

Comisión 10

Título: Los términos y las categorías en la Ley de Migraciones 25871

Gabriel B. Chausovsky^(*)

1.- Preliminar

Para que quede claro el objetivo del presente trabajo se hace necesario formular precisiones en dos aspectos centrales del discurso; el primero se relaciona con el sentido asignado a las palabras, esto es así porque “las palabras no tienen otro significado que el que se les da... y es una ilusión la de que a cada palabra le corresponde un significado y sólo uno,... por lo que no puede hablarse de definiciones reales...”

Así entendido, es menester un acuerdo previo sobre el significado que les damos a las palabras claves.

En el caso la palabra que habrá de significarse es “residencia”.

El segundo aspecto tiene que ver con las clasificaciones, en la medida que: “Los juristas creen que esas clasificaciones constituyen la verdadera forma de agrupar las reglas y los fenómenos, en lugar de ver en ellas simples instrumentos para una mejor comprensión de éstos. Los fenómenos – se cree - deben acomodarse a las clasificaciones y no a la inversa.”... Sin embargo: “Las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles”.¹

Con este enfoque es que se estudiarán las denominadas “categorías migratorias”.

2.- El concepto de “residencia”

Se impone aclarar este término en la medida que es empleado en dos normas de distinta jerarquía y con diferentes propósitos, aunque, en la práctica judicial, esta dualidad de significado no resulta aceptada normalmente y, según mi parecer, conduce a equívocos que, en definitiva, resultan perjudiciales para el destinatario de la norma.

En efecto: “La Constitución Nacional en su artículo 20, en lo pertinente, señala que el extranjero obtiene la nacionalización:”residiendo dos años continuos en la Nación”.

La Ley N°346 en su artículo 2 inc. 1° reitera este concepto y el decreto 3213/84 en su

^(*)Profesor a cargo de la Cátedra “Derecho de la Extranjería”
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL
gchaus2@yahoo.com

¹ Las citas de Genaro Carrió, Notas sobre derecho y lenguaje, Ed. Abeledo-Perrot, 1968, p.66 y s.s

artículo 3.b, hace lo propio.

Todos los textos hablan, entonces, nada más que de “residencia”, así, sin otro aditamento que el carácter de “continua”.

La residencia es una situación de hecho, y en este orden de ideas ha de señalarse la distinción entre domicilio, residencia y habitación. Respecto de los cuales se ha dicho que: “la residencia es en si el substrato básico del domicilio; por eso, la residencia se convierte en domicilio cuando existe voluntad de permanecer. Así, pues, la residencia puede existir, con independencia, en el lugar del domicilio o en otro: en el primer caso la residencia es habitual, y en el segundo temporal, a diferencia de la accidental que causa la habitación. En resumen, para que la residencia se convierta en domicilio es necesario que sea habitual, bastando para ello la intención y el hecho de la realización.”²

“La residencia habitual, constituye un punto de conexión sociológico, a diferencia del domicilio, de carácter normativo. Se trata, por ende, del lugar donde el menor desarrolla sus actividades, donde está establecido, con un cierto grado de permanencia, el centro de sus afectos y vivencias...situación de hecho que supone estabilidad y permanencia...”³

La Ley N°346, reglamentaria directa del artículo 20 de la C.N., en su artículo 2°, establece los supuestos de adquisición de ciudadanía y naturalización; para el inciso 1°, basta acreditar la residencia por dos años continuos y expresar la voluntad ante el juez federal. El inciso 2° de este mismo artículo, establece los casos en que se adquiere la nacionalidad aún sin reunir el requisito de la residencia de dos años en los diferentes casos que enumera.

El Decreto 3213/84, por su parte, en el artículo 3° repite los recaudos indicados, y también enumera las causas impositivas de la concesión de la naturalización. El artículo 4° de esta norma, señala los diferentes modos de probar circunstancias vinculadas al nacimiento y a la nacionalidad de origen, y respecto de la residencia expresa textualmente: “la residencia en un país podrá acreditarse por medio de una certificación de la Dirección Nacional de Migraciones, sin perjuicio de otros medios de prueba de que pudiera disponerse”.

De lo expresado, se sigue que la prueba de la residencia no se limita a la certificación de la Dirección Nacional de Migraciones, y se admiten otros medios de prueba. Esto guarda relación lógica con el carácter fáctico del concepto residencia en estos textos.

