

Lineamientos generales de la cuestión migratoria en la Argentina: el derecho humano a migrar

Por

Lucila Brisnikoff¹

*"Todos somos extranjeros, salvo en nuestro país."
Gabriel Chausovsky*

Sumario: 1. Introducción. 2. Constitución Nacional y Ley Avellaneda. 3. Ley General de Migraciones y Fomento de la Inmigración N° 22.439. 4. Ley Nacional de Migraciones N° 25.871. 5. Evolución jurisprudencial. 6. Consideraciones previas: estándares internacionales en la materia y políticas migratorias de actualidad. 7. Reflexiones finales.

1. Introducción

El fenómeno migratorio resulta un tema de actualidad y fundamental trascendencia tanto a nivel internacional como a nivel nacional. Es fruto de nuestra historia la recepción de migrantes en la Argentina, y ello se ve reflejado desde la construcción del Estado Nación. Mediante la Constitución de 1853/1869 se plasma la necesidad de atraer la inmigración en el Preámbulo y los artículos 20 y 25. Actualmente, la Argentina se considera un país receptor de inmigración, principalmente de países limítrofes.

Como guía del presente artículo, formularé ciertas preguntas: ¿Cuál fue la evolución normativa respecto a la cuestión migratoria en la Argentina? ¿Cuáles fueron los principales cambios que introdujo la "nueva" Ley de Migraciones de 2004 N° 25.871? En relación con los estándares internacionales de derechos humanos respecto a la materia migratoria, la Argentina ¿Cumple con dichos

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires), Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos dirigida por Mónica Pinto (Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho). Integrante de la "Comisión del Migrante" de la Defensoría General de la Nación. Actividad docente en la Universidad de Buenos Aires: materia "Sociedad y Estado", cátedra Ferronato, del Ciclo Básico Común; ayudante en "Derecho Internacional Público", Facultad de Derecho, Cátedra Del Castillo, Profesor Roberto Malkasian; Colaboradora en la Comisión de Apoyo a Refugiados y Migrantes (CAREF).

parámetros? ¿Cuál es el rol del Poder Ejecutivo a la hora de ejecutar aquellas políticas migratorias?

En primer lugar, se define al *inmigrante* como "todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse de forma definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente" en el artículo 2 de la Ley Nacional de Migraciones 25.871². Desde la visión de Mármora, las políticas migratorias comprenden un entramado de regulaciones para fomentar, promover, retener, recuperar, restringir, incorporar, integrar o asimilar a los migrantes.³ Es decir, resulta de fundamental incidencia en la vida de ellos la política que pueda adoptar el Estado.

Distintos autores han estudiado que las migraciones suceden *al margen* de la política que se adopte, pudiendo ser restrictiva, o de promoción de inmigración, según los casos. Veremos en el artículo que en un comienzo de nuestra historia se quiso promover la inmigración europea -precepto constitucional que rige hasta la actualidad- formando las bases del Estado, para luego restringir esta política de promoción por la persecución que se dio al migrante desde la Ley de Residencia en adelante. El *corpus* normativo históricamente se compone de tres leyes y cientos de decretos que tienen formato de ley que van a regir la política migratoria adoptada de acuerdo a los distintos gobiernos.

El presente artículo tiene por finalidad analizar la actual Ley Nacional de Migraciones, el marco constitucional y destacar los avances previstos por esta ley en comparación con la legislación previa que contaba la República Argentina desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

Para ello, pretendo esbozar un panorama de la evolución normativa en la Argentina. Resulta fundamental, entonces, analizar la conocida "*Ley Videla*", resaltando las principales perspectivas de la ley previa a la que en la actualidad se encuentra vigente. Luego, indicaré los avances que se han adoptado a partir de la "*Nueva Ley de Migraciones*" de 2004 y su reglamentación a partir del decreto 616/2010. Mencionaré en otro apartado una reseña jurisprudencial que acompañó los cambios legislativos y algunas referencias del sistema internacional de protección del migrante. Finalmente, realizaré algunas conclusiones indicando un balance de este análisis histórico en vistas a la actual situación de la cuestión migratoria relativa a la teoría y la práctica.

² La ley 25.871 fue sancionada por el Congreso Nacional el 17 de diciembre de 2003 y publicada en el Boletín Oficial el 21 de enero de 2004. El texto de la ley puede hallarse en <http://www.infojus.gov.ar>

³ Mármora, L. (1997) *Las políticas de Migraciones Internacionales*. Buenos Aires: OIM/Alianza Editorial.

2. Constitución Nacional y Ley Avellaneda.

Desde la conformación del Estado Nación, Argentina ha sido un país receptor de inmigrantes. Esto ha sido destacado por Juan Bautista Alberdi, quien en 1852 escribió su célebre frase *gobernar es poblar* y sintetizó, con estas palabras, el ideal de Nación que anhelaba formar.

Como señala Bárbara Hines, *la inmigración constituye una parte fundamental del tejido de la sociedad argentina*.⁴ El artículo 25 incluido en la Constitución de 1853, y adoptado en la de 1994, recepta este deseo señalando que *el Gobierno federal fomentará la inmigración europea*. Al mismo tiempo, la cláusula constitucional afirma que el gobierno no podrá restringir la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que ingresen con el fin de emprender actividades beneficiosas que la Constitución enumera.⁵

En este orden de ideas, el preámbulo de la Constitución de 1853, extiende los derechos de libertad, bienestar general y justicia para *todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*. Es decir que ya desde el preámbulo se tiene presente a los migrantes, como seres humanos pasibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, y el Estado será el garante de ello. Continuando con las cláusulas constitucionales, estas declaran que el extranjero goza de amplios derechos civiles, en el artículo 20, como el derecho a ejercer su profesión, a comerciar, a la libertad de expresión y religión, y el de entrar y salir libremente del territorio.⁶

La primera ley inmigratoria de la Argentina se dictó en 1876, N° 817⁷, conocida como "*Ley Avellaneda*", cuyo principal objetivo era atraerlos, para contribuir a la población de todo el territorio Argentino. Aquí se distinguía las categorías *viajero* del *migrante*, quien venía a establecer su vida de forma permanente en el país (no se consideraba otra alternativa). A su vez, el Estado Argentino concedía distintos beneficios para los migrantes ultramarinos, ofreciendo un futuro prometedor.

