados por la DNM. Las Leyes N° 26.240 y N° 26.535³¹ hacen referencia a esta categoría. Estas leyes aprueban los Acuerdos con Brasil y Perú que tienen por objetivo otorgar residencias permanentes a los nacionales de uno de los países que tengan residencias transitorias o temporales otorgadas por el otro. Estos convenios privan de esta posibilidad a los migrantes “*clandestinos*” (art. 2 en el primero y art. 3 en el segundo). La definición explícita la da el Acuerdo con Perú que en su art. 2 incorpora en esta categoría a quienes ingresan al territorio *sin haberse sometido al control migratorio o hubiesen ingresado de manera fraudulenta* y los distingue de los migrantes irregulares, que son quienes entraron regularmente y no obtuvieron una residencia conforme a la ley. Estos últimos sí pueden acogerse a los beneficios de los acuerdos. Otra consecuencia que diferencia a uno y otra de estas categorías de *irregulares* es la posibilidad o no de cambiar su situación, los *clandestinos* no pueden regularizar su situación y son pasibles de expulsión (art. 29 inc. i y art. 37)³² y la única forma de *purgar* su clandestinidad es saliendo y volviendo a entrar por lugares habilitados, mientras que quien está irregular por vencimiento del plazo o desnaturalización de la categoría otorgada puede regularizar su residencia.

2.4. Derechos de los migrantes. Reconocimiento y obstáculos normativos al ejercicio de los derechos

a) Derecho a la educación

Las reformas en el reconocimiento de este derecho son claras en relación la legislación previa. En este sentido el actual art. 7³³ amplía la garantía del derecho a la educación a todos los extranjeros sin importar su situación de residencia. Esta garantía es confirmada por el art. 141 de la *Ley de Educación Nacional* N° 26.206, la que además

³⁰ Art. 61 de la Ley N° 25.871 y de su Decreto Reglamentario N° 616/2010.

³¹ BO 07/05/2007 y BO 28/10/2009, respectivamente.

³² Las Disposiciones de la DNM que aprueban los instructivos de trámites para ciudadanos del MERCOSUR y extra MERCOSUR N° 1488/2010 y 1105/2011 respectivamente prevén como forma de acreditar el ingreso legal al territorio nacional, *la tarjeta de entrada al país debidamente intervenida por la autoridad migratoria o pasaporte igualmente intervenido o surgir de la consulta al sistema informático de registro de tránsito de la DNM*. Esta exigencia coloca en la categoría de *clandestino* a un gran número de migrantes de países limítrofes que no necesariamente ingresaron de manera fraudulenta.

³³ Art. 7 de la Ley N° 25.871: *En ningún caso la irregularidad migratoria de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Las autoridades de los establecimientos educativos deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria.*

explicita la posibilidad de acreditar identidad “*mediante la presentación de documentos emanados de su país de origen*”. De esta forma la *nueva Ley de Migraciones* ha removido un importante obstáculo formal en el acceso al derecho a la educación.

En este ámbito, subsiste un importante obstáculo que no manifiesta contradicción con el espíritu de la nueva legislación ni con la CN y es el que tiene que ver con el engorroso trámite que se prevé para la acreditación de los estudios en el extranjero. Esto es un condicionante importante ya que el afrontar esta gestión exige capital cultural, social y económico del que no disponen la gran mayoría de los migrantes latinoamericanos.³⁴

b) Derecho a la salud

En claro progreso respecto a la legislación anterior *Ley de Migraciones*, formalmente no presenta diferencias en el acceso a la salud entre argentinos y extranjeros. Los límites que enfrentan los migrantes pobres en el acceso a la salud tienen que ver con prácticas y reglamentaciones que no se acomodan al espíritu de la *nueva ley*.

La Ley N° 25.871 en su art. 6 garantiza el derecho a la salud a los migrantes y sus familias “*en las mismas condiciones que a los nacionales*”, y es más explícita en la extensión de la garantía de este derecho en el art. 8.³⁵ Según estas normas no se puede hacer distinciones entre nacionales y extranjeros y entre estos últimos no está permitido hacer discriminación por su situación migratoria.

