

**Autora: Anahí Patricia González**

**Pertenencia Institucional: IIGG/FCS/UBA/CONICET.**

**Correo electrónico: [anahipgonzalez@gmail.com](mailto:anahipgonzalez@gmail.com)**

**Ley migratoria argentina: entre el reconocimiento de derechos y el control migratorio.**

**Palabras claves:** políticas migratorias; migrantes; poder judicial; ley migratoria; derechos.

**Key words:** migratory policies; migrants; judicial power; migrations law; rights

**Resumen:**

En el contexto de la crisis económica mundial asistimos en muchos países a un proceso de cerramiento de fronteras y de endurecimiento de las políticas migratorias. En contraposición a esta perspectiva, en Argentina se ha sancionado una ley migratoria modelo en cuanto al respeto de los derechos humanos de los migrantes internacionales, sin embargo, su implementación ha tenido algunos obstáculos. Asimismo, ciertos aspectos de la ley también pueden ser problematizados. En la presente comunicación interesa analizar estas cuestiones en relación con el sistema judicial. Para ello se analizarán algunos de los resultados de Proyectos UBACYT<sup>1</sup> (IIGG/UBA) en los que he participado, así como, los producidos para mis tesis de maestría y doctoral.

**Abstract**

In the context of the economic world crisis we are present in many countries at a process of closing border and of hardening of the migratory policies. In contraposition to this perspective, in Argentina a migratory law, that respect of the human rights of the international migrants, has been sanctioned. Nevertheless, his implementation has had some

obstacles. Likewise, certain aspects of the law also can be questioned. In the present communication it is interested in analyzing these questions in relation with the judicial system. For it some of the results will be analyzed of Projects UBACYT (IIGG/UBA) in which I have informed, as well as, the produced ones for my theses of mastery and doctoral.

## **Ley migratoria argentina: entre el reconocimiento de derechos y el control migratorio.**

### **Introducción**

Las políticas migratorias pueden entenderse de un modo restringido, es decir, en relación a la regulación de los flujos migratorios, a las entradas y salidas de migrantes, a cuestiones sobre residencia, permanencia y expulsiones de las personas que llegan a una sociedad. No obstante, también refiere a las condiciones en las que los migrantes que residen en la sociedad en cuestión con-viven con los miembros que “naturalmente” pertenecen a la comunidad nacional. En nuestro país se han producido una serie de modificaciones respecto a la política que regula las cuestiones vinculadas a las migraciones. Entre las mismas deben mencionarse el “Plan Patria Grande”, la sanción de la Ley 25871, su posterior reglamentación así como, y en relación directa al tema de la presente ponencia, una serie de nuevas funciones que el sistema judicial asume consecuencia de la normativa actual. En relación a la ley 25871, la misma se pronuncia atravesada por una perspectiva de derechos humanos. Teniendo en cuenta estas dimensiones, el trabajo se estructura del siguiente modo. En primer lugar, se mencionan algunas de las diferencias principales entre la ley 25871 y la “ley Videla”, así como sus consecuencias en el reconocimiento de derechos de los extranjeros de una y otra normativa. Luego, se problematiza la posibilidad de efectivizar dichos derechos que la ley actual establece, a partir del análisis de lo manifestado por

informantes claves y de las representaciones sociales que los miembros de los miembros del sistema judicial tienen acerca de las migraciones y de los migrantes. Finalmente, se presentan algunas reflexiones finales.

Es preciso aclarar que los tramos de entrevistas citados en este trabajo responden a dos tipos: por un lado, aquellas efectuadas en el marco de mi tesis doctoral a “informantes claves” (abogados litigantes de ONGS y defensores oficiales) y, por el otro, las efectuadas a los que denomino “miembros del sistema judicial” (Secretarios, prosecretarios, fiscales, jueces, etc). Estas últimas entrevistas han sido efectuadas en el marco del Proyecto de Investigación UBACyT titulado: *“Exclusión, control social y diversidad articulando la relación entre el migrante externo y las instituciones educativa y judicial”* y que tenía como objetivo general el estudio de las representaciones sociales de las Instituciones mencionadas sobre la cuestión migratoria.