Esta ley, junto con las cláusulas constitucionales, fueron las normas que crearon las condiciones necesarias para promover y facilitar el ingreso,

⁴ Hines, B. (21/10/2012). El derecho a migrar como un derecho humano: La actual ley inmigratoria argentina. *Revista Derecho Público*, Año 1 N°2, 309-344.

⁵ Ídem nota 4, pág.312.

⁶ "Pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse; y naturalizarse tras dos años de residencia en el país.

⁷ La ley 817 fue sancionada por el Congreso Nacional el 6 de octubre de 1876.

permanencia e inclusión de migrantes llegados hasta las primeras décadas del siglo XX, principalmente entre 1880 y 1914, época en donde la migración europea, provenientes en su mayoría de España e Italia, conformó el núcleo migratorio.⁸

A partir de la sanción de esta ley, en contadas oportunidades se discutió el rol de la inmigración en el marco de una sesión parlamentaria. Efectivamente a partir de 1902 con la Ley de Residencia⁹ se estigmatiza al migrante *indeseable* y se lo condena a la deportación, y en 1910 la Ley de Defensa Social¹⁰ completa esta sanción y da atribuciones al Poder Ejecutivo de deportarlo, sin ninguna intervención judicial. Señala Giustiniani, *"con la Ley de Residencia se evidencia el cambio en la percepción del fenómeno migratorio, que pasa a ser considerado un problema policial y que convierte las políticas migratorias en políticas represivas"*¹¹.

Sucedieron un sinnúmero de decretos que restringen los derechos de los migrantes, principalmente desde 1960¹², donde se incluyen distinciones (ilegalidad por ingreso y por permanencia), especificando criterios de admisión (ser pariente de argentino, trabajador contratado, entre otras), fragmentando las categorías de permanencia (transito vecinal, fronterizo, transitoria, precaria, temporaria, permanente), complejizando los requisitos (más documentación personal con sellados varios, contrato de trabajo celebrado ante escribano público), estableciendo inhabilidades (relativas a la capacidad laboral y a la capacidad de integración a la sociedad, entre otras), e implementando prohibiciones (pasar de turista a residente temporario)¹³. Según Pacecca y Courtis¹⁴, *paralelamente a estas restricciones, que obstaculizan la regularización de la residencia de migrantes limítrofes, se observa la creciente delegación del poder de policía en las instancias administrativas*, cuestión no menor según voy a analizar de aquí en más.

⁸ Pacecca, M. I y Courtis, C. (2008): Inmigración contemporánea en Argentina: dinámicas y políticas. CEPAL – CELADE, Serie: Población y Desarrollo, N° 84, pág. 19.

⁹ La ley 4114 fue sancionada por el Congreso Nacional el 22 de noviembre de 1902.

¹⁰ La ley 7029 fue sancionada por el Congreso Nacional el 28 de junio de 1910.

¹¹ Giustiniani, R. (2004) *"Migración: un derecho humano"*, Buenos Aires, Ed. Prometeo pág. 29.

¹² Principalmente se trataron de resoluciones de Migraciones y decretos dictados por el Poder Ejecutivo.

¹³ Ídem nota 8, pág. 41.

¹⁴ Ídem nota 8, pág. 42.

3. Ley General de Migraciones y Fomento de la Inmigración N° 22.439.

En 1981 se dicta la ley 22.439, titulada "Ley General de Migraciones y Fomento de la Inmigración"¹⁵, conocida como "Ley Videla", vigente por más de 20 años. Principalmente se ejerció un *control de permanencia* de inmigrantes en el país, con un rol casi pleno por parte del Poder Ejecutivo, materializado en la Dirección Nacional de Migraciones (D.N.M de aquí en más), sin contar con la intervención del Poder Judicial ni con garantías de debido proceso. Esta ley, colocó especialmente a la población migrante en situación de vulnerabilidad social.

Resulta primordial para comprender la actualidad de la ley migratoria este antecedente que contaba con ideales propios de la época¹⁶. En primer lugar, distinguía ilegalidad por ingreso e ilegalidad por permanencia. Solo los residentes permanentes (a diferencia de los temporarios y transitorios), podían gozar de los derechos civiles. De derechos sociales era difícil hablar en aquél momento. Quienes se encontraban en una situación migratoria irregular, debían ser denunciados por parte de distintos organismos a la D.N.M.

Relativo al procedimiento de expulsión, se contemplaba desde el artículo 37 al 41 de la ley. Esta implicaba la prohibición de reingresar al país de manera permanente, y en el caso de incumplir con tal orden administrativa, el artículo 46 preveía una pena de prisión de 3 meses a un año, con la posibilidad de agravarse la pena. Los distintos tipos de migrantes pasibles de ser expulsados, por una irregularidad administrativa o por contar con una causa penal, se contemplaban en los artículos 16, 18, 20, 95 a 97. Es de destacar que la ley no preveía la posibilidad de acceder a un recurso judicial luego de agotar la vía administrativa¹⁷, ni con el derecho de ser oído, dando intervención a alguna asistencia jurídica.

En distintos artículos de la ley se regulaba el deber de denunciar ante la D.N.M la condición irregular de la permanencia de un extranjero: en el caso

¹⁵ La ley 22.439 fue sancionada por el Congreso Nacional el 23 de marzo de 1981 y publicada en el Boletín Oficial el 27 de marzo de 1981. El texto de la ley puede hallarse en <http://www.infojus.gov.ar>

¹⁶ Como señala Lelio Mármora, "la institucionalización de la Doctrina de Seguridad Nacional durante la última dictadura, constituyó la base ideológica del Decreto Ley 22.439/81 promulgado al final de ese período (...) reduce a su mínima expresión los derechos del migrante..." en "Las leyes de migraciones como contexto normativo (de la "Ley Videla" hacia la Ley de Migraciones 25.871)", publicado en Giustiniani, R (Comp.) (2004), "Migración: un derecho humano", Buenos Aires, Ed. Prometeo, pág. 60.

