



Sociedad Argentina de Sociología Jurídica



UNIVERSIDAD NACIONAL
DEL LITORAL
Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales

8^{vo} Congreso Nacional
de **Sociología Jurídica**
"derecho, democracia y sociedad"

Comisión 10: Aspectos jurídicos de las migraciones.

“La modulación del derecho de la extranjería por el derecho internacional de los derechos humanos. Un estudio sobre el procedimiento administrativo migratorio y su control judicial a partir de la ley 25.871” por Eva Senkman¹.

A mi maestro, Gabriel B. Chausovsky, que tanto me enseñó, y me permite experimentar la construcción del conocimiento y el grato, exigente y permanente desafío de la transmisión.

¹ Abogada, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N.L. Docente auxiliar suplente dedicación simple, Cátedra de Derecho de la Extranjería. Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la U.N.L..



El Rechoncho: "El pasaporte es la parte más noble del hombre. Un ser humano puede fabricarse en cualquier parte, de la manera más irresponsable y sin ninguna razón sensata; un pasaporte jamás. De ahí que lo reconozcan cuando es bueno, mientras el hombre puede ser todo lo bueno que quiera y, sin embargo, no ser reconocido".

El Alto: "Puede decirse que el hombre sólo es el titular mecánico de un pasaporte..." ("Diálogo de refugiados", Bertolt Brecht).

1- De una necesaria definición o aproximación al concepto de derecho de la extranjería como herramienta metodológica

Para definir derecho de la extranjería, debemos previamente conceptualizar el término extranjero.

Extranjero es toda persona que no sea nacional de un determinado Estado; el Estado a partir del reconocimiento internacional de su personalidad jurídica y del principio del derecho internacional público de autonomía y autodeterminación de los pueblos, se reserva para sí la potestad de regular el vínculo jurídico político que lo une con su población y así determinar quienes son nacionales o extranjeros.

La nacionalidad es pues un vínculo jurídico político que une al Estado con algunas de las personas que se encuentran en su territorio (los que son según la ley de ese Estado nacionales). El criterio de la *nacionalidad de origen*, es uno de los escogidos por los Estados para reconocer en los sujetos que integran su población ese vínculo jurídico político, e implica que se atribuye nacionalidad a la persona física, atendiendo, exclusivamente, al hecho de su nacimiento, independientemente de su voluntad. Asimismo, la nacionalidad de origen se sustenta en dos reglas o criterios: el *ius soli* y el *ius sanguinis*; es decir, que se es nacional por haber nacido en el territorio de un determinado Estado o por ser hijo de padres nacidos en un determinado Estado, cuando se opta por la nacionalidad de éstos últimos. La República Argentina adopta el principio de la *nacionalidad de origen*, basada en la regla del *ius solis* y, admite también, por opción del interesado, la regla del *ius sanguinis* (art. 75 inc.12 C.N. y ley 346 con sus correspondientes



reformas y reglamentaciones, siendo la última el decreto 1601/04). Hasta aquí una definición, si se quiere, positiva, esto es, de estricta legalidad.

Ahora bien, al lado de la definición positiva conviven definiciones etimológicas y construidas a partir de percepciones y/o imágenes del extranjero. Fernando Oliván², expone: “en una definición de urgencia podemos decir que el Derecho de Extranjería es aquel que resuelve las relaciones entre el Estado y el sujeto extranjero. Pero el extranjero, el súbdito de otro país, puede ser sujeto de una multitud de actos y negocios jurídicos en los que no queda afectado en absoluto por esta condición de extranjería. Por lo tanto el elemento subjetivo hay que teñirlo de un factor adicional: su condición de extranjero ha de ser determinante: ha de oponerse en toda su extensión al nacional. Aquí recibimos el apoyo de la semántica: Extranjero, Forastero, es decir extraño, de afuera (foras), distinto a los del grupo, a los que viven y se reúnen en el Foro. La etimología de este grupo de palabras es coincidente con la de Forajido, Foresta, en definitiva, nuestro ámbito idiomático localiza al extranjero entre los conceptos de salvaje y enemigo. Este es el extranjero que toma en consideración el Derecho de Extranjería, el que desde fuera, y desde el peligro del exterior, toma contacto con la Nación. Esta consideración de frontera hace que el Derecho de Extranjería se configure desde la óptica del conflicto. No es por tanto extraño que las Administraciones encargadas de administrar el Derecho de extranjería hayan sido, primero, la castrense (hasta finales del siglo pasado los salvoconductos de entrada y tránsito de los extranjeros los concedía la Autoridad militar), y en la actualidad, la policial, que acumula en la consideración general del moderno Derecho de Extranjería la principal tarea en el control de fronteras y documentación de los extranjeros”.

