

MESA 7-5
VIENTOS DE CAMBIO EN LA POLITICA
MIGRATORIA ARGENTINA

Fernando Pedro Meinero
Universidade Federal de Santa Maria -Brasil

Resumen

Los Convencionales Constituyentes argentinos de 1853 incorporaron la idea transmitida por Alberdi del fomento a la inmigración, como uno de los ejes del proyecto político a realizar, positivando de este modo aquel conocido aforismo de “gobernar es poblar”. Más de un siglo después, es sancionada la “Ley Videla”, una de las más lamentables leyes de facto que la Argentina podía heredar en su retorno a la democracia. El problema más grave que dicha normativa representaba, era el tratamiento que dispensaba a los extranjeros, considerándolos como una amenaza a la seguridad nacional y el orden público, estableciendo un mecanismo de control al margen del derecho, al tiempo que negaba el acceso a derechos fundamentales garantizados a todos los habitantes del país por la Constitución Nacional y por diversos tratados internacionales. Esta nueva ley viene a garantizar a los extranjeros un nuevo status jurídico, con el goce de derechos civiles equiparado al nacional, y la posibilidad de acceder a los servicios públicos básicos del Estado, como son la salud pública y la educación básica. Sin duda, se ha dado un gran paso hacia la consolidación del Estado de derecho en Argentina y el pleno respeto de los derechos humanos de todos sus habitantes, cumpliendo así con un proyecto de sociedad pluralista y tolerante que nunca debería haberse abandonado.

I. Introducción

Sin duda la Argentina dejó de ser aquella tierra prometida que anhelaban los inmigrantes europeos de principios del siglo pasado. Las oportunidades, que no se encontraban en Europa, hacían de nuestro país un lugar en donde era posible volver a empezar, dejando atrás el hambre y la miseria, con esperanzas renovadas. Sin embargo, la entrada de extranjeros con ánimo de radicarse en nuestro país continuó creciendo – claro que en menor medida – convirtiéndose hoy en el Estado latinoamericano que recibe la mayor cantidad de inmigrantes. (Según los datos obtenidos en el censo poblacional de 2001, el país tiene 1,5 millones de extranjeros, esto es, el 4% de la población total. De esa cantidad, el 60% proviene de países limítrofes, el 8% del resto de América Latina (principalmente Perú), el 28% de países europeos, mientras que los extranjeros provenientes de los países asiáticos (que por otra parte, es la que ha presentado el crecimiento más sostenido en los últimos años) y del resto del mundo, representan el 2%. Diario LA NACIÓN. *La Argentina, primera en el número de inmigrantes*. Disponible en http://www.lanacion.com.ar/informaciongeneral/nota.asp?nota_id=639940&origen=Premium. Sin embargo, se estima que la realidad excede en un amplio margen a las cifras oficiales, ya que muchos inmigrantes en situación irregular no participan del censo poblacional por temor a tener que responder ante la autoridad migratoria y enfrentar una posible expulsión del país.) En todo caso, de lo que podemos hablar es de una mayor movilidad migratoria, ya que es notorio también el aumento de personas que decidieron emigrar del país para escapar de la crisis económica de los últimos tiempos. De todos modos, la Argentina debía, en su ámbito interno, resolver una cuestión pendiente de hace

más de 20 años, que mereció una respuesta acorde a los ideales forjados en su Constitución.

La situación de los extranjeros pasó a través de la historia por diversas etapas. Sin embargo, siempre tuvo como común denominador la desconfianza de la comunidad política hacia ellos, lo que se tradujo en perjuicios que van desde su total desprotección jurídica como persona - reducción a la esclavitud - hasta la restricción al goce de derechos civiles que hoy consideramos fundamentales para la existencia de un Estado de Derecho. (EDMEKDJIAN, Germán. *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1994. Tomo II. p. 530) Esta situación no hace más que acompañar una condición humana, en donde el racismo y la xenofobia parecen ser rasgos propios de la especie humana, testimonios de la imposibilidad de constituirse sin excluir, desvalorizar y odiar al otro. Así “*cada sociedad se constituye con sus valores, su concepto de justicia, de lógica y de estética de tal modo que la inferioridad del otro resulta el reverso de la afirmación de la propia verdad*”. (BLANCK-CEREJIDO, Fanny. *La mirada sobre el extranjero*. In: YANKELEVICH, Pablo, BLANCK-CEREJIDO, Fanny (organizadores). *El otro, el extranjero*. Buenos Aires: Libros del Zorzal. 2003. p. 25)