### **Reconocimiento formal de derechos.**

La “ley Videla” establecía una serie de limitaciones al reconocimiento de derechos fundamentales para los migrantes atando dicha cuestión con el status migratorio y la situación de regularidad del extranjero. De este modo, podían leerse artículos que establecían lo siguiente:

Los institutos de enseñanza media o superior, ya sean públicos o privados, nacionales, provinciales o municipales, solamente podrán admitir como alumnos, a aquellos extranjeros que acrediten, para cada curso lectivo, su calidad de "residentes permanentes" o "residentes temporarios", debidamente habilitados a tales efectos. (Art. 102)

Las instituciones hospitalarias o asistenciales, ya sean públicas, nacionales, provinciales o municipales, o las privadas, cualquiera sea la forma y estructura que tengan, 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. (art.103)

Si bien, estas medidas serán flexibilizadas a partir de decisiones discrecionales por parte de los gobiernos, muchas veces se ha aplicado <<lo que la ley manda>>. En línea con ello, Curtis (2006:192) sostiene, en relación a la “Ley Videla”, que:

...uno de los puntos más críticos de esta ley es la restricción en el goce de derechos fundamentales (civiles, económicos y sociales) para quienes se encuentran en situación irregular, en especial a través de la creación de una obligación legal de denunciar, ante la autoridad migratoria, la existencia de una persona extranjera sin permiso de residencia.

En este sentido, la ley 25871, ha implicado, un cambio de paradigma en el modo de entender a las migraciones, ahora atravesado por una perspectiva de derechos humanos. Así, se reconoce a la migración como un derecho humano<sup>2</sup>, se incluye el principio de no discriminación, el de *pro homine* y se garantiza la reunificación familiar. Asimismo, en contraposición a los artículos antes mencionados la actual ley establece que:

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. (Artículo 6)

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. (Artículo 7)

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. (Artículo 8)

Este aspecto de la ley en el que se reconocen derechos fundamentales de los extranjeros, resulta, sin duda, uno de los aspectos destacables a nivel formal ya que, como se planteará luego, no debe confundirse el aspecto normativo con el “real”. El efectivo cumplimiento de estos derechos debe remitirse a las garantías, sobre este punto volveremos más adelante. Se elimina entonces el carácter persecutorio y delatorio de la normativa anterior. Es decir, sin

soslayarse la cuestión de la regularización, ahora se insta a las autoridades no a denunciar la situación sino a asesorar al extranjero para la realización de los trámites correspondientes. Asimismo, por el acento puesto en la cuestión de la regularización, autores como Domenech sostienen que la ley actual se enmarca dentro de la perspectiva de la *governabilidad migratoria*, ello podría implicar que la centralidad de los derechos humanos adquiere un carácter ambivalente. Es decir, el reconocimiento de *los derechos humanos de los migrantes y administración efectiva y ordenada de la migración* forman parte de la misma ecuación, y para el caso de Argentina remite al objetivo de “gobernar” los flujos migratorios a partir de una “perspectiva realista”. (Domenech, 2011) que se traduce en medidas, por ejemplo de diferenciación entre migrantes provenientes de países del MERCOSUR y países EXTRAMERCOSUR, creando así una categoría de “ciudadanía” más amplia que la nacional pero a su vez estratificada entre quienes forman parte de la misma y quienes no, símil a la clasificación entre “comunitarios” y extracomunitarios de la Comunidad Europea. (Ceriani Cernadas, 2012)

“...cambió en el punto de que para los del Mercosur, vos tenés la posibilidad de no necesitar la legalización consular. Hay 3 etapas que vos necesitabas hacer en tu país que acá en Argentina ya no la tenés que hacer. Digo, que un país del Mercosur reconoce la firma con el solo sello de la Cancillería o de Relaciones Exteriores de un funcionario del país de origen, punto, antes tenías que pagar estampillas, legalizar, digo era todo como un trámite más complicado, ahí lo que tenés es está mal el trámite en sí, ahora el caso de una dominicana va a tener el mismo problema por ahí ya lo resolviste para los países del Mercosur, pero no lo resolviste para los países extra Mercosur y yo no veo forma de resolver eso porque ahí lo que te dice siempre migraciones es, yo necesito alguna constancia documental, viste, para evitar trata, porque se puede ahora las discusiones sobre trata de personas, sobre tráfico también le exigen al estado legalizar ciertos controles y eso no está mal, digo en una discusión con el estado hay razones

interesantes que justifican porque, yo le pido una partida y quiero legalizarla, o quiero que sea una situación de trato, quiero que la persona esté presente cuando lo presentan y no que le den un poder a un fulano que... ahí hay como... por eso a mí me cuesta mucho generalizar estos procesos porque si los generalizas después te pueden contestar con estos argumentos que son válidos y por ahí vas a perder, pero bueno, si beneficias solo a los del Mercosur también van a generarse algunas distinciones pero bueno, lo que vos tenés en el Mercosur es que tenés un acuerdo formal en el cual se aceptan partidas entre todos los países y bueno ya ahí hay una decisión del estado argentino, de los estados del Mercosur de validar los documentos públicos de nuestros países y con Dominicana no, y eso genera que los estados tengan que discutir, hay como otros requisitos para evitar esto de que se están distinguiendo de manera arbitraria con otros países fuera del Mercosur, ese es un punto”. (Informante clave. Abogado, Clínica Jurídica CAREF-CELS)