Este espíritu es interpretado de manera diversa por otras normas. La Resolución N° 327/2011 del Ministerio de Salud sobre el *Programa Nacional de Cardiopatías Congénitas* incorpora explícitamente al programa, en función de las exigencias de la Ley N° 25.871, a los niños y niñas *migrantes y nacionales que no tengan cobertura de salud* sin ninguna otra exigencia. Mientras que las normas emanadas del INCUCAI (Instituto Nacional Único Coordinador de Ablación e Implante) tiene una interpretación distinta. La Ley N° 24.193³⁶ que regula la ablación de órganos y tejidos y su *Decreto*

³⁴ Para los que obtienen la condición de refugiado, el Ministerio de Educación ha creado algunas facilidades mediante Resolución N° 1551/08 (BO 15/10/2008).

³⁵ Art. 6 de la Ley N° 25.871: *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.*

Art. 8 de la Ley N° 25.871: *No podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria. Las autoridades de los establecimientos sanitarios deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria.*

³⁶ BO 26/04/1993.

Reglamentario N° 512/95³⁷ en sus art. 44 inc. n, facultan al INCUCAI para establecer los criterios de inclusión de pacientes en la lista de espera de trasplantes. En uso de esas facultades, el Instituto por resolución N° 342/2009³⁸ dispone que para poder incorporarse en la lista de espera para la asignación de órganos los pacientes deberán acreditar residencia permanente³⁹ para los órganos cadavéricos y temporal o transitoria⁴⁰ por razones de tratamiento médico para órganos de donadores vivos. Estas restricciones se hacen en el marco de la Ley N° 25.871 y se justifican desde el objetivo de “*reducir el turismo de trasplante*”. Este objetivo y el enmarque en la *Ley de Migraciones* tornan más obvia la contradicción. Ya que si el verdadero objetivo es evitar estas prácticas que “*atentan los principios de justicia y respeto a la dignidad humana*”⁴¹ se podría conseguir solo con la acreditación de la residencia de hecho, como lo permite la CSJN para la obtención de la nacionalidad argentina;⁴² y de esta manera se respetaría la extensión dada al derecho en la *Ley de Migraciones* y se evitaría beneficiar con la donación de órganos a aquellos que no son *habitantes* de nuestro país.

Otro límite formal que subsiste en las reglamentaciones administrativas de algunas instituciones sanitarias es la necesidad de acreditar identidad con DNI circunstancia que los residentes irregulares no tienen posibilidad de cumplimentar. La exigencia de este requisito, resabio de la anterior legislación, es un obstáculo para la habilitación de las historias clínicas y la inclusión en algunos programas de salud.⁴³

c) Derecho a la vivienda

Subsisten para las personas que contraten o convenga con residentes irregulares la compra o venta, o constitución de gravamen sobre inmuebles, derechos o muebles registrables;⁴⁴ la obligación de comunicar sus datos a la autoridad migratoria y la prohibición de proporcionarles alojamiento a título oneroso.⁴⁵

d) Derecho al trabajo

³⁷ BO 26/04/1993 y BO10/04/1995 respectivamente

³⁸ BO 29/12/2009.

³⁹ Art. 22 de la Ley N° 25.871.

⁴⁰ Arts. 23 inc. h y 24 inc. g del la Ley N° 25.871.

⁴¹ Considerandos de la Resolución N° 342/2009.

⁴² Cuando interpreta que los dos años de residencia exigidos por la Ley N° 346 art.2, inc.1 en la sentencia N° 374 XLII de la CSJN del caso Ni I-Hsing s/carta de ciudadanía, del 23/06/2009.

⁴³ Si bien los operadores de salud se las arreglan para, en la mayor parte de los casos, arbitrar medios para eludir la exigencia, el no cambio de las pautas administrativas es una incoherencia que sería necesario modificar ya que da lugar a arbitrariedades y privaciones de derechos.

⁴⁴ Art. 57 de la Ley N° 25.871.

⁴⁵ Art. 55 de la Ley N° 25.871.

El art.53 de la Ley N° 25.871 dispone:

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.

Este artículo se complementa con el art. 55 que prohíbe proporcionar trabajo u ocupación remunerada a los extranjeros que residen irregularmente.