Los Estados latinoamericanos, por otra parte, desde que comenzaron a organizarse como naciones independientes, precisaron valerse de la apertura de las fronteras a los inmigrantes que pretendan trabajar la tierra y enseñar las artes y las ciencias, como una herramienta fundamental para el progreso del país. Esta política no se mantuvo inmutable en la práctica, ya que la llegada de mano de obra venía acompañada de ideas revolucionarias provenientes de una Europa en constante agitación y atravesando serias crisis económicas y sociales. De este modo, luego de pasar a combatir la amenaza anarquista de los primeros años del siglo XX, los gobiernos de facto latinoamericanos tuvieron que tomar medidas para frenar el avance del comunismo. La Argentina no escapó a dicha realidad, siendo durante el gobierno de la Junta Militar liderada por el Gral. Jorge Rafael Videla, que se sancionó la Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración N° 22.439, (Sancionada y promulgada el 23/03/81 por el propio Presidente de la Junta Militar, más conocida como “Ley Videla”.) con la finalidad de poner orden al ingreso de extranjeros al país. Así, tenemos una ley que nació durante un gobierno de facto, (El llamado *Proceso de Reorganización Nacional* se inició el 24 de marzo de 1976, luego del golpe militar que depuso a la Sra. María Estela Martínez de Perón, en medio de una gran crisis económica e institucional. El gobierno quedaría a cargo de la Junta de Comandantes de las tres Fuerzas Armadas: Jorge Rafael Videla (Ejército), Eduardo Emilio Massera (Armada) y Orlando Ramón Agosti (Fuerza Aérea), con Videla ocupando el cargo de presidente. Se inicia entonces uno de los capítulos más sombríos de la historia argentina y latinoamericana, en el que el aparato estatal estuvo al servicio del “desaparecimiento” de centenares de personas, la mayoría inocentes, por ser consideradas subversivas o peligrosas al interés nacional. Finalmente, el 10 de diciembre de 1983 el Dr. Raúl Ricardo Alfonsín asume la presidencia de la Argentina luego de haber triunfado con casi el 52% de los votos en las elecciones presidenciales, realizadas el 30 de octubre de ese año.) que continuó vigente hasta enero de 2004, o sea, pasados más de 20 años de la vuelta a la democracia.

El 20 de enero de 2004 fue promulgada la Ley n° 25.871, que representa un significativo progreso en el status jurídico de los extranjeros. Pasaremos, en las próximas líneas, a analizar lo dispuesto por los tratados internacionales y los pasajes constitucionales sobre la materia. Dicho análisis previo nos proporcionará las herramientas necesarias para, en un segundo momento, determinar en qué medida la nueva ley representa un avance sobre el texto derogado.

II. Libertad de entrar, permanecer y transitar en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Antes de analizar el ordenamiento argentino, es útil dar un sobrevuelo por lo que disponen los instrumentos internacionales destinados a la protección de los Derechos Humanos, sobre todo como punto de referencia para la apreciación de los valores internos que consagra de cada Estado, en lo que hace a un ideal de libertad individual del hombre para moverse por el mundo sin restricciones. Habiendo sido sancionados en la segunda mitad del siglo XX, que ha conocido serias restricciones a la libertad de circular del individuo, ellos declaran derechos básicos independientemente de la condición de nacional o extranjero de una persona, es decir, que su naturaleza responde a la condición de la persona por ser tal y no por ser ciudadana de un Estado concreto.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, establece:

Artículo 13:

- “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.”

Principios similares a estos se observan en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966:

Artículo 12:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica) dispone

Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 puede asimismo ser restringido por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

La Convención sobre Asilo Diplomático, de 1954, dispone en su art. 2 que: "Todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega." En tanto que la Convención sobre Asilo Territorial dispone que "Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno."