### **Algunos señalamientos sobre la efectividad de la ley y las garantías de su cumplimiento.**

La cuestión de la efectividad de la norma interroga sobre la relación entre el derecho y el hecho. O en términos de Ferrajoli (1999) acerca de la cuestión de “la divergencia entre “normatividad y efectividad.” El mismo autor, partiendo de la idea del derecho como “un sistema de garantías”, realiza una crítica a quienes confunden o asimilan el derecho con el hecho. A causa de esa misma confusión, “...las lagunas de garantía, o su imperfección y más aun su violación, en lugar de encontrar en la teoría un instrumento de análisis crítico, acaban siendo ignoradas y, en la práctica, de forma “realista” avaladas.” Por el contrario, plantea Ferrajoli, desde una perspectiva garantista, esas divergencias deberían ser analizadas para conjugar “normatismo” y “realismo”. (1999: 108). En relación a la actual ley migratoria abogados litigantes en casos vinculados a la misma plantean que

“...ahora tenés una buena ley entonces tu uso del sistema judicial va a ser distinto, también eso hay que tenerlo en cuenta porque vos lo que decís es: la ley me

garantiza este derecho, vos me lo tenés que dar, yo se lo voy a pedir a un juez, digo, la lógica antes era, yo litigué contra Migraciones con la vieja ley y era: “Juez la ley es inconstitucional, el decreto también, Migraciones es mala, viste era, y el Juez llegabas al último argumento y el juez decía no ya te dije que no porque la ley es ley, el decreto es decreto; entonces ahora el uso del sistema judicial es interesante por esto, ahora lo que trato es de corregir algunos problemas administrativos... es otra cosa, por ahí, como era el litigio pre ley y como puede ser el litigio post ley es un dato relevante digo. El litigio pre ley y post ley genera estas respuestas de los judiciales hoy, porque nunca tuvieron un migrante delante, nunca discutieron derecho de los migrantes, es cierto que si vos les haces una pregunta la primera reacción es “yo quiero proteger a los argentinos” pero si por ahí le agregás “pero este es un extranjero pobre”, por ahí, o por ahí reaccionan peor o (risas) o no sé”. (Director de la Clínica Jurídica, CELS/CAREF.)

“Acá, migraciones no lo hacía, porque al no estar reglamentado, supongo yo ¿no? no está escrito esto, sí en la notificación en el acta dice: tiene derecho a recurrir. Eso no iba acompañado de un soporte jurídico, por lo cual, esa sola manifestación de voluntad recursiva no cumple con estándares mínimos de garantizar el derecho a defensa. Es decir, yo te puedo dar el derecho a recurso pero, si vos no sos abogado, claramente te coloco en una situación desventajosa en cuanto a la tutela de tus derechos porque vos no sabes cómo hacerlo y tampoco te dicen dónde hacerlo, acá tenés el problema, te decían: vos podés recurrir, vos manifestabas eso y después se te vencían todos los plazos. Primero que no tenía fundamentos eso, porque el migrante no sabe como encauzarlo, y en segundo lugar, no les decían quién los podía ayudar, quién podría brindar esa asistencia gratuita que estaba ya en la ley y, en tercer lugar, al no tener medios para poder acceder a ese proceso administrativo los plazos claramente se iban a vencer y las instancias no se iban a poder agotar porque esa persona incluso cuando ya recuperaba la libertad, si no tenía un domicilio constituido en migraciones no había manera de notificarlo, bueno, todo esto nosotros lo venimos cuestionando”. (Defensor Oficial, Defensoría General de la Nación.)