Quienes residen regularmente sólo pueden trabajar si la categoría en la que han sido admitidos los habilita.⁴⁶ Al igual que durante la vigencia de la ley anterior, los migrantes irregulares trabajan y lo hacen en las mismas condiciones y con los mismos límites en las posibilidades de accionar en defensa de los derechos. Si bien ya no subsiste la obligación formal que tenían los funcionarios públicos de comunicar a la DNM los datos de los migrantes irregulares, el temor de la exposición de los migrantes y las prácticas inerciales vinculadas a la antigua legislación funcionan como límites importante para hacer valer ante la justicia los derechos laborales que tanto la anterior legislación como la nueva le reconocen al migrante.⁴⁷

e) Facultades recursivas

El gran avance concreto de la nueva legislación migratoria que excede *la retórica de la inclusión* es la incorporación de la revisión judicial para las decisiones de la DNM que privan de derechos a los extranjeros. Las disposiciones de la DNM que cancelan residencias y disponen expulsiones tienen carácter suspensivo y solo podrán ser ejecutadas cuando han sido revisadas por el juez competente, lo que no estaba habilitado en la legislación anterior. El art. 35⁴⁸ deja el control en la frontera como único espacio normativo en que DNM puede expulsar sin intervención del juez. Más allá del reconocimiento del avance en cuanto a las posibilidades de acceso a la justicia que significa la incorporación de la vía recursiva, la conservación de esta atribución por parte de la DNM sigue siendo susceptible de las mismas críticas que se hacían a la *Ley Videla*.

f) Otras

⁴⁶ Arts. 51 y 52 de la Ley N° 25.871.

⁴⁷ Art. 56 de la Ley N° 25.871.

⁴⁸ Art. 35 de la Ley N° 25.871: *En el supuesto de arribar una persona al territorio de la República con un documento extranjero destinado a acreditar su identidad que no cumpliera las condiciones previstas en la legislación vigente, y en tanto no se trate de un reingreso motivado por un rechazo de un tercer país, se procederá al inmediato rechazo en frontera impidiéndosele el ingreso al territorio nacional.*

Sin pretensión de exhaustividad, y sólo a modo de ejemplo, reseñamos otras contradicciones y limitaciones al ejercicio al acceso a la justicia presentes en la actual legislación.

Una limitación respecto a los extranjeros presente en la legislación argentina antes de la Ley N° 25.871, que subsiste y actúa aún en aquellos que tienen su situación de residencia regularizada y están habilitados para trabajar, es la imposibilidad de ejercer la función pública. *El Régimen Jurídico Básico para la Función Pública* aprobado por la Ley N° 22.140 reserva exclusivamente esta actividad para los nacionales.⁴⁹

También hay que mencionar algunos aspectos en la misma Ley N° 25.871 y en otras normas sancionadas después de su entrada en vigencia, que contradicen su espíritu y limitan el alcance de su *novedad*. Más allá del reconocimiento del derecho a migrar como derecho humano hay fuertes indicadores de que el rol y la intención del Estado sigue siendo el de reconocedor de *beneficios*⁵⁰ y del ejecutor del control. Algunas incongruencias también manifiestan la inclinación a seguir reconociendo al extranjero *que no tiene sangre argentina* como incapacitado para entender en las cuestiones de los nativos aún cuando haya obtenido la nacionalidad por *naturalización*.⁵¹

La igualdad entre nacionales y extranjeros en el ejercicio del derecho de tránsito y locomoción, se ve contrariada por ejemplo en el art. 62 inc. c de la *Ley de Migraciones* que anuncia la *pérdida de la residencia* cuando el extranjero permanece fuera del territorio por algún tiempo. Si bien el derecho no está condicionado explícitamente en su ejercicio, la posibilidad de pérdida de la residencia marca una diferencia que contradice el art. 14 de la CN.⁵² Esta restricción fue introducida en el año 63⁵³ durante el

⁴⁹ Ley N° 22.140 (BO 25/01/1980) que aprueba el Régimen Jurídico Básico de la Función Pública en su art. 7 afirma: “*El ingreso a la Administración Pública Nacional se hará previa acreditación de las siguientes condiciones, en la forma que determine la reglamentación: [...] d) ser argentino, debiendo los naturalizados tener más de cuatro (4) años de ejercicio de la ciudadanía. Las excepciones a cualquiera de estos dos requisitos deberán ser dispuestas por el Poder Ejecutivo Nacional en cada caso.*” Esta ley fue derogada en 1999 por la Ley N° 25.164 (BO 08/10/1999) que en su art. 4 mantiene la exigencia, para el ingreso a la función pública, la de ser *argentino nativo, por opción o naturalizado*, pero ya no indica como requisito los 4 años de *ejercicio de la ciudadanía*.

⁵⁰ Varios artículos de la ley hablan de la regularización de la residencia como un beneficio otorgado por el Estado. Ver los arts. 33 inc. c; 62 incs. c y e y 102.