Lo que se observa en estos dispositivos, es que los Estados, al tiempo que declaran una libertad de circulación y residencia, dejan bien establecido que dicho derecho se ejerce una vez ingresado en el territorio en forma legal, es decir, que el ejercicio de un derecho "humano", sin atención a la calidad de nacional del Estado que se trate, solo comienza una vez ingresado dentro del mismo Estado, cumpliendo las reglamentaciones pertinentes. Por ello, es importante señalar que estas normas son mucho más limitadas que un derecho general a cruzar fronteras internacionales o a ser admitido en el país que uno elija. Cuando se consagra la libre circulación, los únicos derechos que no pueden estar sometidos a restricciones arbitrarias son dos: por un lado, el derecho que tiene todo "nacional" de ingresar al territorio de su propio Estado; por el otro, el derecho que tiene cualquier persona de salir de cualquier Estado, es decir, de no ser retenida, que también se traduce en el deber de los Estados de proporcionar documentos de viaje. Es claro que este último derecho no es absoluto, puesto que los Estados pueden impedir la salida, por ejemplo, para hacer cumplir sanciones por delitos, el pago de impuestos, el servicio militar o la comparecencia a juicio. Pero al mismo tiempo, el derecho de abandonar un Estado, sea el de la propia nacionalidad, sea el de una diferente, es un derecho "incompleto". En un mundo de Estados con fronteras vigiladas, el ejercicio del derecho depende de la capacidad de la persona de encontrar un Estado dispuesto a admitirlo. Puesto que no existe el derecho a entrar en un país que no sea el propio, las personas que encuentran cerrada dicha puerta, o que desean abandonar su país de origen, pero no logran hallar otro Estado que los admita, no podrán ejercer su derecho a salir salvo, quizás, por medios no autorizados, puesto que al mismo tiempo estarán ingresando de manera ilegal en otro. Este último razonamiento se observa en una institución como es el asilo, tanto territorial como

diplomático, el que se considera un derecho del Estado de otorgarlo, pero no una obligación con el solicitante.

En este punto, la construcción de la soberanía de los Estados parece haberse desarrollado por caminos diferentes, para encontrarse en un mismo punto: Un camino es el de la vigencia del principio de atribución estatal de la nacionalidad para decidir y definir quién es nacional y quién es extranjero (“cada determina quienes son sus nacionales”); otro, y ligado al primero, como el principio de que todo Estado tiene el derecho soberano de controlar sus fronteras y de decidir quién puede entrar — y quién no — a su territorio. El resultado, aunque afectado por la incidencia de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, comienza a observarse como un correlativo privilegio de los nacionales, en su derecho a entrar libremente a su propio país, derecho del cual son excluidos por definición los extranjeros salvo ciertos requisitos. En esta distinción entre el derecho de los nacionales a entrar a su territorio con exclusión de los extranjeros, hay implícita una discriminación que es ampliamente considerada tan legítima como la noción de ejercicio de la soberanía de la cual se deriva.

Esta situación, que evidentemente se introduce en un debate más amplio sobre la efectividad de los Derechos Humanos frente al Estado, y que representa sin lugar a dudas una gran cuestión en los comienzos del siglo XXI. Al comparársela con las doctrinas consagradas por los padres del Derecho Internacional, entre los que se encuentra Francisco de Victoria, se observa que aquella formulación eurocéntrica y utilitarista del “ius migrationis” que no sirvió para tornar dichos derechos universales y recíprocos, en la actualidad se traduce en una postura de los países desarrollados respecto de garantizar el total control de sus fronteras, que solo ceda ante el ejercicio de un derecho opuesto por parte del ciudadano y no del extranjero. En este sentido, observa FERRAJOLI que:

“hoy, que la situación se ha invertido – que son los pueblos del tercer mundo los que se ven empujados por el hambre hacia nuestros países opulentos - la reciprocidad y la universalidad de esos derechos han sido negadas. Transformados en “derechos de ciudadanía” – exclusivos y privilegiados, en la medida en que son reservados sólo a los ciudadanos - apenas se ha tratado de tomarlos en serio y de pagar su costo. Por eso, en su efectividad internacional se juega la credibilidad, en el futuro próximo, de los “valores de Occidente”: de la igualdad, de los derechos de la persona, de la misma ciudadanía” (FERRAJOLI, El garantismo en la filosofía del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, pags. 186-187.)