¹⁷ El Art. 80 de la Ley plantea que luego del recurso de Alzada ante el Ministerio de Interior, no cuenta con ulterior recurso.

del Registro Civil al celebrar matrimonios y comprobar el carácter *ilegal* de alguno de los cónyuges, este debía informar a la autoridad migratoria; en la asistencia médica, se contaba con la misma obligación; también resultaban obligados los organismos administrativos, centralizados o descentralizados nacionales, provinciales o municipales, así como los autárquicos, empresas y sociedades del Estado, y los funcionarios públicos en general.¹⁸ Asimismo los escribanos con registros nacionales o provinciales contaban con dicha carga en caso de otorgar o certificar algún acto relacionado a la adquisición o venta o constitución de gravamen sobre inmuebles, constitución o integración de sociedades civiles o comerciales¹⁹; las autoridades de la Inspección General de Justicia en la Capital Federal, o su similar en las Provincias, y de los Registros Públicos de Comercio, de la Propiedad Inmueble, de la Propiedad del Automotor y de la Comisión Nacional de Valores, en conocimiento de aquellos actos contractuales mencionados previamente que incluya un extranjero con residencia ilegal, también debía comunicarlo a la autoridad de migración.²⁰

Para llevar a cabo el *control de permanencia*, la D.N.M contaba con amplias facultades, como ser: realizar inspecciones de oficio, a pedido o por denuncia de terceros; requerir del extranjero la acreditación de situación migratoria; entrar libremente y sin notificación previa a los locales comerciales, industriales, educacionales, hospitalarios y asistencias y todo aquel en el que exista o medie presunción de infracción a la ley; exigir la presentación de libros, documentación y registros que prescribe la legislación respectiva, al solo efecto de su verificación; interrogar a solas o ante testigos a los responsables o representantes; intimar a comparecer ante la autoridad migratoria a los responsables o extranjeros presumiblemente incurso en violación a disposiciones de la presente ley, así como de la presentación y exhibición de la documentación citada, bajo apercibimiento del concurso de la fuerza pública; requerir directamente el concurso de la fuerza pública cuando sea necesario para el cumplimiento de sus funciones. Estas atribuciones resultan llamativas ya que no contaban con intervención judicial.

Respecto a los derechos humanos de los migrantes, son pocas las cláusulas que se refieren a los mismos, y los derechos sociales se otorgaban de manera restrictiva. Es decir, no se consideraba al migrante como sujeto de derechos, como el nacional, sino que las restricciones eran amplias. En relación a la educación, cualquier instituto educativo medio o superior, podía admitir como

¹⁸ Ver artículo. 104 Ley 22.439.

¹⁹ Ver artículo 105 Ley 22.439.

²⁰ Ver artículo 106 Ley 22.439.

alumnos solo a residentes temporarios o permanentes.²¹ En cuanto al derecho a la salud, el art. 103 preveía que *“las instituciones hospitalarias o asistenciales, ya sean públicas, nacionales, provinciales o municipales, o las privadas (...) deberán exigir a los extranjeros que solicitaren, o a aquellos a quienes se les prestare, asistencia o atención, que acrediten identidad y justifiquen, mediante constancia hábil su permanencia legal en la República. Cuando no los posean –sin perjuicio de su asistencia o prestación- quedarán obligados a comunicar, dentro de las veinticuatro (24) horas a la autoridad migratoria, los datos filiatorios y el domicilio de los mismos”* –destacado propio-. Por el derecho a trabajar, la ley preveía que los extranjeros que residan ilegalmente en la República, no podían trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia, y ninguna persona de existencia visible o ideal, pública o privada, podía proporcionar trabajo a quienes residan ilegalmente o que residiendo legalmente, no estuvieran habilitados para hacerlo.²² Finalmente, en cuanto a la vivienda, el art. 32 señalaba que *“no podrá proporcionarse alojamiento a título oneroso, a los extranjeros que se encuentren residiendo ilegalmente en el país. Cuando se proporcione a título gratuito o benéfico, deberá comunicarse fehacientemente a la autoridad migratoria.”*

De lo expuesto concluyo que esta ley era persecutoria hacia el migrante y discriminatoria para con ellos, buscando complicidad de la sociedad y de las instituciones en este accionar, debido a la obligación de denunciar la irregularidad migratoria, fomentando a la figura del *extranjero ilegal* por su irregularidad administrativa. Como consecuencia de esta “ilegalidad” resultaba la deportación del mismo, sin ningún tipo de garantía de debido proceso.

4. Ley Nacional de Migraciones N° 25.871

A partir de la “Ley Videla”, los gobiernos subsiguientes mantuvieron su aplicación, sancionando algunos decretos que reglamentaban la ley y establecían mayores restricciones y controles en la admisión de los migrantes, ampliando la discrecionalidad de la D.N.M para establecer criterios de admisión y expulsión de migrantes, u ampliando la potestad de fijar tasas migratorias sumamente onerosas²³.

²¹ Ver artículo 102 Ley 22.439.

²² Ver artículos 29 a 31 Ley 22.439.