Entendiendo las garantías como “... aquellos métodos, mecanismos o dispositivos que sirven para asegurar la efectividad de un derecho”, es decir, “...instrumentos para que el derecho declarado en el papel se convierta en un derecho operable, ejecutable, exigible”. (Abramovich y Courtis, 2002; Cruz Parceró, 2007 en Courtis, 2010.) se han tomado medidas desde el Estado, sobre todo, en relación al derecho migratorio propiamente dicho. Así, actualmente las funciones referentes al proceso de expulsión recaen en Fuero Contencioso Administrativo (Artículo 98, Ley 25871), al tiempo que, el Ministerio Público de Defensa (ver artículo 20 de la Constitución Nacional Argentina) asume el rol defensor. En el marco de esta obligación nueva del sistema judicial, se ha creado el 28 de noviembre de 2008, bajo la resolución DGN N° 1858/08, la Comisión del Migrante dentro del Ministerio Público de Defensa. La resolución establece que:

“...la Ley Orgánica del Ministerio Público atribuye a la Defensora General el deber de “realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos” y “promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados” y que “... en tal sentido, se advierte la necesidad de crear en el ámbito de la Secretaría Institucional de la Defensoría General de la Nación, una Comisión que promueva actividades orientadas a la defensa y protección de los derechos de los migrantes”.

Luego, en la Resolución DGN N° 569/11 se cita que el artículo 86 del decreto (616/2010) reglamentario de la ley 25.871 dispone que “*La DNM, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al MPD, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses.*” En suma, que la medida de expulsión tiene carácter suspensivo. Asimismo, se especifica cuáles son las intervenciones que se tramitará cada

dependencia del MPD ante la DNM, así asume la Defensoría Pública Oficial asume la defensa de los extranjeros ante los juzgados correspondientes. (Artículo 98)

De este modo, la Defensoría interviene en todos aquellos casos que tienen que ver con expulsiones, ya sea por alguna irregularidad administrativa como aquellas relacionadas con migrantes condenados por la comisión de algún delito penal con pena mayor a tres años. Del mismo modo, existe una subdivisión cuando el migrante opta por la revisión judicial de la orden de expulsión.

Retomando el análisis del sistema judicial y su función en esta etapa de política migratoria con “rostro humano”, el balance de quienes participan activa y cotidianamente con casos de expulsión pareciera no ser positivo. Sin desmerecer las mejoras y las posibilidades de litigar estos casos con mejores herramientas, la percepción desde quienes asumen la defensa es que los fueros competentes no toman con beneplácito esta nueva competencia. Esta situación repercute en las respuestas que los defensores están obteniendo del sistema judicial respecto a los recursos presentados. Permítaseme citar a un entrevistado de modo extenso:

“...es un proceso judicial que se tramita ante los Juzgados de Primera Instancia del Fuero Contencioso Administrativo Federal, hay una Cámara de Apelaciones, pero por un criterio de todas las Cámaras de Apelaciones no nos están habilitando la revisión en Cámara de los fallos en primera instancia porque dicen que la acción judicial del artículo 84 de la ley de migraciones es de única instancia, es un recurso directo de única instancia solo ante los jueces de primera instancia, eso nosotros lo estamos cuestionando y tenemos ya 5 casos en la Corte que, si tenemos suerte, quizás tengamos un fallo de la Corte, este año no creo, con suerte el año que viene porque se acumularon los casos y se le corrió vista a la Procuradora General para que dictamine sobre estos planteos. Nosotros a la Corte estamos llegando por el fondo de la cuestión y también por esta cuestión de revisión judicial. Esto lo estamos planteando en términos de violación del artículo

25 de la Comisión Americana de DDHH, de la tutela judicial efectiva, estamos diciendo que se está restringiendo la tutela judicial efectiva.

*-O sea ¿el planteo es por algo que dice la ley?*

- Si, por una interpretación de la ley de migraciones, que la ley no dice es recurso de última instancia, sino que dice: se tramitará ante la Justicia de Primera Instancia del Contencioso Administrativo Federal, entonces si dice primera instancia, solo primera instancia, en realidad nosotros lo hemos argumentado, decimos en los casos en los cuales hay recursos directos de única instancia suelen ser ante tribunales colegiados, ante las cámaras, porque eso te da la “seguridad” de que te lo revisan 3 jueces y no uno. En una cámara hay tres jueces, en un juzgado de primera instancia hay uno solo.

*¿... vez agotada esta instancia se agotan las demás...?*

Si, tendrías habilitada la Corte, habilitada entre comillas, nosotros frente a esta situación lo que hemos hecho es, primero, nos desayunamos en el primer caso que la Cámara iba a decir eso, porque no lo sabíamos, apelamos y la Cámara nos dijo eso, ahí fuimos a la Corte. Nosotros lo que ahora hacemos es, cuando el fallo de primera instancia es contrario a nuestro planteo, que hasta ahora siempre han sido contrarios, hasta ahora los que han fallado de fondo han sido siempre contrarios a los planteos de la Defensa o al interés del migrante, planteamos recurso extraordinario ante el juez de primera instancia y también apelamos a la cámara, ya sabemos que la Cámara nos va a decir que no, pero como sabemos que la Cámara nos va a decir que no, planteamos recurso extraordinario también en la Cámara y llegamos con 2 extraordinarios por caso a la Corte, son 5 y ahora estamos con 2 más”. (Defensor Oficial, Defensoría General de la Nación)