III. Los Valores de la Constitución Argentina en materia migratoria.

La Constitución de la Republica Argentina hace referencia al tema en numerosas oportunidades, y en sus dispositivos pretende responder a un ideario concreto, proyectando una sociedad plural, humanista, abierta y progresista. Primeramente, el propio Preámbulo de la Carta Magna, observamos como sus objetivos:

“...constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el

bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para *todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino...*”

Ya dentro del propio texto encontramos numerosas disposiciones referentes a ciudadanos extranjeros (Así, el Preámbulo y los artículos 15 (en forma indirecta), 20, 21, 25, 75 inc. 12 y 18, 89, 116, 117, 125 y 126.). Sin embargo, analizaremos aquellos que representan verdaderos parámetros de interpretación de la política migratoria establecida en el proyecto político de la Constitución de 1853.

Así, encontramos los artículos 20 y 25, que establecen:

“Art. 20: *Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano* (Sin itálico en el original. La Constitución argentina utiliza indistintamente, en numerosas oportunidades, los términos “ciudadanía” y “nacionalidad”, “ciudadano” y “nacional”. Esto ha llevado a alguna doctrina y a cierta jurisprudencia ha sostener que, por el uso que la Constitución argentina hace de la expresión “Nación” como sinónimo de “Estado” (arts. 1º, 4º, 9º, 13, etc.), “nacional” sería aquel individuo que goza el carácter de ciudadano del Estado, por lo que ambos conceptos, para la Constitución Argentina, serían sinónimos, opinión que compartimos. En caso contrario, se llegaría al absurdo de admitir a los extranjeros el goce de derechos políticos (de los que no gozan ni siquiera muchos de los nacionales). Ver MARTINEZ DELFA, Norberto, VILOSIO, Maria Elena y PRIOTTI, Anahí. *Nacionalidad y Ciudadanía*. Rosario: UNR Editora, 1997. p. 12.); 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 conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.”

“Art. 25: 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 extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.”

Estas disposiciones responden a la filosofía que inspiró a los convencionales constituyentes de 1853. En efecto, el texto de la Carta Magna revela entre sus pasajes las ideas expuestas por Juan Bautista Alberdi en sus *Bases...* (ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*, Buenos Aires: EUDEBA, 1984. Capítulos XV, XXXI y XXXII. Resulta inevitable invocar a Juan Bautista Alberdi al tratar estos temas, por su extraordinaria percepción de que, entre nosotros, “Gobernar es poblar”. El eje conceptual de las Bases consiste en que no podía haber constitución sin población, pues no podría un desierto tener constitución. “*Qué nombre le merece a este territorio de 200.000 leguas cuadradas donde un poco más de un millón de habitantes se deslíe como una gota de carmín en el Río Paraná...(Cap.XI). Que sería entonces la constitución, sino la constitución de un desierto... la mejor constitución para la República Argentina es aquella que hace que deje de ser un desierto (Cap.XXI)*”)., en las que señalaba la necesidad de aumentar la población en América, llamando al Estado a fomentar la inmigración,

sobre todo la europea, como instrumento del desarrollo y progreso de los pueblos, sintetizado en la máxima “gobernar es poblar”.

La referencia a los “derechos civiles del ciudadano”, nos remite al texto del artículo 14 del mismo cuerpo legal, que determina el conjunto de derechos básicos de la persona. En mismo establece:

“Art. 14: Todos los *habitantes* de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.” (Sin itálico en el original.)

El resultado de la combinación de ambos dispositivos, en lo que se refiere a la condición jurídica de los extranjeros que ingresan en el territorio argentino, debe interpretarse siempre a la luz de la mencionada filosofía alberdiana. Una cuestión fundamental que se presenta a nivel de interpretación del texto constitucional es aquella que se da respecto de la divergencia de opiniones sobre si debe ser considerado *habitante* aquel extranjero que no ha ingresado cumpliendo los requisitos de la ley de migraciones, o que habiendo ingresado en forma regular pasa a tornarse irregular por contar de un permiso temporario. (No dejan de ser interesantes las opiniones de Chausovsky. Según dichos autores, el concepto de “habitante” equipara a nacionales y extranjeros, ya que no solo es habitante quien ha ingresado respetando la ley de inmigración, sino también a aquel que ha sido incorporado a nuestro medio por “habitación”, a pesar de haber violado la normativa migratoria. En este sentido “les cabe reclamar los derechos contenidos en el art. 14 de la Constitución Nacional, entre los que se encuentra el de “permanecer” y por ende no ser expulsado. Ver CHAUSOVSKY, Gabriel B. El Estado y la Expulsión de Extranjeros. In: Estado y Derecho – Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral N° 125. Santa Fe: UNL Editora. 1997.)