²³ Morales, D.(21/10/2012). Derechos humanos de los migrantes en la Argentina: Apuntes sobre nuevas perspectivas jurisprudenciales. *Revista Derecho Público* Año 1 Nro. 2, 29 de octubre de 2012, Pág. 345-358, disponible en http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/dacf120162-morales-derechos-humanos_migrantes_en.htm?src=RVDPU002

Entre la década de los 90 y el 2003, existieron distintos convenios que pretendían regularizar la situación migratoria de las personas migrantes, sin demasiado éxito. En 1998 se aprobaron acuerdos con Bolivia²⁴ y con Perú²⁵. En el 2000, se firmó el Protocolo Adicional al Convenio de Migración entre la Argentina y Bolivia con el objetivo de regularización migratoria en ambos países. En el 2002, se firmó el "Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile", que tuvo como principal objetivo la libre circulación de personas en la región, y su punto central fue tener un nuevo criterio para acceder a la residencia regular: la *nacionalidad*.²⁶

El 17 de diciembre de 2003 el poder Legislativo derogó la "Ley Videla", y aprobó la Ley 25.871²⁷. Fue reglamentada en el 2010 luego de un proceso de discusión y consulta con actores de la sociedad civil, en el decreto 616/2010. El Senador Giustiniani fue impulsor de esta ley, quien subrayaba la necesidad de eliminar la "Ley Videla", y veía la necesidad de sentar las bases para una política migratoria que tenga en cuenta las transformaciones tanto a nivel regional como internacional. En palabras del mencionado, la ley "va en la dirección del progreso social, basado en la integración y no en la exclusión, el multilateralismo en la región y no el unilateralismo, la tolerancia y no la xenofobia. La actual ley migratoria está basada en un nuevo enfoque que enriquece la democracia"²⁸.

Entre sus aspectos principales, la ley consagra el derecho a la migración como un **derecho humano**, señalando en su artículo 4 que "El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad". Desde los objetivos de la ley se plasma una mirada **pro-migrante**, y en su conjunto la nueva ley cuenta con un enfoque transversal de los derechos humanos que resulta superadora a nivel regional. La legislación Argentina resulta de las más avanzadas de América Latina reconociendo a la migración como un derecho humano.²⁹ Desde una visión comparativa, Asa, Favilla y Morales señalan que

24 Aprobado por la ley 25098.

25 Aprobado por la ley 25099.

26 Este acuerdo ha sido positivo para la región pero no fue cumplido por todos los países de la región, aunque se encuentran en proceso de transformación de la legislación migratoria.

27 Ídem nota 2.

28 Giustiniani, R. (2004) Fundamentos de la Ley. En Giustiniani, R. (Comp.) (2004), Migración: un Derecho Humano, Buenos Aires, Ed. Prometeo, pág. 14-15.

29 Favilla y Morales señalan que *podemos identificar un grupo de normas, que reconocen los derechos humanos de los migrantes, establecen mecanismos de control administrativo y judicial sobre el ejercicio de las facultades de las autoridades migratorias, como el control judicial efectivo de la actividad administrativa migratoria y la obligación de establecer políticas de regularización migratoria* ///

en Argentina y Uruguay, las leyes migratorias reconocen el acceso igualitario a los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social. Sin embargo (...) tal como hemos comentado, las políticas migratorias de la mayoría de los países de la región siguen guiándose por una "visión instrumental", que define a la inmigración deseada de acuerdo a intereses y necesidades del país de destino".³⁰

Es de destacar que esta ley modifica la forma de referirse a una situación migratoria de la persona migrante: torna de la *ilegalidad* que mencionaba la "Ley Videla", término peyorativo que se aplicaba, a la consideración de una *irregularidad migratoria*.

Algunos puntos que marcan la ruptura respecto de la anterior ley son los siguientes: se incorpora el derecho a la reunificación familiar y reconoce de manera irrestricta y **sin perjuicio de la situación migratoria**, los derechos a la educación y a la salud; quita la obligación de denunciar a los migrantes irregulares que imponía la ley anterior, e impulsa la promoción y difusión de sus obligaciones y derechos. Asimismo, hace referencia a las acciones que debe realizar el Estado para *favorecer la integración de los migrantes y para facilitar la consulta o participación de los extranjeros en las decisiones relativas a la vida pública y a la administración de las comunidades locales donde residen*.

A su vez, incorpora la perspectiva de integración regional desde que crea un criterio en base a la nacionalidad, que tuvo su causa en el *Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile*, a partir del cual por el hecho de pertenecer a estos países pueden ser admitidos como residentes temporarios con permiso de trabajo por dos años, prorrogable.³¹

Por otro lado, incorpora el debido proceso en las situaciones de detención y expulsión. De la lectura del capítulo de la ley que admite la expulsión en determinados casos³², surgen algunas consideraciones que debo resaltar: en primer lugar, es deber de la D.N.M individualizar las circunstancias personales del extranjero para luego, previo a la decisión de expulsar al inmigrante, se lo debe intimar a regularizar su situación migratoria, generalmente por el término de

/// para aquellos migrantes que se encuentran en situación irregular. Este es el caso de la legislación de Uruguay y de Argentina. En Asa, P., Favilla, M.E y Morales, D.(2012) Las migraciones en las comunidades locales. El acceso a los derechos humanos y la integración social., disponible en <http://www.estadomasderechos.org/upload/files/attachment-2.pdf>

³⁰ Ídem nota 29, pág. 18.

³¹ Ídem nota 8, pág. 45.

³² Ver artículos 61 a 69 de la Ley 25.871 y su reglamentación.

30 días, a los efectos de darle la oportunidad de expresarse.³³ Finalmente, si decide la autoridad migratoria su expulsión, garantiza el derecho de defensa y el debido proceso. Llegado el momento, esto deja de ser una potestad administrativa sino que un Tribunal competente en la materia debe revisar la expulsión. Es decir, la actual ley garantiza el derecho de interponer los recursos administrativos de Reconsideración, Jerárquico o Alzada, o bien recurrir directamente vía recursiva judicial³⁴. A los efectos de garantizar el derecho de defensa, es que el artículo 86 da intervención al Ministerio Público de Defensa³⁵.

Anteriormente indiqué los derechos sociales que, según la ley en su artículo 6, se admiten a los migrantes *sin perjuicio de su situación migratoria*. Esta es la regla general que aplica la ley. Sin embargo, respecto a la operatividad de esta norma, hay disposiciones que no cumplen con el principio general del derecho a la migración como un derecho humano, o al menos, hacen repensar tal afirmación.