Uno de los datos relevantes que puede extraerse de este fragmento de la entrevista es la confirmación de aquello que un abogado del CELS manifestara cuando fuera entrevistado apenas se sancionó la ley, esto es: “*Nunca tuvieron un migrante delante*”, haciendo referencia a la novedad que implica pensar al migrante como un sujeto portador de derechos. Esta cuestión es la base del estado de derecho. Sin duda, este imaginario del migrante internacional como un sujeto al que es plausible negarle derechos básicos, explican en parte

las trabas que pueden encontrar actualmente para el reconocimiento de sus derechos, lo cual se traduce, en el caso del “derecho migratorio”, en el no respeto de las garantías de debido proceso. La ley estableció el derecho de defensa a partir del artículo 86, ahora bien, sin el acceso a la información o con órganos administrativos y judiciales que sean respetuosos de esas garantías y derechos fundamentales, la letra de la ley no se trasladará a la realidad concreta. De modo que, una vez superado el escollo del des-conocimiento por parte de los migrantes sobre qué instancia institucional debe asesorarlos en casos de irregularidad migratoria, el trayecto y la consecución de una decisión favorable para el extranjero tampoco resulta ser un camino fácil.

“A partir de la sanción de la ley, sobre todo, del decreto reglamentario ya la cuestión está canalizada a través del MPD, ya sea, de la Comisión del Migrante o la defensoría esta, más allá de esto se han hecho muchas presentaciones, nosotros tenemos, esta defensoría tiene más de 500 casos, entre administrativos y judiciales, judiciales, más o menos, tenemos 150, son muchos. Hasta ahora la recepción por parte de la justicia, digamos, la recepción favorable de los planteos ha sido te diría que casi en el menor de los casos, te diría que muy escasa, hemos tenido algunos fallos interesantes pero no de fondo. Hasta ahora los fallos de fondo, cuando me refiero a fallos de fondo, me refiero cuando ya resolvieron el planteo. Digamos, la cuestión, planteas, cuestionas la expulsión, por distintos argumentos, que ahora te voy a mencionar cuáles son los que abordamos y que nos hayan dicho que no y que si, que sí no nos han dicho nunca, hasta ahora. Estos fallos que están en la Corte, son todos casos que nos han rechazado las revisiones, en algunos casos sin entrar a revisarlos, por cuestiones formales y en otros casos si entrando al fondo, pero dando argumentos que en definitiva han resultado siempre en un rechazo del planteo, hasta ahora son 7 casos, 5 están en la Corte, 2 están en proceso de llegar a la Corte. Son 7 casos sobre este universo de 150 mas o menos, pero en general, salvo en algunas excepciones, en general, los criterios son bastante restrictivos, criterios donde... el problema es que en el derecho

administrativo hay como dogmas ya preestablecidos de que la actuación del estado se presume regular y vos tenés que probar que eso haya sido irregular o inconstitucional y en general los jueces tienden a, por lo menos, hasta ahora a salir con criterios de este tipo: no se advierte que la decisión sea arbitraria o ilegal y , en realidad, no entra al fondo del planteo. Nosotros, en general, lo que planteamos, nosotros y la Comisión del Migrante, porque tenemos planteos similares, los dos argumentos más fuertes que te otorga la ley son, que son los que permiten la dispensa de la expulsión: reunificación familiar y razones humanitarias. En general, la mayor cantidad de planteos son por cuestiones de reunificación familiar que es lo que más hay, también razones humanitarias hemos planteado y además planteamos el tema de *nebis in idem*, planteando que se trata de una sanción de naturaleza penal, que ya se lo sancionó con la condena, afectación del principio constitucional de los fines resocializadores de la pena, diciendo que si la persona ya se reinsertó, si está trabajando y no cometió un nuevo delito, en realidad, se lo está expulsando y se le está afectando todo esto, el principio de no discriminación, estos son, de algún modo, los criterios generales”.

(Defensor Oficial, Defensoría General de la Nación.)