Es oportuno recordar que la Argentina, de los tratados relativos a Derechos Humanos que ha ratificado, dos son las que traen disposiciones concretas libertad de circulación y residencia, a saber: el artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (Aprobado según Ley 23.054. Publicación: Boletín Oficial del 27/03/1984) y los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Aprobado según Ley 23.313. Publicación: Boletín Oficial del 13/05/1986). Dichos acuerdos, a partir de la reforma constitucional de 1994, tienen jerarquía constitucional, al estar enunciados en el artículo 75 inc. 22 de la CN. (Así, el texto constitucional dispone que dichos tratados (junto con otros nueve): “...en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.”)

IV. La “Ley Videla”: la política de extranjería de la dictadura militar. (No es nuestro objetivo hacer aquí un exhaustivo análisis del texto derogado, sino sólo destacar los aspectos más sobresalientes, en lo que se refiere al respeto por derechos y garantías fundamentales de los extranjeros.)

Los antecedentes de persecución institucionalizada a extranjeros no son recientes en nuestro país. Ya desde 1902, con la sanción de la Ley de Residencia

nº 4144, (Sancionada en el año 1902, impulsada por el Senador Miguel Cané, la “Ley de Residencia nº 4144” o “Ley Cané” fue una respuesta a la situación de agitación social obrera alimentada por ideas anarquistas introducidas por inmigrantes italianos y españoles. Así, “...la expulsión de extranjeros fue un mecanismo integrante del aparato represivo de los gobiernos ante la intolerancia de la aristocracia por los intentos de las clases obreras de mejorar su situación. En aquellos tiempos, la proporción de extranjeros con relación a los nacionales era muy superior a la actual, sin embargo, se apuntó en especial a los trabajadores anarquistas cuyas ideas y capacidad de lucha pusieron en disputa la santa paz de las pampas. El número de personas que fue expulsado como consecuencia de la Ley de Residencia (en su mayoría italianos y españoles) fue muy importante, pero no lograron su objetivo oculto, aunque la presencia de activos anarquistas disminuyó. Los obreros siguieron luchando, se formaron los sindicatos, continuaron las huelgas, hubo publicaciones que denunciaban los atropellos cometidos por las autoridades.”... CHAUSOVSKY, Gabriel B. op. cit. p. 169.) la Argentina cuenta con disposiciones que han merecido las más duras críticas por parte de la comunidad jurídica. Dicha ley otorgaba al Poder Ejecutivo la facultad de expulsar del país a “...todo extranjero cuya conducta comprometa la seguridad nacional o perturbe el orden público...”, sin garantía de proceso alguna y sin control por parte del Poder Judicial. Con la ley nº 22.439 se restablece en su espíritu el régimen de la antigua 4144, sucediéndose otras leyes (La ley 4144 fue derogada por la ley 14.445 del 1/07/58, que además dejó sin efecto las expulsiones dictadas anteriormente. La ley 18.235 del 06/06/69 recrea la ley 4144, derogada años después por la ley 20509 del 27/05/73. CHAUSOVSKY, op. cit. 170.) que lo derogaban o lo restablecían, en períodos en los cuales los regímenes democráticos eran la excepción a la regla.

Entre las disposiciones más expresivas de su espíritu, encontramos el art. 95, que disponía:

“Artículo 95.- El Ministerio del Interior podrá disponer la expulsión de la República, de todo extranjero, cualquiera sea su situación de residencia, cuando: ... b. Realizarse en el país o en el exterior, actividades que afecten la paz social, la seguridad nacional o el orden público de la República.” (Sin negrita en el original.)