Respecto a las pensiones sociales por discapacidad y vejez, se exige que las personas cuenten con 20 años de residencia continuada para el caso de pensiones por discapacidad, y 40 para el acceso a pensiones para la vejez. Como señalaré más adelante, la Corte Suprema Nacional ha declarado inconstitucional la exigencia de 20 años de residencia, entendiendo que frente a situaciones de extrema necesidad que ponen en juego la subsistencia de las personas, el Estado *está obligado a adoptar medidas positivas que aseguren condiciones mínimas de una vida digna* con independencia del origen nacional de las personas³⁶. El Comité de Protección de Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares, por su parte, ha recomendado a Argentina que *revise la duración requerida de la residencia en el caso de las prestaciones sociales no contributivas, con miras a garantizar su*

³³ El art. 61 de la ley 25871 señala que *"al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y **atendiendo a las circunstancias** de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a **regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión**. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión **con efecto suspensivo** y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión."*- el destacado es propio.

³⁴ Artículo 84.

³⁵ Es la Defensoría General de la Nación, a través de la Comisión del Migrante quien presta asesoramiento jurídico gratuito para aquellos migrantes que tengan un procedimiento de expulsión iniciado, tanto en sede administrativa, o en sede judicial (Defensoría de Ejecuciones Fiscales a cargo del Dr. De Llanos).

³⁶ CSJN, "R. A., D. c/ Estado Nacional", 04/09/2007, Fallo R. 350. XII. Este caso fue presentada por la Clínica por los Derechos de los Inmigrantes y Refugiados (CELS-CAREF-UBA).

*compatibilidad con los artículos 5 y 6 de la Ley de migraciones y la Constitución Nacional.*³⁷

Relativo al derecho a la educación la ley de migraciones N° 25.871 garantiza el acceso igualitario a este derecho, sin distinción alguna relacionada con la condición migratoria o nacionalidad de las personas. Sin embargo, como señalan Pablo Asa, Eugenia Favilla y Diego Morales, en la práctica son recurrentes las restricciones que se establecen en escuelas y otros niveles educativos en relación al acceso e inscripción a los cursos y a la expedición de los títulos.³⁸

La ley migratoria prevé el derecho irrestricto a trabajar y realizar cualquier tipo de actividad remunerada para los residentes permanentes, no así a los temporarios, quienes pueden realizar trabajos durante su estadía autorizada. Los residentes transitorios no pueden trabajar a menos que sean migrantes estacionales o reciban expresa autorización de la autoridad migratoria.³⁹ Como puntualiza Bárbara Hines⁴⁰, si bien la ley argentina entrona principios de no discriminación, de manera contradictoria limita el derecho de aquellos en situación irregular, quienes no pueden realizar tareas remuneradas⁴¹, y los empleadores que los contraten son susceptibles de ser sancionados pecuniariamente. Sin perjuicio de ello, los trabajadores migrantes en situación irregular, tienen todos los derechos laborales frente a sus empleadores que pudieran obtener.⁴² Esta normativa resulta en consonancia con la legislación migratoria de la región, pero contribuye sin dudas a la exclusión social y a la imposibilidad *formal* de mejorar las condiciones de vida. Otra gran falencia que se encuentra en la ley 25.871 es que no contempla la residencia de quienes trabajan en forma autónoma⁴³.

En el mismo sentido, también se prohíbe el alquiler de alojamiento a quienes se encuentren de forma irregular e impone multas administrativas a quienes violen dicha prohibición. Por otro lado, se impone el deber para quienes contraten con residentes irregulares adquisición, venta o gravamen sobre bienes inmuebles, derechos o muebles registrables, o constitución o integración de sociedades civiles o comerciales, de informar a la autoridad migratoria.⁴⁴

³⁷ Informe CMW/C/ARG/CO/1, Párrafo 30.

³⁸ Ídem nota 29, pág. 22.

³⁹ Artículos 51 y 52 Ley 25.871.

⁴⁰ Ídem nota 4, pág. 331-332.

⁴¹ Artículo 53 Ley 25.871.

⁴² Artículo 16 Ley 25.871.

⁴³ Ceriani Cernadas, P. (2011). Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana. *Nueva Sociedad*, N° 233, pág. 82. Disponible en http://www.nuso.org/upload/articulos/3775_1.pdf

⁴⁴ Artículos. 55, 58 y 59 de la Ley 25.871.

Siguiendo a la autora citada, *estas restricciones contradicen directamente los principios de igualdad, no discriminación y protección de derechos humanos que la ley expresa en su parte general.*⁴⁵ Con dichas medidas, se agrava la situación de vulnerabilidad del migrante que se encuentra en una irregularidad administrativa, desde el momento en que no puede acceder a alquilar alojamiento por lo que conlleva a alojarse en lugares marginales. Por otro lado, la denuncia por parte de inmigrantes contradice las disposiciones de la ley que obligan a los Estados a integrar y no excluir al migrante. Coincido con la autora cuando señala que esta obligación nos recuerda a la "Ley Videla", que obligaba a denunciar al inmigrante *ilegal*⁴⁶. Decía Gabriel Chausovsky que *"cuando afirmo que ningún ser humano es ilegal, convertir la irregularidad migratoria en una ilegalidad del ser humano deja de ser una mera cuestión semántica y adquiere un grave carácter del que es menester ocuparse"*⁴⁷.

5. Evolución jurisprudencial.

La jurisprudencia ha acompañado los cambios normativos respecto a los migrantes y las políticas migratorias adoptada por los distintos gobiernos. No es este el espacio para ahondar en la evolución jurisprudencial sino que quisiera destacar algunos períodos en donde los Tribunales se expidieron de manera favorable a los migrantes.

Durante la vigencia de la "Ley Videla", no hubo precedentes que permitan analizar la política migratoria adoptada.⁴⁸ Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desarrolló más adelante alguna jurisprudencia favorable a la protección de la situación de los derechos de migrantes. En los casos "Repetto"⁴⁹ (1988), "Calvo"⁵⁰ (1998), "Hooff"⁵¹ (2004), y "Gottschau"⁵² (2006),

⁴⁵ Ídem nota 4, pág. 332.