² Código Civil, comentado, anotado y concordado, Belluscio (Director), Zannoni (Coordinador), Ed. Astrea, 1979, T.I, pág. 430

² Cám.Civil y Com. San Isidro, sala 1 en JA 2001-IV-662.

La jurisprudencia en general tiene una tendencia a no admitir otra prueba de la residencia que la emanada de la Dirección Nacional de Migraciones.⁴

Si no se admiten otros medios de prueba del hecho de la residencia, en la práctica, en muchos casos se obstaculiza e inclusive directamente se impide el ejercicio del derecho a cambiar de nacionalidad; y, además, se aparta sin justificación alguna de la directiva emanada de la Constitución con relación a este término.

Esto ocurre, aún a pesar de la doctrina y la jurisprudencia que desde hace mucho tiempo expresa: “el vocablo habitante, comprensivo tanto de los nacionales como de los extranjeros, se refiere a las personas que residen en el territorio de la República, aunque no tengan constituido precisamente un domicilio con todos los efectos legales de éste”.⁵

“No sólo es “habitante” del país quien ha ingresado en él respetando la ley de Inmigración y los decretos reglamentarios, tanto aquellos inspirados en dicha ley 817, como en la ley de residencia núm.4144; también lo es el incorporado a nuestro medio por la “habitación” que ha conseguido establecer en el territorio argentino, después de haber violado la regulación legal sobre ingreso de inmigrantes y pasajeros. No podría tal persona ser expulsada si no es recurriendo, llegado el caso, a la aplicación de la referida ley 4114, que tal como ha sido concebida repugna a nuestra ley suprema según lo hemos sostenido en anteriores estudios”⁶

Como puede advertirse con este concepto de habitante, cuya amplitud salta a la vista puesto que incluye aún a los extranjeros que han entrado irregularmente, pero que se han establecido, puede afirmarse que 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 el de “no ser expulsado”, y, en particular, el art. 20 que autoriza a pedir la naturalización luego de dos años de residencia continua en el país.

Debo señalar que, contra lo que expongo, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia opinan en sentido opuesto, expresando que: “En cuanto a la noción de residencia debe ser interpretada en el sentido de una residencia regular, que resulte de la posesión de una autorización legal para residir en forma definitiva.”⁷

Esta postura interpreta que el término “residencia” que menciona la Constitución es la residencia entendida como categoría migratoria. Aunque en ningún momento explica la razón de

⁴ Ver reseña de jurisprudencia sobre ciudadanía, por Patricia Barbado, en J.A.-1998-III- págs. 1154 y sgtes

⁵ C.S.J.N., in re: “Maciá y Gassol”, Fallos 151:211.

⁶ “Rodríguez, Eladio”, C.S.J.N., y Alberto G. Spota, “La Ley de Inmigración y las garantías constitucionales”, en J.A. 1944-I-1970

su afirmación. Esto significa que pretende convertir un supuesto de hecho en un instituto jurídico.

Las posiciones más rigurosas sólo admiten la prueba del otorgamiento de la categoría migratoria denominada “residencia permanente”, otras, más atenuadas admiten la prueba de la residencia temporaria, pero sin salirse del informe de Migraciones.⁸

Se ha sostenido, en abono del criterio estricto, que, si se admitiera que basta la residencia de hecho para el otorgamiento de la nacionalidad por naturalización, los residentes en condición migratoria irregular podrían obtener la nacionalidad argentina en un trámite más sencillo que el de la obtención de una categoría migratoria, ya que por razones de la administración migratoria, era engorroso y, a veces, decididamente imposible, regularizar la situación del migrante.

A partir de la ley 25871, este argumento carece de sustento, no sólo porque en la coyuntura se han emitido planes de regularización migratoria con el fin invocado de eliminar a su mínima expresión las situaciones de irregularidad, sino porque esta ley promueve la facilitación del trámite, respecto de cuya eficacia habremos de aguardar que la muy demorada reglamentación de la ley no traicione esos propósitos y que la autoridad administrativa migratoria sea fiel a las directivas de la nueva ley.

Por lo expuesto entiendo que el enfoque que critico es meramente voluntarista y prescinde de considerar el concepto de habitante tal como lo ha interpretado la Corte en los fallos glosados, tanto como de la posibilidad que otorga la reglamentación de probar la residencia por otros medios de prueba distintos del informe de la autoridad migratoria.