Ello implicaba la concesión al PE, a través de la Dirección Nacional de Migraciones, de la facultad de decretar la expulsión de un extranjero sin recurso judicial alguno. Nótese que la letra de la ley no distinguía entre los extranjeros expulsables, conforme a las categorías que preveía, (El artículo 12 fijaba las categorías de extranjeros: “Los extranjeros podrán ser admitidos, para ingresar y permanecer en la República, en las siguientes categorías: ‘residentes permanentes’, ‘residentes temporarios’ o ‘residentes transitorios’. La diferencia entre estas dos últimas categorías estaba dada por autorización con que contaban los residentes temporarios de “desarrollar, solamente durante el período de su permanencia autorizada, tareas o actividades remuneradas o lucrativas, por cuenta propia o en relación de dependencia, gozando de la protección de las leyes que rigen la materia” (art. 27). Sin embargo, se encuentran más categorías: la “residencia precaria” otorgada a los extranjeros que gestionen la regularización de su permanencia, y la condición de “asilado territorial”, cuya residencia estaba sometida a condicionamientos particulares. Estas categorías han sido, en líneas generales, mantenidas por la nueva Ley de Migraciones, aunque ésta ha aumentado la cantidad de supuestos o situaciones encuadrables en cada una de las mismas.) ya que **“todo extranjero, cualquiera sea su situación de residencia”** era pasible de dicho acto por parte del gobierno.

El control por parte de la autoridad judicial, es inexistente en el art. 95 inc. b, - que además otorgaba una amplia discrecionalidad para la determinación de las “*actividades que afectan a la paz social, la seguridad nacional o el orden público de la República*”, pero tampoco se encuentra en el resto del cuerpo normativo. Cualquier situación de ilegalidad por la que atravesase el extranjero lo hacía pasible de sufrir una orden de expulsión por parte de la Dirección de Migraciones, solamente abriendo la puerta para recursos de tipo administrativo y sin instancia

judicial posterior. (Cabe citar el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por nuestro país por ley 23.313. Establece que “*El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.*” De todos modos, la protección no es completa, ya que se deja abierta una discrecionalidad equiparable a la del art. 95 inc. b de la ley comentada, cuando en su texto deja a salvo “razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello”... Es evidente que el poder arbitrario siempre tendrá “razones imperiosas” para argumentar en estos casos. Por otra parte, debió referirse a “autoridad judicial” y no “autoridad competente”. Ver EDMKDJIAN, Germán. op. cit. p. 728.)

Buscando algún tipo de sustento legal para tal facultad de expulsión, se torna imprescindible determinar que naturaleza posee el acto de expulsión. Así, observamos que la doctrina volcada al estudio del derecho administrativo ha intentado establecer ciertos parámetros para distinguir los actos del Estado entre “actos de gobierno” y “actos de administración” y encontrándose el acto de expulsión entre los primeros, no por ello debe dejar de contar con las garantías del debido proceso legal. (El acto de gobierno se caracteriza por: a) ejecutar directa e inmediatamente una norma constitucional; b) ser un acto jurídico y tiene por objeto esencial y directo producir efectos jurídicos respecto de terceros, c) ser dictado en ejercicio de una actividad reglada y/o discrecional, pero es reglado su procedimiento y sustanciación; d) tener idéntico régimen jurídico que los actos administrativos; e) ser revisable judicialmente; ser unilateral en su estructura y en su alcance individual o particular. DROMI, Roberto José. “*Instituciones de Derecho Administrativo*”. Buenos Aires: Astrea. 1983. p. 120 y ss. Según señala el mismo autor, “*la diferencia entre los actos administrativos y los actos de gobierno es sólo a los efectos didácticos, pero ambos se rigen por los mismos principios esenciales y generan idénticas consecuencias. El régimen jurídico de estas categorías de actos en lo fundamental obedece a principios similares: se trata de una diferencia de hecho, de grado, meramente conceptual, no una diferencia de derecho, de interés jurídico*”... “*Las notas diferenciadoras del acto de gobierno con el acto administrativo, son señaladas por la diversa perspectiva teleológica de dicho actos; están en grados distintos. Los actos de gobierno son de competencia exclusiva del órgano ejecutivo y/o legislativo, no así los actos administrativos que pueden ser emitidos por cualquier órgano estatal de jerarquía constitucional o infraconstitucional: Los actos de gobierno que podemos señalar son: a) indulto; b) expulsión de extranjeros; c) prohibición de entrada de extranjeros al país; d) algunos tratados internacionales que por su naturaleza puedan o deban incidir en la esfera jurídica de los administrados*”. DROMI, Roberto José. “*Instituciones de Derecho Administrativo*”. Buenos Aires: Astrea. 1983. p. 120 y ss.) Así...