⁵¹ Algunas legislaciones provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires extienden la exigencia del art. 89 de la CN de ser nativo o hijo de argentino nativo para ser presidente de la nación a otros cargos electivos, imposibilitando a los argentinos naturalizados la postulación. Habría que analizar que tanto resisten estas normas el *test* de constitucionalidad.

⁵² Art. 62: *La DNM, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir, cancelará la residencia que hubiese otorgado, con efecto suspensivo, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión y dispondrá la posterior expulsión, cuando [...] c) El beneficiario de una radicación permanente hubiese permanecido fuera del Territorio Nacional por un período superior a*

gobierno *de facto* y se siguió reproduciendo en la legislación posterior aún cuando niega la categoría de *habitante* reconocida al extranjero.

El Decreto N° 1602 del año 2009, que modifica la Ley N° 24.714⁵⁴ incorporando el beneficio de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social, prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abona por cada hijo menor de dieciocho años o sin límite de edad cuando se trate de un discapacitado, siempre que quien la recibe no estuviere empleado o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la ley. Entre las condiciones que la normativa establece para la percepción del beneficio se encuentran las de que el menor sea argentino o hijo de argentino nativo, naturalizado o por opción, en caso de que el padre sea extranjero la ley le exige residencia legal en el país no inferior a tres años previos a la solicitud. Si bien la exclusión de los niños extranjeros puede encontrar para el legislador algún grado de racionalidad, la exclusión de niños argentinos por la irregularidad de la residencia de sus padres no supera el test de constitucionalidad (Chausovsky, 2009).

Ley N° 26.165 en su art. 20 hace una distinción injustificada cuando deja fuera de la posibilidad de conformar la Comisión Nacional para los Refugiados a los extranjeros naturalizados argentinos, permitiendo la integración sólo a los argentinos *nativos o por opción*. El art. 22 de la Ley N° 25.871⁵⁵ hace esta misma exclusión cuando considera los vínculos que habilitan a solicitar la residencia permanente, exclusión subsanada en 2010 en el *Decreto Reglamentario*: Esta norma amplía esa posibilidad a los argentinos naturalizados y a los extranjeros residentes permanente.⁵⁶ Restricciones similares al

los dos (2) años o la mitad del plazo acordado, si se tratara de residencia temporaria, excepto que la ausencia obediere al ejercicio de una función pública argentina o se hubiese generado en razón de actividades, estudios o investigaciones que a juicio de la DNM pudieran ser de interés o beneficiosa para la República Argentina o que mediara autorización expresa de la autoridad migratoria la que podrá ser solicitada por intermedio de las autoridades consulares argentinas.

⁵³ Decreto N° 4.805 ADLA 1963 B, 864.

⁵⁴ BO 18/10/1996.

⁵⁵ *Se considerará residente permanente [...] a los inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos y padres. A los hijos de argentinos nativos o por opción que nacieren en el extranjero se les reconoce la condición de residentes permanentes.*

⁵⁶ Art. 22 del Decreto N° 616/2010: *El extranjero que solicite su residencia permanente deberá acreditar:*
a) *Ser cónyuge, progenitor o hijo de argentino nativo, naturalizado o por opción; teniendo en cuenta principios de unidad, sostén y con el alcance del derecho de reunificación familiar establecido en la legislación pertinente y en el artículo 10 de la presente Reglamentación.*
b) *Ser cónyuge, progenitor, hijo soltero menor de dieciocho (18) años no emancipado o mayor con capacidad diferente, de un residente permanente, teniendo en cuenta principios de unidad, sostén y con el alcance del derecho de reunificación familiar establecido en la legislación pertinente y en el artículo 10 de la presente Reglamentación [...].*

principio de reunificación familiar realizan los artículos 70 y el 62 de la nueva Ley de Migraciones. El primero cuando obliga a la DNM a suspender una orden de expulsión firme en el caso de que el extranjero *alegue ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo*⁵⁷ y el segundo⁵⁸ cuando habilita al Ministerio del Interior a suspender los efectos de la cancelación de una residencia *cuando el extranjero fuese padre, hijo o cónyuge de argentino*. En estos casos la reglamentación no amplía el alcance de la norma a los naturalizados o a extranjeros residentes permanentes. Habrá que ver frente a situaciones concretas como se interpretan estas incongruencias.