Abona mi postura, además, la anterior reglamentación de la ley 346, mediante el Decreto Nacional del 19 de diciembre de 1931 (que no está vigente) que, en su artículo 3 permitía la prueba de la residencia por información sumaria de testigos y “certificación de inmigración u otra forma fehaciente”.

Debe recordarse, por fin, que en los tiempos de la Constitución y de la promulgación de la ley 346 no existían categorías migratorias, ya que éstas comienzan a utilizarse a partir de 1965 (Decreto 4418, Reglamento Migratorio), por lo que nunca pudo estar en la intención del constituyente y el legislador la idea de vincular la residencia como fenómeno fáctico, con la categoría migratoria, cualquiera que esta fuere.

Pretendo así enfatizar la importancia de la inteligencia del sentido real del término utilizado

⁷ Ver por todos Mario J. A. Oyarzábal, *La Nacionalidad Argentina*, Ed. La Ley, 2003, p. 23 y s.s.

⁸ Así, en la causa “Grishina, Luzmila s/solicitud de carta de ciudadanía, la postura rigurosa fue sostenida por el Juzgado en lo Civil y Comercial Federal n° 6, y la atenuada por la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial Federal, que revocó la sentencia y admitió el otorgamiento de nacionalidad a una persona con residencia temporaria.(cit. en Oyarzábal, p. 24, nota 80)

por la Constitución ya que los operadores pretenden convertirse en custodios (a través de la interpretación restrictiva que critico) de una Constitución, imaginada o preferida pero que no es la vigente, en nombre de la preservación del poder soberano, y del otorgamiento de la nacionalidad por naturalización entendida como concesión graciosa del Estado, apartándose ya no sólo del texto y espíritu de la Constitución, sino de los Tratados de Derechos Fundamentales ahora incorporados a ella, según los cuales tener una nacionalidad y cambiarla constituyen derechos del individuo.⁹

Conclusión de esta primera cuestión: El concepto de residencia que mencionan la Constitución Nacional y la Ley 346, se refiere a la que adquiere de hecho una persona mediante la habitación con fines estables por el período determinado en la Constitución (dos años continuos) con independencia de la categoría migratoria que tenga una persona a los fines de la ley de migraciones.

3.- Categorías migratorias

Tal como he mencionado más arriba la existencia de las categorías migratorias resulta una creación relativamente reciente y se trata de una clasificación jurídica de naturaleza administrativa.

Para establecer en qué categoría se incluye a una persona la terminología de la administración migratoria utiliza el término “criterio”, en el sentido de juicio de apreciación resultante de una comparación entre la situación de la persona y los requisitos contenidos en cada supuesto.

Analizaré si la clasificación resulta útil, total o parcialmente, a los fines de la ley o si constituyen meramente un burocrático sistema que afecta el derecho fundamental de las personas, tal como resulta reconocido por la nueva ley 25871.

De la lectura de la ley se desprenden cinco categorías migratorias admitidas como tales, y una admitida de hecho, en la medida que, como se verá, tiene derechos reconocidos y, por ende, más allá de la ley que promueve su eliminación o su disminución, en la realidad existen.

Es que la ley no puede, por si misma, hacer desaparecer la realidad, a lo sumo la ignorará y, en todo caso, deberá cargar con las consecuencias de la omisión. En este caso no prescinde de la realidad, aunque, razonablemente, pretende cambiarla procurando la regularización de todos los extranjeros que habitan el país.

Cuando se establecen categorías se entiende que las mismas comprenderán todo el universo

⁹ Gabriel Chausovsky, Residencia y naturalización. Primeras Jornadas sobre el Régimen Jurídico de la Nacionalidad Argentina, Organización Internacional para las Migraciones, noviembre de 2002, p. 35

de casos comprendidos en la premisa, en este caso se vincula a la permanencia en el país. Ningún sistema que se considere tal puede admitir supuestos que queden fuera del mismo a fin de no caer en inconsecuencia o en falta de seriedad de la propuesta. Es por este motivo que no es posible sostener que hay casos de permanencia no contemplados.