⁴⁶ Ídem nota 4, pág. 333.

⁴⁷ Gabriel Chausovsky, "Irregulares e ilegales (primera parte)", disponible en <http://ningunserhumanoesilegal.blogspot.com.ar/2009/09/irregulares-e-ilegales-primera-parte.html>

⁴⁸ Para mayor información ver Ídem nota 23.

⁴⁹ Fallos 312:1902. En este caso, la Corte reconoció el derecho de una maestra norteamericana a ejercer la docencia en la Provincia de Buenos Aires sin tener la nacionalidad Argentina.

⁵⁰ Fallos 321:194. En el caso, la Corte analizó el derecho de una psicóloga española de ejercer su profesión en un hospital público que le negaba el ingreso por su nacionalidad.

⁵¹ Fallos 327: 5118. En el caso, la Corte admitió la posibilidad de que un juez de nacionalidad holandesa y naturalizado, pueda presentarse a concursos para juez en la Cámara en Provincia de Buenos Aires.

⁵² Fallos 329: 2986. La CSJN reconoció el derecho de una abogada alemana a concursar al cargo de secretaria en un juzgado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

utiliza los criterios de escrutinio estricto propios de la doctrina de categoría sospechosa, en donde se señala que resulta discriminatoria la distinción en base a nacionalidad para el acceso a distintos derechos.

En el caso *"Reyes Aguilera"*⁵³ (2007), la CSJN declaró la inconstitucionalidad del art.1 inc. e) del decreto 432/97, que exige 20 años de residencia legal para poder acceder a una pensión por invalidez.⁵⁴ En el caso *"Lezcano"* (2010)⁵⁵, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial resolvió en un caso declarando que se contrariaba el artículo 20 de la Constitución Nacional, al no haber acreditado la razonabilidad del exigir el contar con un DNI Argentino para obtener el título de la carrera que culminó en el país, volvió a utilizar el criterio citado de categoría sospechosa.

Luego de la reforma legislativa de 2004, en distintos casos los tribunales analizaron las políticas migratorias. Como señala Diego Morales, cabe resaltar la jurisprudencia de las cámaras federales de Paraná y La Plata. En el caso *"Dai Jianqing"*⁵⁶ de 2011, el juez Chausovsky dijo que *la expulsión no es ejecutable directamente por la autoridad administrativa (como era en la anterior ley) sino que tiene efecto suspensivo, dado que debe mediar intervención judicial de revisión de decisión administrativa. En la ley 25.871 los actos administrativos migratorios que involucran a personas, no son ejecutables sin control judicial. Éste comprende, no sólo el acto expulsorio, sino las decisiones administrativas que declaran la irregularidad de la permanencia y demás circunstancias del caso, dado que la expulsión es la consecuencia y efecto de una previa declaración, sea de irregularidad de la permanencia, sea de cancelación de la residencia otorgada.* En este caso, se aplicó el concepto por el que este juez había peleado en relación a la *"Ley Videla"* de que *ningún ser humano es ilegal*.⁵⁷

Finalmente, en relación al derecho a trabajar de los migrantes, distintos casos llegaron a los tribunales en los últimos años. En 2011, el caso *"Horen"*⁵⁸, la

⁵³ Ídem nota 36.

⁵⁴ Zaffaroni y Fayt consideraron que la norma afectaba al contenido mínimo del derecho a la seguridad social y que estaba en juego el derecho a la vida y a la salud de la actora. Por otra parte, el juez Maqueda, consideró que la exigencia de 20 años de residencia para acceder a la pensión era inconstitucional por no contar con una justificación razonable.

⁵⁵ Cam.Nac. de Apelaciones en lo Civil, Sala K, *"Lezcano Arias Myriam c/Escuela Argentina de Negocios s/daños y perjuicios"*, 8/9/2010, MJJU-M-59898-AR.

⁵⁶ Cámara Federal de Paraná, expte. 5-17.599-20.768-2011. *"Incidente de Habeas Corpus deducido por Dai Jianqing, Lin Xuehui, Xie Changuang y Zhuang Bisheng-Relacionado con los autos n°32/11 "Direccion Nacional de Migraciones s/retención de personas de nacionalidad china" del 11/6/2011.*

⁵⁷ Ídem nota 23, Pág. 356

⁵⁸ Cam. De Apelaciones en lo Civil, *"Horen, Andrea Carolina s/ Apelación Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires"*, 11/2/2011.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil declaró inconstitucional el requisito de tener la nacionalidad Argentina para poder matricularse en el Colegio de Traductores. Luego, en distintos precedentes los tribunales de fueros laborales admiten casos en los que hubo despido indirecto por causa de tener una condición migratoria irregular en el país⁵⁹.

6. Consideraciones previas: estándares internacionales en la materia y políticas migratorias de actualidad.

Si bien la normativa actual resulta ser mucho más accesible para la obtención de una residencia de carácter permanente (cabe destacar que dentro de los criterios de admisión como migrantes, la "Ley Avellaneda" contaba con 2 categorías, mientras que la "Ley Videla" con 4, y la "Nueva Ley" con 27 criterios para obtenerla), resulta más costoso obtener una residencia a quienes no forman parte del MERCOSUR y países asociados. Es por ello que, analizando la situación de senegaleses y dominicanas, en enero de 2013 la DNM por medio de las Res. 1 y 2 de 2013 han aplicado una *amnistía* para aquellos que cumplan con requisitos previstos, siendo más flexibles para regularizar la situación de aquellos que hubieren ingresado al país con anterioridad a agosto de 2012 y cumplan con una serie de requisitos como ser el pago del monotributo en la AFIP, entre otros.⁶⁰ Recientemente, se ha contemplado la situación de los migrantes provenientes de Corea del Sur con otro plan de regularización migratoria⁶¹. Cabe destacar que estas formas de paliar la situación migratoria de ciertas poblaciones cuentan con antecedentes en otros planes de regularización, desde 1949.