Las palabras de Oliván resultan útiles para componer el concepto de derecho de extranjería: destacándose un aspecto jurídico y otro político. A partir del primero, definimos al derecho de la extranjería como el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones entre el Estado, en tanto persona jurídica de derecho público, con determinados sujetos, en tanto personas físicas, cuya característica común es la de no ser nacionales de ese Estado, y que pretenden que éste declare su derecho a ingresar al territorio, a permanecer y/o a dejarlo voluntariamente. El Estado al declarar el derecho del peticionante, emite un acto administrativo denominado permiso o autorización; no se

² Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, extracto de su trabajo “El extranjero y lo nacional” disponible en Studia carande: Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas.



trata del reconocimiento del derecho, sino de su declaración - pues el reconocimiento del derecho es potestad exclusiva y excluyente del órgano legislativo, en tanto poder de policía entendido éste como poder reglamentador- que importa para el particular peticionante que el Estado levante aquellos obstáculos que impiden el ejercicio del derecho reconocido previa y positivamente.

El aspecto político del concepto se construye a partir de la interrelación entre los elementos del Estado moderno, dos de carácter externo: el pueblo y el territorio y uno de naturaleza interna: la soberanía, a su vez éste concepto comprende el de potestad y competencia. La relación entre estos elementos fundamenta y justifica la regulación de las relaciones Estado- extranjero.

2- Sobre la teoría de las modulaciones

Se le atribuye al profesor Eduardo García de Enterría³ la teoría de las modulaciones o también denominada del giro o tráfico. Su premisa básica radica en que las instituciones de derecho administrativo no necesitan tener una singularidad sustancial y total respecto de aquellas que son propias del derecho civil. De ahí entonces que en el derecho administrativo –ordenamiento propio de las administraciones públicas en cuanto sujetos- se modulan las instituciones y técnicas jurídicas generales, conforme las exigencias del desenvolvimiento de tales sujetos particulares, modulación que puede ser más o menos amplia de acuerdo con las características singulares de cada institución.

Tomando ideas de esa teoría y trasladándolas al ámbito del derecho de la extranjería, que por cierto comparte con el derecho administrativo amplios tópicos, observo que a partir de la sanción de la ley N°25.871 (promulgada de hecho el 20/01/2004) se modulan conceptos e instituciones generales otrora aplicables al mismo, verbigracia el concepto mismo de procedimiento administrativo y el principio de ejecutoriedad del acto administrativo, a partir de la exigencia impuesta no ya por los propios sujetos de la Administración sino por una causa exógena: los derechos y principios emanados del derecho internacional de los derechos humanos.

³ Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. En especial ver sus obras: "La figura del contrato administrativo", en Revista de la Administración Pública n°41 o en los Estudios en memoria de Guido Zanobini, Milán 1965.



En otros términos, puedo afirmar que hoy el derecho de la extranjería está modulado fundamentalmente por el sistema de derechos humanos y ello conlleva a enfrentarnos (operadores varios: jueces y funcionarios judiciales, funcionarios administrativos, docentes, estudiantes y habitantes⁴ en general) con una nueva realidad que impone revisar los postulados clásicos⁵ sobre los que se construyó esta particular disciplina jurídica, por cierto, muy poco difundida entre nosotros⁶.

En tal sentido, hay que reconocer que, tarde pero al fin, el Estado argentino adecuó su política migratoria, plasmada en la nueva ley de migraciones, a las normas internacionales sobre derechos humanos y ello implica también que con la misma "mora" dejó de darle la espalda a la Constitución Nacional.

En efecto, al decir del Dr. Chausovsky: "la ley 25.871 ha puesto punto final a una situación denigrante para la condición humana, como era la anterior ley de migraciones. Esto es así ya que una doble inconstitucionalidad impregnaba a la misma, de una parte el órgano emisor fue un gobierno de facto; de otra porque el contenido traicionaba los postulados de la Constitución Nacional y los textos internacionales de protección de los derechos humanos"⁷.

La actual ley de migraciones, consagra una política migratoria que se reconcilia con la política migratoria constitucional, tanto en su versión programática, liberal y de puertas abiertas pergeñada por el constituyente histórico (1853/60), cuanto con la política de derechos humanos, receptada post reforma de 1994⁸. Esta reconciliación también fue claramente expuesta a nivel

4 El término habitante en esta materia es de suma importancia por sus consecuencias inclusivas en el reparto de derechos y garantías estipulado en la Constitución Nacional. Véase, entre otros: "Maciá y Gassol", Fallos 151:211; "Sosa, Lino", marzo 23-1956, L.L. 82-362 y s.s. y "Rodríguez, Eladio", C.S.J.N., con nota laudatoria de Alberto G. Spota, "La Ley de Inmigración y las garantías constitucionales", en J.A. 1944-I-1970.

⁵ Verbigracia, el concepto de soberanía estatal, de frontera política y jurídica, de poder de policía y policía administrativa, de expulsión, entre otros.