Una última observación, la denominación de las categorías con el vocablo “residencia” es equívoca, como ya se demostró al tratar el asunto anterior y, en todo caso, un artificio verbal, pero que, lamentablemente, ha dado paso a una permanente situación de desacuerdo verbal entre los intérpretes. Recuérdese que muchos países utilizan otros sistemas para enumerar las categorías migratorias, v.gr. los Estados Unidos de Norteamérica que tiene un complejo sistema de asignación de categorías con letras y números.

Esto prueba el mero carácter verbal del término “residencia” para denominar las categorías.

Las categorías existentes son las siguientes:

- Residencia Permanente.
- Residencia Temporal.
- Residencia Transitoria.
- Residencia Precaria.
- Autorización provisoria de permanencia.
- Residencia irregular y excluidos del control de permanencia

4.- Residencia permanente

Se trata de una categoría en la que el extranjero goza de todos los derechos civiles en un pie de igualdad con el nacional y, con relación a los derechos políticos se dispone la facilitación en la participación en la vida pública y administración de las comunidades donde residan (art. 11). Este artículo no se refiere específicamente a los residentes permanentes, sino a los extranjeros, sin embargo, se trata de la categoría a la que esta norma es directamente aplicable.

Se incluye el derecho de introducción de efectos personales, artículos del hogar y automóvil libres de impuestos y contribuciones. (art. 15)

La ley contempla tres supuestos de inclusión en esta categoría, de acuerdo al art. 22:

- Tener el propósito de establecerse definitivamente obteniendo la admisión de la autoridad migratoria.

- Inmigrante pariente de ciudadano argentino nativo o por opción (cónyuge, padres o hijos).
- Hijo de argentino nativo o por opción nacido en el extranjero.

Cabe formular las siguientes apreciaciones: en el primer caso la función de la autoridad migratoria es concedente, en el último la ley expresa que, acreditada la condición, la residencia permanente “se les reconoce”, por lo que se trata de una directiva reglada respecto de la cual la administración no tiene facultad discrecional, esto es, probado el extremo señalado en la ley la residencia debe concederse sin más.

El segundo caso, según mi parecer debe incluirse en este último caso de reconocimiento; si no hay duda alguna respecto de los hijos, el caso de los padres y el cónyuge debiera recibir el mismo tratamiento, en especial ante lo establecido en el art.10 por el cual el Estado garantiza el derecho de reunificación familiar respecto de padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes.

El único requisito que la ley impone en el primer supuesto es de naturaleza subjetiva: “tener el propósito de establecerse definitivamente”. En este caso, ¿cómo se manifiesta esta voluntad?

En general la acreditación de un elemento subjetivo resulta dificultosa y se infiere mediante presunciones e indicios vinculados a la conducta del individuo que no importen incompatibilidad o contradicción entre sus actos y su declaración.

Esta cuestión no es menor y tiene íntima vinculación con el sistema instrumentado en la ley con respecto a la categoría de residentes temporarios. En efecto, se alega que la voluntad de permanecer es el resultado de la regularidad en el cumplimiento del término de residencia temporaria, sin embargo, tal conclusión aparece más como una petición de principios que como una conclusión lógica a la que se llega sin mayores dificultades.

Esto es así porque, en primer lugar, el único requisito legal es la voluntad manifestada de establecerse definitivamente; en segundo término porque la residencia temporaria es otorgado en base a “criterios” que hacen a la persona peticionante encuadrar en algunos de los supuestos que la ley contempla y que más adelante se verán. Lo cierto es que, seguramente, cualquier peticionante de residencia permanente encuadrará en algunos de los casos descriptos como temporarios, y por ello se impone establecer un claro criterio diferenciador o, en todo caso, concluir que el carácter temporario aparece como un muro obstaculizante al otorgamiento de la residencia

definitiva.

En modo alguno la ley pone como condición para obtener la residencia permanente que primero habrá de concederse la temporaria por lo que pretender que así sea es exceder la voluntad del legislador, cuya inconsecuencia no puede presumirse¹⁰, y, por ello, bien pudo condicionar la permanente a la temporaria, y no lo hizo, por lo que la administración incurrirá en extralimitación de sus atribuciones si pretende hacerlo.

La lectura de los casos mencionados para la residencia temporaria (de textura abierta como se demostrará más abajo al existir casos especiales no contemplados) abarca un universo basado en la experiencia en orden a quienes ingresan habitualmente al país con voluntad de estancia más o menos prolongada.