Finalmente, resta por comentar el panorama del derecho internacional en la materia. Desde el sistema internacional de protección de derechos humanos, el 18 de diciembre de 1990 se firmó la "*Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*", siendo el tratado de derechos humanos que ha tardado más en entrar en vigencia –13 años– y actualmente cuenta con 47 ratificaciones. Argentina

⁵⁹ Fallos "Alzamora Zegarra, Wilver Arturo c/ Mercado Carlos Leonila s/despido", Cam.Nac. de Apel. Del Trabajo, 2009; "Soria Arce Silvio Ramón c/Vélez Ramón Alberto s/despido", Cam.Nac. de Apel. 22/12/2004; "Sanchez Almada, Eva Gricelda c/Montañó Valdes María Natalia", Cam. Nac. De Apel. Del trabajo sala IV, 26/6/13; "Davila Guevara Eglá Leonor c/Rovepe S.R.L", Cam. Nac. De Apel. Del Trabajo, Sala V, 23/4/2008; "Ferreira Maciel Gabino c/Barutta, Luis Eduardo", Cam. Nac. De Apel. De Trabajo Sala VII.

⁶⁰ Ver Res. 1 y 2 de 2013, D.N.M, disponibles en http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/residencias/Disposicion_DNM1-2_2013_Regimen.pdf

⁶¹ Disposición 979/2014, Dirección Nacional de Migraciones, Ministerio de Interior y Transporte, disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/225000-229999/229407/norma.htm>, 24 de abril de 2014.

se considera el único país receptor de migrantes que se ha comprometido internacionalmente, y es destacable que la haya ratificado luego de la sanción de la ley 25.871. Esta "nueva ley", cumple con los estándares que plantea la Convención y supera estos mínimos.

Siguiendo a Lila García, el declarar al derecho a la migración como un derecho esencial e inalienable sobre las bases de igualdad y universalidad, lo que lo hace un derecho humano, tal como lo hace la legislación Argentina desde el 2004, y *esta experiencia no encuentra correlato a nivel internacional*.⁶²

Resulta estudiada la falencia en la protección internacional del derecho a migrar. Como tal, no se encuentra reconocido sino que, peor aún, estamos lejos de un reconocimiento universal y falta que Naciones Unidas tome una postura al respecto.⁶³ Recientemente, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes de Naciones Unidas, *François Crépeau*, desde una mirada bien crítica, resalta la falta de instituciones que efectivamente velen por los derechos de los migrantes (existe la Organización Internacional de las Migraciones pero según el experto no tiene amplias competencias en su estatuto), y un *corpus* normativo que contempla el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de refugiados, derecho del trabajo con sus estándares internacionales y el derecho penal internacional –desde el tráfico y la trata de personas-, que resulta sólido pero con una *inadecuada implementación* que es lo que genera el mayor problema de la actualidad⁶⁴.

7. Reflexiones finales.

Hasta aquí he abordado un panorama de la cuestión migratoria en la Argentina desde el hoy. Como he expuesto previamente, creo que resulta indiscutible el avance legislativo que se tuvo en el 2004 con la sanción de la "nueva ley". Sin embargo, queda un gran camino por recorrer para que esta ley cuente con una aplicación acorde, sin olvidar algunas falencias de la normativa actual. Esto requiere sin duda de una política migratoria activa y que contenga el espíritu de la ley *pro-migrante*.

Será una decisión de cada gobierno el implementar esta ley correctamente o no. Considero que la mirada que se tenga del extranjero desde las instituciones resultará primordial en la aplicación de esta política migratoria. En

⁶² García, L. (21/10/2012). Estándares migratorios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho a migrar en Argentina. *Revista Derecho Público*, Año 1 Nro. 2, pág.41.

⁶³ Ídem nota 62, pág.41.

⁶⁴ ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de las personas migrantes, Res. A/68/283, 68° Sesión Asamblea General de Naciones Unidas, 7 de Agosto de 2013.

tiempos de crisis, fundamentalmente, el extranjero resulta el chivo expiatorio, el *mal de todos los problemas*.⁶⁵ En los últimos tiempos, pareciera que desde las instituciones surgieron algunas formas de referirse al migrante de manera xenófoba⁶⁶. Cuestión no menor. Sin embargo, como he desarrollado hasta aquí, el derecho internacional de los derechos humanos establece algunos estándares mínimos que han sido superados por nuestra legislación. Por otro lado, se comienza a vislumbrar alguna jurisprudencia favorable en relación a los derechos de migrantes.

Finalmente, como señala Gabriel Chausovsky, *"El derecho a migrar, entrar, salir, trasladarse es un derecho, una atribución del ser humano que le pertenece, que nadie se la da, y en la ley argentina está clarísimo. Además señala que no sólo es un derecho sino que el Estado se compromete a garantizarlo, en condiciones de igualdad y de universalidad. No hay legislación en el mundo que diga esto. Nuestra legislación cumple con lo que establece la Constitución."*⁶⁷

Bibliografía

- Normativa e Instrumentos Internacionales

Constitución Nacional 1853/1994

Ley N°817

Ley N°4114

Ley N° 7029

Ley N° 22.439

⁶⁵ Durante la década de 1990, las corrientes migratorias provenientes de países latinoamericanos y de Asia Pacífico sufrieron "duros embates periodísticos e institucionales", según Courtis y Pacecca. Se asociaba la irregularidad migratoria con comisión de delitos de distinto tipo. Ídem nota 8.