El carácter humanitario de la Disposición N° 2079/2004 de la DNM del 28 de enero de 2004, duró poco. Esta norma suspendía las expulsiones de los nacionales de los países limítrofes y del Perú con excepción de aquellas que estuvieren fundadas en la existencia de antecedentes penales de los ciudadanos a los cuales se dirigen las medidas. Hoy esta disposición no se aplica y las expulsiones con efectos suspensivos son tema frecuente de las disposiciones de la DNM. A partir de la reglamentación del art. 61 de la ley, constatada la irregularidad de la permanencia la DNM intima al extranjero a regularizar, si no lo hace *declara la ilegalidad de su permanencia y dispone su expulsión*. Si bien estas medidas tienen carácter suspensivo y solo quedan firmes y se pueden ejecutar una vez que han sido revisadas judicialmente, transforman en *ilegal*⁵⁹ la residencia del migrante cuestionando su permanencia y afectando su derecho de locomoción.

3. Conclusiones

La extensión de los derechos humanos a todos los migrantes (regulares o irregulares) confronta el principio de soberanía estatal. Frente a la inexistencia de un sistema internacional que obligue a los estados a realizar esta extensión, asumir un compromiso con los derechos humanos aplicables a los migrantes cualquiera sea su situación de residencia sigue siendo un problema *ético* para los estados. La medida de este reconocimiento no debe ser la expectativa del migrante (baja, con tendencia al sacrificio

⁵⁷ Art. 70 de la Ley N° 25.871: *Producida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución, la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria.*

⁵⁸ Art.62 de la Ley N° 25.871: [...] *El Ministerio del Interior dispensará el cumplimiento de la cancelación prevista en virtud del presente artículo cuando el extranjero fuese padre, hijo o cónyuge de argentino, salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria [...].*

⁵⁹ Más allá de la *retórica* de la nueva ley esta es la expresión que usa la reglamentación para calificar la permanencia del migrante que no regulariza su residencia una vez que ha sido intimado.

personal y cultural) sino la de un deber moral y, en nuestro caso después del año 2004, un deber legal que debería tener como efecto concreto una participación igual de los migrantes en la vida social.

La perspectiva política y humana que consagra la concepción de la ciudadanía cosmopolita como bandera de lucha en pos del reconocimiento de los derechos de los migrantes, en el caso de Argentina podría actualizarse solo con la coherencia de la legislación y de las prácticas con el texto constitucional y con el reconocimiento del derecho a migrar como derecho humano (art. 4 de la Ley N° 25.871). Estas normas son suficientes para asegurar un plexo de derechos fundamentales para los migrantes y la garantía del su acceso a la justicia.

La legislación argentina siempre ha dejado ver una *retórica aperturista* en los textos centrales. La claridad del contenido del texto constitucional ha sido oscurecida por la variabilidad de la interpretación de la jurisprudencia y contradicha por normativa emanada del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Esto, aún en los casos de mayor adecuación al texto constitucional, torna siempre la ciudadanía del extranjero como una condición excepcional, provisional y siempre resultado de la concesión del Estado.

Hay que destacar, que lo que en los productos normativos aparecen como incoherencias o contradicciones son el resultado de luchas de intereses desarrolladas en los procesos de formación y de aplicación (interpretación) de las normas para hacer decir al derecho lo que conviene al reconocimiento de esos intereses en pugna. Lo que se cristaliza en la normativa es el resultado de las negociaciones y transacciones de quienes intervienen en su formación.

Analizando la legislación argentina y las consecuencias que ha tenido en la vida de los migrantes, vemos que más que el límite de la racionalidad, impuesto por el art. 28 de la CN, al momento de reglamentar los derechos de los migrantes lo que ha primado, aún en la actualidad, es el criterio de utilidad gubernamental, no siempre definido desde quienes tienen facultad de establecer las políticas públicas en torno a las migraciones.

Los avances formales en el reconocimiento de los derechos si tomamos en cuenta las leyes de migraciones, son claros. Aunque si no se considera el sistema normativo como una integridad, estos aspectos seguirán siendo sobredimensionados y los reconocimientos formales no alcanzarán a ser relevantes como derechos efectivos si no se remueven los otros obstáculos formales, simbólicos, objetivos y subjetivos al acceso a la justicia para las personas migrantes.