Pero cabe afirmar que la residencia permanente seguramente será otorgada a personas que se encuentran incluidas en las descripciones del artículo 23 por lo que, al no mediar diferencia no parece sostenerse suficientemente la distinción de estas categorías.

Es cierto que se trata de una mera manifestación de voluntad, pero poner obstáculos a esta manifestación importa, de una parte, descreer de la sinceridad de la manifestación, y, de otra, agregar requisitos que la ley no impone.

El único dato objetivo que tiene en cuenta la ley para el otorgamiento de la residencia permanente es el del parentesco tal como más arriba se ha mencionado. Acreditado el mismo se presume la voluntad de permanencia de quien pide la residencia.

Por lo demás, en los casos descriptos para otorgar la residencia temporaria, la naturaleza de los mismos permite inferir que el establecimiento tendrá definitividad, tal como más adelante se señalará.

Cabe agregar que, en esencia, no hay mayor diferencia entre los derechos y deberes de los residentes definitivos y temporarios, salvo el tiempo autorizado de permanencia, y no parece que éste sea un elemento suficiente para formular una discriminación que, en principio, carece de sentido.

5.- Residencia temporaria:

Es en esta categoría donde se percibe el conflicto con la categoría de residente permanente. En efecto, en varios de los supuestos contemplados no parece razonable

¹⁰ Ver, entre muchos, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 306:721, 307:518 y 993.

presumir la ausencia de “propósito de establecerse definitivamente” único requisito establecido en el art. 22 para la residencia permanente.

Esta afirmación es consecuencia de entender a las presunciones como aplicaciones del legislador en base a lo que generalmente ocurre. Cuando el legislador postula un supuesto alejado de este concepto formula una “ficción jurídica” cuya característica principal es la convicción que la realidad no se condice con lo legislado, pero razones superiores justifican su inclusión.

A modo de ejemplo, la imposibilidad de excusarse invocando error de derecho es una ficción jurídica en la medida que la ignorancia de la ley es moneda corriente entre las personas pero la supervivencia del sistema jurídico no puede tolerar su invocación so pena de ponerlo en absoluta crisis.

Pero la presunción se basa en lo que ordinariamente ocurre, puede admitir una prueba en contrario y cae, pero permite invertir la carga de la prueba de lo que se afirma.

Ahora bien, de los catorce criterios contenidos en el art. 23, su carácter autoriza a entender que, en principio, no vienen a quedarse. Por tanto, aquí habrá que demostrar la voluntad de permanencia.

Veamos los casos en que ello no puede postularse en principio la voluntad de permanencia, ellos son: científicos y personal especializado (inciso e), deportistas y artistas (inciso f), religiosos (inciso g), pacientes con tratamientos médicos (inciso h).

Por el contrario, la voluntad de permanencia puede presumirse en los trabajadores migrantes (inciso a), rentistas (inciso b), pensionados e inversionistas (incisos c y d), e ingresantes por razones humanitarias (inciso m).

El caso del inciso l, que es de significativa importancia, incorpora el criterio de nacionalidad de ciudadanos de países del MERCOSUR, Chile, Bolivia y Perú. No parece que su voluntad sea de estancia temporaria, sino, por el contrario permanente. Y si el argumento es de control carece de entidad para sostener su ubicación donde se ha colocado.

Los asilados y refugiados (inciso k) habrán de permanecer en el país, su salida por cese de la condición de refugiado es ajeno a la autoridad migratoria, por lo que no se justifica en modo alguno el otorgamiento de residencia temporaria, sino permanente.

Por lo demás, no se advierte el perjuicio de otorgar residencia permanente en estos dos últimos casos, ni justificación alguna que no sea un resabio del sistema policial de

control que la ley no postula.

Lo mismo cabe consignar con relación al inciso j; los estudiantes (igual que el caso de los religiosos del inciso g), podrán quedarse definitivamente o no, pero no hay otra razón que le expuesta en el párrafo anterior para restringir su estancia, por más que la ley permita renovaciones y prórrogas, fuente permanente de incursión en situaciones no queridas de irregularidad por la morosidad propia de la administración y fuente de ingresos por tasas del administrador, pero no hay razón de fondo que justifique su inclusión como temporarios.