⁶⁶ En los últimos tiempos se han publicado polémicas expresiones xenófobas por parte del gobernador de la Ciudad de Buenos Aires Mauricio Macri, como ser con la ocupación del Parque Indoamericano cuando asoció a la inmigración *descontrolada* al narcotráfico y delincuencia – ver http://www.clarin.com/capital_federal/Macri-inmigracion-descontrolada-acusaciones-xenofobo_0_387561330.html, o el secretario del Ministerio de Seguridad Sergio Berni, asociando también al narcotráfico y delincuencia con los migrantes, ver- <http://votosinmigrantes.blogspot.com.ar/2012/09/extranjeros-y-delincuencia-en-argentina.html>-, o bien las recientes palabras del Senador Miguel Picchetto acerca de los inmigrantes, donde realiza expresiones contra las distintas poblaciones de origen Chino, Senegal, Bolivia, entre otras poblaciones en un reportaje periodístico- escuchar link en http://www.vorterix.com/guetap/8644/miguel_angel_picchetto, o <http://www.lanacion.com.ar/1688707-miguel-picchetto>.

⁶⁷ Entrevista realizada a Gabriel Chausovsky, noviembre de 2009, disponible en <http://www.lmneuenquen.com.ar/noticias/2009/11/16/46592.php>

Ley N° 25871

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.

ONU, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de las personas migrantes, Res. A/68/283, 68° Sesión Asamblea General de Naciones Unidas, 7 de Agosto de 2013.

Informe CMW/C/ARG/CO/1.

Res. 1 y 2 de 2013, D.N.M. disponibles en http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/residencias/Disposicion_DNM1-2_2013_Regimen.pdf

Disposición 979/2014, Dirección Nacional de Migraciones. Ministerio de Interior y Transporte. Disponible en <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/225000-229999/229407/norma.htm>, 24 de abril de 2014.

- Libros

Mármora, L. (1997) *Las políticas de Migraciones Internacionales*. Buenos Aires: OIM/Alianza Editorial.

Giustiniani, R. (2004) *"Migración: un derecho humano"*, Buenos Aires, Ed. Prometeo

- Artículos

Gabriel Chausovsky, "Irregulares e ilegales (primera parte)", disponible en <http://ningunserhumanoesilegal.blogspot.com.ar/2009/09/irregulares-e-ilegales-primera-parte.html>

Hines, B. (21/10/2012). El derecho a migrar como un derecho humano: La actual ley inmigratoria argentina. *Revista Derecho Público*, Año 1 N°2, 309-344.

Pacecca, María Inés y Corina Courtis (2008): Inmigración contemporánea en Argentina: dinámicas y políticas. *CEPAL – CELADE*, Serie: Población y Desarrollo, N° 84

Morales, D.(21/10/2012). Derechos humanos de los migrantes en la Argentina: Apuntes sobre nuevas perspectivas jurisprudenciales. *Revista Derecho Público* Año 1 Nro. 2, 29 de octubre de 2012, Pág. 345-358, disponible en

http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/dacf120162-morales-derechos_humanos_migrantes_en.htm?src=RVDPU002

Asa, P., Favilla, M.E y Morales, D.(2012) Las migraciones en las comunidades locales. El acceso a los derechos humanos y la integración social., disponible en <http://www.estadomasderechos.org/upload/files/attachment-2.pdf>

Ceriani Cernadas, P. (2011). Luces y sombras en la legislación migratoria latinoamericana. *Nueva Sociedad*, N° 233, pág. 82. Disponible en http://www.uso.org/upload/articulos/3775_1.pdf

Gabriel Chausovsky, "Irregulares e ilegales (primera parte)", disponible en <http://ningunserhumanoesilegal.blogspot.com.ar/2009/09/irregulares-e-ilegales-primera-parte.html>

García, L. (21/10/2012). Estándares migratorios en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho a migrar en Argentina. *Revista Derecho Público*, Año 1 Nro. 2, pág.41.

Courtis, Corina y María Inés Pacecca (2007): "Migración y Derechos Humanos: una aproximación crítica al "nuevo paradigma" para el tratamiento de la cuestión migratoria en Argentina". En *Revista Jurídica de Buenos Aires*.

- Jurisprudencia

Cam. Nac. de Apelaciones en lo Civil "Horen, Andrea Carolina s/ Apelación Colegio de Traductores Públicos de la Ciudad de Buenos Aires", 11/2/2011.

Cam. Nac. de Apel. Del Trabajo, "Alzamora Zegarra, Wilver Arturo c/ Mercado Carlos Leonila s/despido", 2009

Cam. Nac. De Apel. Del trabajo sala IV, "Soria Arce Silvio Ramón c/Vélez Ramón Alberto s/despido", 22/12/2004

Cam. Nac. de Apel. Del Trabajo, "Sánchez Almada, Eva Griselda c/Montaña Valdes María Natalia", 26/06/2013.

Cam. Nac. De Apel. Del Trabajo, Sala V, "Davila Guevara Eglá Leonor c/ Rovepe S.R.L", 23/4/2008

Cam. Nac. De Apel. De Trabajo Sala VII, "Ferreira Maciel Gabino c/Barutta, Luis Eduardo", 30/6/2010.

Cam. Nac. de Apelaciones en lo Civil Sala K, "Lezcano Arias Myriam c/ Escuela Argentina de Negocios s/daños y perjuicios", 8/9/2010, MJJU-M-59898-AR.

Cámara Federal de Paraná, expte. 5-17.599-20.768-2011. "Incidente de Habeas Corpus deducido por Dai Jianqing, Lin Xuehui, Xie Changuang y Zhuang Bisheng-Relacionado con los autos n°32/11 "Dirección Nacional de Migraciones s/retención de personas de nacionalidad china" del 11/6/2011.

CSJN, "R. A., D. c/ Estado Nacional", 04/09/2007, Fallo R. 350. XLI.

CSJN, "Repetto, María Inés c/Provincia de Buenos Aires, s/inconstitucionalidad", 8/11/88, Fallos 311:2272.

CSJN, "Calvo y Pesini, Rocío c/ Provincia de Córdoba s/amparo", 1998, Fallos 321:194

CSJN, "Hoof c/Provincia de Buenos Aires s/ Accion declarativa de inconstitucionalidad", 2004, Fallos 327:5118.

CSJN, "Gottschau, Evelyn c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo", 2006, Fallos 329:2986.