Las dificultades que se presentan a nivel local, refieren, según los testimonios de los entrevistados, a las dificultades para aplicar en casos de expulsión, como trámite de índole administrativo, las normativas y lógica del derecho internacional de Derechos Humanos. El acto de expulsión de migrantes es un acto administrativo del estado pero que es de consecuencias fundamentales para la vida del mismo y el goce de sus derechos humanos. La expulsión forma parte- siendo una de la más extrema- de las modalidades de exclusión de la que los migrantes puede ser objeto por parte del Estado, es una posible “solución” frente al extranjero que “...socava el ordenamiento espacial del mundo... que perturba la resonancia entre la distancia física y psíquica: él está físicamente cerca mientras que espiritualmente se encuentra muy lejano. (Bauman, 1998) Es el estado el que define quienes tienen derecho a pertenecer a la comunidad nacional y, si consideramos que los motivos por los cuales la

mayoría de las personas deciden trasladarse de sus lugares de origen son económicos, la expulsión de los extranjeros no implica sólo la salida física del territorio sino también, en muchos casos, la imposibilidad de acceso a determinados derechos y condiciones de vida. Así, expulsión y el cierre de fronteras son dos modalidades de exclusión que los Estados pueden implementar para lograr la separación física con los potenciales extranjeros que pretendan formar parte de la comunidad nacional. En este marco, principios del Derecho Internacional etc. como el del derecho a la reagrupación familiar, el derecho a la igualdad y la no discriminación se encuentran con las negativas de parte del sistema judicial. Nuevamente, la lógica nacional excluyente pareciera imponerse frente a un sistema internacional de protección de derechos humanos que se rige por la idea del respeto de los derechos más allá de la pertenencia política del sujeto a un estado en particular, a una ciudadanía o como se defina desde la perspectiva de la soberanía estatal.

“Si, es cierto que es una función nueva pero tendrían que verla de esta forma también nueva, que si bien , es una revisión administrativa de un acto administrativo, una revisión judicial de un acto administrativo y las revisiones judiciales tienen alcance de los actos del estado, de bueno, en principio la legitimidad del acto estatal, bueno, correcto, pero si yo te estoy diciendo que le violaron el derecho de defensa, vos tenés que por lo menos decir, a ver dejame ver, y si bien la ley estaba vigente no había adónde acudir entonces dar alguna respuesta. Esto es lo que no ocurre. El problema es que en el contencioso la denuncia de ilegitimidad como no se agotó la instancia administrativa impiden la revisión judicial, dicen al no agotar administrativamente la acción que tenias no podes acudir a la revisión judicial. Nosotros, de hecho, citamos un fallo de la Corte que dice que agotar las instancias administrativas es un derecho del administrado no de la administración, quiere decir, si podemos evitar que un proceso llegue a la justicia agotemos esto (la instancia administrativa) pero si por una cuestión ajena al administrado no agotó, pero no agotó, no porque es un

negligente sino porque no tenía idea de cómo agotarlo tenés que hacer un acción a favor del demandante, esto parece una cuestión que no debiera tener discusión pero la tiene. Si logramos un fallo favorable de la Corte sobre lo que dijo la Cámara respecto a las revisiones administrativas, de los fallos de primera instancia y por lo menos lograremos una chance más de revisión. El caso más grave es que no revisan porque si revisan y dicen que no, me dan la chance de ir a la Corte eventualmente y bueno, quizás la Corte, como se trata de una ley federal, tengo la chance de revisar, de que la Corte me lo abra porque habría cuestión federal, que es uno de los requisitos para que la Corte abra un recurso extraordinario, pero si ni me revisas, me decís esto no se puede revisar en sede judicial, ahí claramente se viola el artículo 25 de la Corte Interamericana de DDHH, el derecho a la tutela judicial efectiva que en todos los ámbitos judiciales en todos los fueros no solo penal, es una norma general para todos los tipos de procesos, tiene que haber una revisión judicial de los actos administrativos, esto es un imperativo convencional, sino es inconstitucional, bueno, estos fallos que dicen no reviso claramente violan este derecho constitucional, esto es lo que estamos denunciando a la Corte. (Defensor Oficial, Defensoría General de la Nación)

### **La dimensión representacional.**

Una última dimensión a analizar en la presente ponencia es la de los elementos *representacionales*. Es decir, los imaginarios que pueden encontrarse en el sistema judicial sobre los migrantes, las migraciones y la política migratoria “adecuada” para nuestro país.

En términos generales, entre los entrevistados podemos evidenciar un desconocimiento por sobre la actual ley al tiempo que se considera que es necesaria una política migratoria más *ordenada, regulada, restrictiva, nacionalista*.