“no podrá válidamente expulsarse a un extranjero sin que previamente se le haya dado oportunidad de exponer las razones y aportar las pruebas que crea oportuno en su defensa. Es esto lo mínimo que un hombre, por su sola calidad de tal, por su calidad de persona humana, tiene derecho de exigirle a un Estado civilizado: la oportunidad de defensa, el ser oído previamente, pertenece a la llamada “justicia natural”, postulado vigente en todos los pueblos libres.” (DROMI, op. cit.)

Entendemos que el sistema configuraba una manifiesta violación de la letra misma de nuestra Constitución Nacional, pues según su artículo 18 “*es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos*”. (Constitución de la República Argentina (artículo 18). Sin itálico en el original.)

Entre otras disposiciones condenables de la antigua ley, se encuentra un verdadero “régimen de delación” contra los inmigrantes que residían en forma ilegal. Entre sus consecuencias, encontramos la imposibilidad de asistir a

establecimientos educativos o de recibir asistencia médica, so pena de verse sometidos a un proceso de expulsión al ser identificados:

“Artículo 102.- 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.”

“Artículo 103.- 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 soliciten, o a aquéllos a quienes se les prestare, asistencia o atención, que acrediten identidad y justifiquen, mediante constancia hábil, su permanencia legal en la República.”

En su artículo 104 disponía que **los funcionarios públicos en general**, al tener conocimiento de la existencia de un residente ilegal en el país, deberán cumplir con la comunicación a la autoridad migratoria.

V. La nueva Ley de Migraciones: más cerca del espíritu de nuestra Carta Magna.

La Ley 25.871, sancionada el 17 de diciembre de 2003 y promulgada el 20 enero de 2004, fue impulsada por Rubén Giustiniani, Senador nacional por la Provincia de Santa Fe, cuyo proyecto es de su autoría.

Desde sus primeras disposiciones, ya es posible observar el cambio de perspectiva que esta nueva ley representa para con la comunidad de extranjeros que residen en nuestro país, destacando que deja asentado 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”* (art. 4).

En lo que se refiere a los trámites de expulsión, éste continúa preservando la vía administrativa de revisión de las decisiones, con mayores precisiones que la ley derogada, pero abre la vía judicial como recurso alternativo, sin necesidad de recurrir como antes, a remedios extraordinarios como el amparo o el hábeas corpus. Así el artículo 74 dispone:

“Artículo 74. - Contra las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones que revistan carácter de definitivas o que impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del interesado y contra los interlocutorios de mero trámite que lesionen derechos subjetivos o un interés legítimo, **procederá la revisión en sede administrativa y judicial.**”
(Sin negrita en el original. El artículo prevé cuatro supuestos, que a nuestro entender no son taxativos, a saber: “a) *Se deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero; b) Se cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria; c) Se comine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión; d) Se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución.*”)

De este modo, el extranjero que se vea afectado en sus derechos podrá elegir continuar con la vía recursiva administrativa – a través de los recursos de

Reconsideración, Jerárquico y de Alzada – o la vía judicial directa. De cualquier modo, es importante destacar que, si se elige la vía administrativa, no fenece la vía judicial como última garantía de la protección de los derechos en juego. (Así, dispone el artículo 80. “*La elección de la vía judicial hará perder la administrativa; pero la interposición del recurso de alzada no impedirá desistirlo en cualquier estado a fin de promover la acción judicial, ni obstará a que se articule ésta una vez resuelto el recurso administrativo.*”) Además, es importante destacar que todos los recursos, administrativos o judiciales, poseen efectos suspensivos contra la medida impugnada, por lo que se mantiene el *status quo* de la persona - sobre todo en lo que se refiere a su libertad de circulación – hasta la obtención de una decisión definitiva.