El inciso n permite el otorgamiento de residencia temporaria en supuestos especiales no contemplados en los casos tasados. Esto revela que no se trata de una clasificación taxativa, sino enunciativa.

Como se ve la clasificación en categorías resulta razonable en parte e inútil, engorrosa e injustificada en otras. La brevedad del trabajo que me he impuesto impide profundizar en cada tema, pero la intención es presentar los cuestionamientos a fin de que, estudios posteriores, amplíen y mejoren (o critiquen u destruyan) lo que aquí se propone.

6.- Residencia transitoria:

Enumerados en el artículo 24, con limitados derechos en materia de trabajo, de acuerdo al artículo 52, constituyen una categoría heterogénea.

En primer término los turistas, quienes arriban al país por períodos más o menos breves; los pasajeros en tránsito y los tripulantes de transporte internacional. Estos casos tienen sus propias características y justifica su tratamiento por separado a fin de adecuar su estancia a las necesidades propias y a la regulación que resulta de convenios multilaterales y la practica internacional.

Los demás casos contemplados son: los académicos, quienes se someten a algún tratamiento médico, los trabajadores migrantes estacionales y el tráfico vecinal fronterizo.

Todos estos casos configuran supuestos donde no puede presumirse su voluntad de permanencia y por ello se justifica la existencia de la categoría.

Corresponde señalar que, habrá de estarse, respecto de los migrantes estacionales y, en realidad, con relación a todos los trabajadores, a las normas supranacionales y regionales en la materia, así como, en cuanto a los derechos, a la Opinión Consultiva 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que acentúa y consolida la

protección de todos los trabajadores migrantes y sus familias. No debe olvidarse la autoridad vinculante que la Corte Suprema de Justicia de la Nación le otorga a la opinión de la C.I.D.H.

En este sentido el artículo 28 de la Ley 25871 es enfático al establecer la vigencia del denominado principio “pro homine”, debiendo siempre estarse a las normas más favorables para el migrante y dejando a salvo que tal mejor trato no puede ser considerado como que se afecta el principio de igualdad de trato.

Por último, el inciso h) del artículo 24 contiene una cláusula abierta que permite otorgar residencia transitoria por parte de la Dirección de Migraciones respecto de extranjeros que invoquen razones que justifiquen un tratamiento especial.

7.- Residencia precaria: Este supuesto se encuentra mencionado en los artículos 20, 52 y 69.

En el primer caso se otorga la “precaria” mientras se sustancia el trámite administrativo de obtención de residencia permanente o temporaria, por 180 días corridos, renovables y revocables en caso de desnaturalización de los motivos tenidos en cuenta para su otorgamiento, y habilita a permanecer, salir y reingresar al territorio, trabajar y estudiar. Acoto que la revocación de la residencia precaria alegando desnaturalización es susceptible de los recursos administrativos y control judicial que la ley migratoria contempla en su Título VI.

Esto es así porque el verbo “desnaturalizar” como elemento normativo exige debida y precisa fundamentación a fin de evitar su uso arbitrario por parte del órgano autorizado.

También se otorga residencia precaria a los extranjeros a quienes se impidiere la salida del país por disposición de una autoridad judicial.

Esta categoría tiene sentido en la medida que responde a necesidades de la administración por el término que demora el trámite o por la disposición judicial, y a fin de no dejar en situación irregular al peticionante de la residencia o a quien se le ha impedido la salida del país. Esta interpretación encuentra contexto en el párrafo segundo del art. 26 de la ley.

Por último se otorga residencia precaria a quienes peticionan refugio y mientras el órgano administrativo (actualmente el CEPARE) resuelve la situación.

8.- Autorización provisoria de permanencia:

Este caso surge del art.35, cuarto párrafo respecto de quien, debiendo permanecer en las instalaciones del punto de ingreso por mediar sospecha fundada de haber indicado un motivo de ingreso distinto del real, por razones de salud e integridad física, es conveniente no mantenerlo en dichas instalaciones; aunque no significa que se considere que ha ingresado legalmente, mientras se determina el caso. Es una situación paradójica de una persona que está en el país, la regularidad o no de su ingreso está en disputa, y por razones humanitarias recibe una autorización de estancia sin otro derecho que el de no permanecer en las instalaciones de la autoridad migratoria que, vale reconocer, en muchos puntos de frontera es precaria e insalubre (aun para los agentes de la autoridad).