“Y ahí el Estado, no sé qué tendría que hacer. En realidad la política migratoria del Estado parece estar más confusa y más incierta. La verdad que no se bien para qué lado apunta el Estado. La política del Estado debería ser, por lo menos, un poco más firme, en un sentido o en otro y cumplirse. Yo creo que el país, además

de una política migratoria, tendría que tener una política estratégica bastante más grande: Población falta, pero la que hay está mal distribuida. Hay muchísimos recursos poco explotados, y encima la gente se va concentrando nada más en Buenos Aires. O sea que la inmigración, en principio, debería ser bastante bien recibida, y sin embargo no hay una estrategia para contener esa inmigración y para dar un cauce eficiente, pero bueno, es una cuestión, me parece, que todavía no está definida. Para mí, el Estado debería, desde una política de Estado, o sea... a largo plazo, que...involucra sí o sí la política migratoria. Pero bueno, por ahora parece que no pasa nada”. (Prosecretario)

“y creo que esto tiene mucho que ver también con que tenemos un estado, me parece que no es un estado nacionalista, no es un estado que proteja justamente, sus instituciones ¿no? y, obviamente, a la población argentina, un estado que no cuida el tema, no cuida el ingreso de extranjeros, no hay recaudos ni limitaciones al ingreso de extranjeros, hay otros países que te exigen una serie de, bueno, te exigen un montón de cosas para poder ingresar y por lo menos estar, ni siquiera te estoy hablando de obtener ciudadanía ni nada, la argentina no tiene la argentina es uno de los países de Sudamérica que es mucho mas light en ese sentido ¿no? pero esto es a nivel ya sea de países limítrofes y con otros países”. (Secretario)

“Totalmente, el ingreso, tiene que pedir más requisitos para que ingresen cerciorarse que vienen a trabajar, en qué condiciones van a trabajar si es que vienen de turismo, si es que vienen a quedarse, eso lo tiene que regular el estado lo tiene que regular y no lo regula, hoy en día entra cualquiera acá, y cualquiera tiene un trabajo en negro y eso es lo que regula y provoca que el Argentino este sin trabajo , porque el empleador evalúa por ahí, entre tomar a un boliviano que te cobra 10 pesos la hora en un trabajo, a lo que debería cobrar por reglamentación argentina” (Secretario)

En suma, cuando el migrante aparece estigmatizado como el causante de las problemáticas económica-sociales del país, las diferentes manifestaciones de los nativos, en este caso

miembros del sistema judicial, acerca de la gestión migratoria, implican modalidades de exclusión, entendiendo esta última como “(...) una forma de decir, de pensar y de actuar coercitiva sobre el otro. Coercitiva en términos de que es una expresión disciplinadora, regularizadora del otro. Las acciones con las cuales se excluye, no tienden solo a separar, excluir es además limitar, acotar, obstaculizar al otro, en otras palabras, es pautarle un orden”. (Cohen, 2005)

“Precisamente, porque somos los que tenemos que tener primer cobija del estado y después, por supuesto que los demás sí, pero pasa en todos lados del mundo, creo que por reciprocidad, si vas a España y te querés hacer atender en el hospital si no tenés la tarjeta social porque no pagas impuestos, que sé yo, no te van a atender y si vas a cualquier otro país, pasa lo mismo, estamos hablando de países del primer mundo, y si vas a Bolivia, Paraguay, cualquiera, va a pasar lo mismo, pero acá por ejemplo, vas a un hospital y van personas de diferentes partes de Latinoamérica a atenderse y porque es gratuito y porque y ni siquiera demuestran que viven acá, vienen directamente a... lo he visto en el Garrahan, por ejemplo, no? Gente, de todas partes, yo creo, en ese sentido, si, para recibir, creo que para tener derechos primero tenés que tener obligaciones y deberes y muchos vienen y ni tienen obligaciones como ciudadanos ni deberes entonces no pueden pretender tener los mismos derechos que nosotros”. (Fiscal 10 años en el sistema judicial.)

Actualmente, a nivel internacional, surgen discursos que igualan a los seres humanos en tanto tales y que interpelan el respeto de diversidad cultural. La actual ley se nutre y está atravesada por este tipo de perspectiva. Sin embargo, esta visión, si permanece solo en un nivel discursivo, puede colaborar en procesos que oculten desigualdades de hecho. Y esto porque la identidad nacional sigue siendo la que articula la ordenación social, a pesar que discursos igualen a todos los seres humanos sin distinción por nacionalidad.

### **Algunas reflexiones finales.**

En el mayor o menor acercamiento entre la ley y la práctica, así como las interpretaciones de la misma, se entrecruzan las cuestiones referidas a las garantías que se desarrollen desde diversas instancias estatales pero también los imaginarios- algunos más conscientes que otros- sobre las migraciones y las personas que migran. En este último aspecto, pareciera que aún pervive la idea de la que Bauman (1998) nos habla en algunos de sus escritos, acerca del pecado de “la llegada tardía” que el migrante porta como estigma.