Respecto de la cuestión de la denuncia de extranjeros ilegales que habíamos apuntado en el punto anterior, se ha derogado la obligación de los funcionarios públicos en general. Solo se ha mantenido respecto de los contratados con extranjeros irregulares la “*adquisición, venta o constitución de gravamen sobre bienes inmuebles, derechos o muebles registrables, o la constitución o integración de sociedades civiles o comerciales*” (artículo 57). Además, deben destacarse dos disposiciones, referentes al acceso a la educación y a la salud, respectivamente:

“Artículo 7° - 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...”

“Artículo 8° - 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...”

Así, se observa que se coloca dos derechos fundamentales, inherentes a la condición de ser humano frente al Estado, por encima de la potestad soberana de controlar que la permanencia de esas personas en el país sea regular.

VI. Consideraciones Finales

De la observancia de las puntuales reformas destacadas en las líneas precedentes, ya podemos observar que la sanción de la nueva ley representa sin lugar a dudas, en cierta medida, el pago de una deuda con la sociedad pluralista hacia donde el proyecto político de Alberdi apuntaba. Si bien estaba decididamente orientado al fomento de la inmigración proveniente del viejo continente, por otra parte, no se puede negar que la inmigración de ciudadanos de otros países siempre constituyó una característica propia de la Argentina, para formar un crisol de razas basada en la cultura del trabajo. La actual situación de desempleo y crisis que atraviesa el país no puede ser atribuida a minorías como los extranjeros, pues así se despierta sentimientos xenófobos, que si se encuentran apaciguados, no deberán despertarse en un país que pregona a los cuatro vientos una integración regional con los países vecinos.

La Argentina ha dado un gran paso hacia la consolidación de un Estado de derecho, en respeto a las minorías y conforme a los dictados de su Constitución Nacional. Resta ver los resultados en la aplicación de la nueva ley, que exigirá para su efectivo cumplimiento, una postura acorde a sus principios por parte de las autoridades, y así no dejar en letra muerta lo defendido por los constructores de nuestro país.

Bibliografía

Obras:

- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*. Buenos Aires: EUDEBA, 1984. Capítulos XXXI y XXXII. 270 p.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires: Ediar, 1998.
- CERIANI CERNADAS, Pablo, MORALES, Diego. *Ley de Migraciones: los derechos de todos*. Buenos Aires: Diario CLARÍN del 05/01/2004. Disponible en <http://old.clarin.com/diario/2004/01/05/o-02502.htm>.
- CHAUSOVSKY, Gabriel B. *El Estado y la Expulsión de Extranjeros*. In: Estado y Derecho – Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral N° 125. Santa Fe: UNL Editora. 1997.
- _____ *Expulsión de Extranjeros y Habeas Corpus*. In: “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal” Buenos Aires: Edit. Ad-Hoc – Año VI – Numero 10 A. 2000.
- COLAUTTI, Carlos Enrique, *Derechos Humanos*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 1999. 246 p.
- Constitución de la República Argentina. Sancionada en 1853 y reformada en 1994. Buenos Aires: AZ Editora. 2003.
- EDMEKDJIAN, Germán. *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1994. Tomo II. 810 p.
- MARTINEZ DELFA, Norberto, VILOSIO, Maria Elena y PRIOTTI, Anahí. *Nacionalidad y Ciudadanía*. Rosario: UNR Editora, 1997. 134 p.
- YANKELEVICH, Pablo, BLANCK-CEREJIDO, Fanny (organizadores). *El otro, el extranjero*. Buenos Aires: Libros del Zorzal. 2003. 160 p.

Periódicos:

- Diario CLARÍN: <http://www.clarin.com.ar>
- Diario LA NACIÓN: <http://www.lanacion.com.ar>

Páginas de Internet:

- Texto de la Ley 22.439
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS): <http://www.cels.org.ar/>
- Corte Suprema de la Nación Argentina: <http://www.csjn.gov.ar/>

- Dirección Nacional de Migraciones de la Argentina: <http://www.mininterior.gov.ar/migraciones/>