La discriminación en el reconocimiento de derechos del migrante (irregular o no) sustituye al fracaso de la exclusión en la frontera. Eliminar esta discriminación presupone una transformación radical del principio moderno de la soberanía estatal a la vez que es condición para el reconocimiento del acceso a la justicia en sentido sustancial y con la amplitud que tiene como derecho humano.

Cuando el reconocimiento amplio de derechos va acompañado de un ejercicio condicionado a la residencia regular y la obtención de esta se complejiza, aparece importantes obstáculos por la clandestinidad objetiva y subjetiva que se origina. La irregularidad de la residencia no siempre expresa una decisión de permanecer al margen del sistema legal, muchas veces solo es el resultado de la imposibilidad de sortear con éxito los inconvenientes que se presentan en el proceso de regularización. Esta situación agrava la marginalidad de los sectores pobres extranjeros convirtiéndose en un factor de marcada exclusión.

El reconocimiento diferencial de derechos y la condicionalidad del ejercicio de derechos a la situación de residencia, son obstáculos generados desde el mismo Estado para el ejercicio del acceso a la justicia. Con esto el Estado no asume la garantía frente a este derecho en toda su extensión y además crea activamente obstáculos para los migrantes. Si el reconocimiento del derecho a migrar como derecho humano fuera auténtico y no mera retórica, su ejercicio nunca podría ser el origen de limitaciones a otros derechos fundamentales.

Bibliografía

- Appadurai, A (2007). *El rechazo a las minorías*. Tusquets, Barcelona.
- Begala, S.(2007). “El concepto de habitante en el art. 14 de la CN: una medida a los derechos de los migrantes”. *Anuario X Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales*, UNC, pp. 33-48.
- Begala, S. y Lista, C. (2002). “Marginalidad y acceso a la justicia: un estudio empírico en la ciudad de Córdoba”. *Cuadernos de FUNDEJUS*. Cuaderno N° 6, pp. 1-73.
- Cappelletti, M. y Garth, B. (1978). *Acceso a La Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México.
- Canicacelaya, M. (2004). “Protección nacional e internacional de los derechos humanos de los migrantes”, en *Actas del V Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa, pp. 641-648.
- Chausovsky, G.(2009).“Asignación universal por hijo para protección social” en *Ningún ser humano es ilegal (Blog)*. <<http://www.ningunserhumanoesilegal.blogspot.com> >

Chausovsky, G.(2006). “Los términos y las categorías en la Ley de Migraciones 25.871”, en *Actas del VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. SASJU, Santa Fe (edición electrónica).

D´Amico, D. A. y Barberis Rami, M. (2009). “Las migraciones extranjeras en argentina frente al dilema de la ciudadanía: ¿hemos superado la excepción?”, en *Actas del X Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. SASJU, Córdoba (edición electrónica).

Delannoy, S. y Mack A. (2007). “El derecho a la información como construcción de la ciudadanía”, en *Actas del VIII Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. SASJU, Rosario (edición electrónica).

García, L. (2006). “De configuraciones y crisis en el pensar lo jurídico” en *Actas del VII Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. SASJU, Santa Fe (edición electrónica).

Gil Araujo, S. (2009). “Las políticas de migración familiar en Europa. El control de la inmigración a través de las familias”, en *Actas del X Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. SASJU, Córdoba (edición electrónica).

Landa M. y González Salva, C. (2004). “La ciudadanía local: ¿es posible una mayor inclusión social?”, en *V Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. Universidad Nacional de La Pampa, La Pampa, pp.153-168.

Lista, C. (2011). “El acceso a la justicia y el derecho a la diversidad sexual, de género y sexualidad”. *Derecho y Ciencias Sociales*. N° Revista electrónica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. ISSN:1852-2971 pp 142-172.

Mezzadra, S. (2005). *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*. Tinta Limón, Buenos Aires.

Pérez Vichich, N. (2007). “Migraciones laborales, libre circulación y construcción de Ciudadanía en el proceso de integración regional del MERCOSUR”, en *Actas del VIII Congreso Nacional de Sociología Jurídica*. SASJU, Rosario. (edición electrónica).

Sagües, P. (1999). *Elementos de Derecho Constitucional*. Astrea, Buenos Aires.

Sagües, P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*. Astrea, Buenos Aires.

Santos, B. de Sousa (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*. Bogotá: Trotta-ILSA.

Spota, A. G. (1944) “La ley de Inmigración y las Garantías Constitucionales.” *Revista Jurisprudencia Argentina*. Tomo I, pp. 170-181.