### **Bibliografía.**

Abramovich, V., & Courtis, C. (2006). *El umbral de la ciudadanía. EL significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Ed. del Puerto.

Asa, P., & Ceriani Cernadas, P. (2010). Migrantes, derechos sociales y políticas públicas en América Latina y el Caribe: la universalidad en juego. En VVAA., *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Colombia: Siglo del Hombre.

Balibar, E. (1988). La forma nación: historia e ideología. En E. Balibar, & I. Wallerstein, *Raza, Nación y Clase* (págs. 135-167). Madrid: IEPALA.

Balibar, E. (2005). *Violencias, identidades y civilidad*. Barcelona : Gedisa.

Bauman, Z. (1998). Modernidad y ambivalencia. En J. Berian, *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Ed. Anthropos.

Bauman, Z. (1999). *La globalización. Consecuencias humanas*. Brasil: FCE.

Bauman, Z. (1999). *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. Barcelona: Gedisa.

Bauman, Z. (2005). *Comunidad: en busca de seguridad en un mundo hostil*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Bauman, Z. (2005). *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*. Buenos Aires: Paidós.

Bourdieu, P. ([2000] 2001). *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao, España: Ed. Desclée de Brouwer.

Bourdieu, P. (1993). *La miseria del mundo*. Argentina: FCE.

Ceriani Cernadas, P. (Noviembre de 2012). Apuntes críticos sobre los derechos humanos, migraciones y libre circulación de personas en el MERCOSUR. *Derechos Humanos. Reflexiones desde el sur, 1°*.

Ceriani Cernadas, P., & Fava, R. (2009). *Políticas migratorias y derechos humanos*. Buenos Aires: Ediciones de la UNLa.

Ceriani Cernadas, P., Morales, D., & Ricart, L. (2007). Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina. En V. Abramovich, A. Bovino, & , C. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. (págs. 813-882). Buenos Aires: Ed. del Puerto.

Ceriani, P., Cymment, P., & Morales, D. (s.f.). *Migración, derechos de la niñez y Asignación Universal por Hijo: las fronteras de la inclusión social*. Recuperado el 10 de agosto de 2013, de [http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa\\_2/ceriani\\_cymment\\_morales\\_mesa\\_2.pdf](http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa_2/ceriani_cymment_morales_mesa_2.pdf)

Clérico, L., Ronconi, L., & Aldao, M. (2013). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento. *Revista Direito GV, 9(1)*, 115-170.

Cohen, N. (. (2010). *Representaciones de la diversidad:trabajo, escuela y juventud*. Buenos Aires: Ediciones Cooperativas.

Domenech, E. (2011). Crónica de una "amenaza" anunciada. Inmigración e "ilegalidad": visiones de estado en la Argentina contemporánea. En L. Feldman-Bianco, C.

Rivera Sánchez, & M. Villa Martínez, *La construcción social del sujeto migrante en América Latina: prácticas, representaciones y categorías* (págs. 31-77). Quito: CLACSO.

Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Ed. Trotta.

Novick, S. (2008). *Las migraciones en América Latina : políticas, culturas y estrategias*. Buenos Aires: CLACSO.

Novick, S. (2012). Migración y políticas en Argentina: Tres leyes para un país extenso. *Revista Voces en el Fenix*(21), 1-35.

Novick, S., Oteiza, E., & Aruj, R. (1996). *Inmigración y discriminación : políticas y discursos*. Buenos Aires: Grupo Editor Universitario.

<sup>1</sup> Proyecto dirigido por Néstor Cohen, titulado: “Exclusión, control social y diversidad articulando la relación entre el migrante externo y las instituciones educativa y judicial”. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA. En el mismo me desempeñé como investigadora auxiliar y luego como becaria de investigación.

<sup>2</sup> Recordemos que la Ley Videla “(...) confirmaba que el poder ejecutivo, en el marco de la vieja ley, podía detener y expulsar y ¿qué quiere decir esto? que la autoridad migratoria puede decidir eso sin necesidad de discutir con un juez ni discutir con la propia víctima, ni con el propio extranjero acerca de la necesidad de quedarse o no. Entonces eso lo que impedía eran discusiones jurídicas sobre el tema, entonces lo único que podías hacer era un habeas corpus, que en general se resolvía en contra del extranjero y cuando vos planteabas la apelación y luego de la apelación, la Corte, al extranjero ya lo habían expulsado”. (Abogado Litigante del Área de Litigio y Defensa Legal-CELS)