No cabe duda que se trata de una categoría migratoria autónoma toda vez que tiene características que no permiten encuadrarla en ninguna de las otras y que, por lo demás, es de aplicación excepcional y debe ser utilizada en forma prudente.

Por cierto que, en caso de duda debe estarse a la concesión de la autorización, dado que es consecuencia de la existencia de una “sospecha fundada” de discordancia entre lo declarado como motivo de ingreso y la voluntad real. No debe soslayarse que si media sospecha fundada ésta habrá de tener solidez a fin de evitar las retenciones por “portación de cara”, las estadías en este estado de indefinición prolongadas en el tiempo o los rechazos en frontera sin debida justificación.

9.- Residencia Irregular

Tal como se ha expuesto más arriba la irregularidad ha de considerarse una categoría migratoria que deriva de la situación fáctica consistente en la estancia de un extranjero sin contar con un encuadramiento en alguna de las categorías normativamente regladas.

No obstante, de ello no puede seguirse su inexistencia, todas las personas están en el país en alguna condición, sean nacionales o extranjeros. La ley ni promociona ni pretende que exista esta categoría, pero la reconoce tanto como que se refiere a ella, entre otros, en los artículos 53, 56, 57 y 58 de la ley.

La ley abarca el control de admisión, ingreso, permanencia y egreso de personas (art.1), y excluye solamente los supuestos contemplados en el art. 27 (en condición de reciprocidad o de acuerdo a disposiciones del Poder Ejecutivo Nacional) respecto de

diplomáticos, funcionarios consulares, representantes de Misiones Permanentes u Organismos Internacionales, incluyendo a los familiares. En realidad la norma más que excluir limita las atribuciones de la autoridad migratoria al control de documentación al ingreso o egreso y constancia del carácter. Esto es, establece una categoría migratoria de naturaleza especial quitándole a la autoridad administrativa facultades de decisión, con excepción del control mencionado, por lo que la permanencia queda sometida a reglas ajenas a las facultades de la autoridad migratoria.

Menciono este caso para que se advierta que, aún mediando un control débil, ello no constituye obstáculo en ciertos casos para la estancia de personas en el país.

Con relación a quienes se encuentran en situación migratoria irregular la ley contiene un mandato expreso, ha de procurarse la regularización de la situación, pero ello implica reconocer su existencia. Difiere esta postura de la anterior Ley “Videla” cuyo carácter policial y persecutorio estaba fuertemente acentuado en estos casos con directivas de persecución, delación y castigo.

Debe comprenderse que ha cambiado el enfoque y que, respetando la ley vigente, sólo puede tenderse a la regularización y no a la expulsión.

Pero mientras subsistan personas en condición irregular, con derechos reconocidos, la categoría migratoria que poseen no puede ignorarse.

No es este el momento de profundizar el estudio en cuanto a si ciertos derechos que son negados a los residentes irregulares resisten el análisis a la luz de los Tratados de Derechos Fundamentales y nuestra Constitución, pero no podía soslayar su mención a los fines de enfatizar su existencia y su naturaleza de categoría migratoria de hecho.

Por fin corresponde recordar que ésta es la categoría más expuesta a la xenofobia, la discriminación, la negación de derechos por el sólo hecho de ser irregular y por ello merece atención especial en la medida que habrá de evitarse su estigmatización y su utilización como chivos expiatorios de males diversos que existen en el país, como ha ocurrido fuertemente en épocas recientes y como aún subsiste ante la falta de una política coherente constante y decidida de difusión de los derechos de los extranjeros y deberes de los nacionales, de formación de quienes tienen atribuciones decisorias y educación de la población en general. (art.3, inc.g. de la ley, entre otros)

10.- Segunda conclusión

A modo de conclusión de este segundo aspecto que he tratado, creo poder afirmar que, si bien las categorías migratorias constituyen un recurso clasificatorio posible,

carecerá de eficacia en la medida que no se ajusten sus términos. En particular la dicotomía residencia permanente-temporaria.

A mi modo de ver la unificación de ambas no causará perjuicio alguno o, en todo caso, habrá que restringir la temporaria a aquellos casos en que no pueda presumirse la voluntad de permanencia.