⁶ La primera experiencia académica en la Argentina data del año 2001. Se trató de un curso de posgrado dirigido por el profesor, Dr. Gabriel B. Chausovsky, en la Facultad de Derecho de la UNL.

⁷ Chausovsky, Gabriel B. "Apuntes jurídicos sobre la nueva Ley de Migraciones", en "Migración: un derecho humano. Ley de migraciones 25.781", Rubén Giustiniani, Ed. Prometeo, Libros, Bs. As. 2004.

⁸ Que llevó a decir a Jorge Salomoni que la mencionada reforma reintrodujo en Argentina el Estado social y democrático de Derecho. Ver su trabajo "La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina" en LL 2005-IV-1350.



internacional; en efecto, la Misión Permanente de la Argentina ante Naciones Unidas, presentó una nota verbal junto a un anexo en fecha 31/08/2006 titulado: "Un cambio de paradigma: el tratamiento de la cuestión migratoria bajo la perspectiva de los derechos humanos", preparado por el Gobierno argentino como contribución al "Diálogo de Alto Nivel sobre Migración Internacional y Desarrollo", celebrado en septiembre de 2006⁹. Y en la misma sintonía, el entonces Director Nacional de Migraciones, Dr. Ricardo Rodríguez, en el Encuentro Iberoamericano sobre Migraciones y Desarrollo, celebrado en Madrid los días 18 y 19 de julio de 2006, manifestó que la ley 25.871 "constituye el andamiaje legal de la nueva política migratoria y contempla altos estándares de protección de los derechos de las personas migrantes... se trata de una norma que, basada en nuestra realidad histórica, geográfica, económica regional y reconociendo nuestra tradición de país receptor de migrantes, crea los mecanismos que posibilitan que los migrantes accedan a la regularidad migratoria"¹⁰.

La susodicha modulación implica una cualificación del derecho a migrar. En efecto, la nueva ley de migraciones califica al derecho a la migración como derecho humano, al expresar en su artículo 4º que es esencial e inalienable de la persona y que la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad. Estos principios son claves para internalizar la modulación que destaco. Es una premisa básica de la modernidad, y por tanto de la cultura occidental, la universalización de los derechos humanos; el Derecho Internacional ha ido configurando, en el ámbito universal, lo que se denomina *estándar mínimo internacional de derechos humanos* que está en permanente expansión, y del que forman parte el conjunto de normas internacionales necesarias para la salvaguarda de los derechos fundamentales del ser humano por el mero hecho de serlo. Su ámbito de protección alcanza a nacionales y extranjeros, pero son estos últimos los que se encuentran en situaciones en las que se hace más necesaria su aplicación. En tal sentido, Fernando Oliván, en un interesante trabajo¹¹, para destacar la situación de vulnerabilidad del extranjero, y la necesaria protección que reclama, utiliza el concepto "labilidad".

⁹ Documento disponible en www.oimconosur.org

¹⁰ Extracto de la ponencia presentada por el Dr. Ricardo R. Rodríguez (Director Nacional de Migraciones- Ministerio del Interior).

¹¹ Oliván, Fernando "Nacionalismo y extranjería. La labilidad del extranjero como condición de la nación", en Anales de Historia Contemporánea, 18 (2002).



La cualificación del derecho a migrar tiene, en lo que aquí interesa, las siguientes consecuencias: i) repercusión directa sobre el procedimiento administrativo migratorio; ii) trae a escena una presencia omnisciente, como es la del poder judicial y iii) un giro copernicano en la teoría del acto administrativo, su inejecutoriedad. En los párrafos que siguen desarrollaré estas consecuencias.

3- Las consecuencias de la modulación del Derecho de la Extranjería:

El procedimiento administrativo migratorio regulado en la ley N°25.871 y el control judicial

La ley 25.871 en su título VI denominado del régimen de los recursos, disciplina un procedimiento recursivo de características semejantes al previsto en el reglamento de procedimientos administrativos Decreto N° 1759/72 t.o. s/ decreto 1883/91, que puede ser caracterizado como procedimiento administrativo común (sistémico y con vocación de universalidad) aplicable, en el ámbito nacional, a toda la administración centralizada, descentralizada y entes autárquicos, con las únicas excepciones que la propia norma reglamenta (arts. 1 y 2 ley 19.549).¹²

Se trata, como anticipé, de un procedimiento con características semejantes al común, pero no idéntico y, en primer lugar, ello es así pues la ley de migraciones sólo regula un procedimiento recursivo o de impugnación más no hace lo propio con el trámite previo destinado a reglar la emanación del acto o reglamento¹³. Ante tal laguna, se debe acudir a la ley 19.549, por expresa

¹² La expresión "procedimiento administrativo común" es utilizada por el Dr. Alejandro Uslenghi, en "El procedimiento en materia de migraciones: ¿un procedimiento especial?", en AA.VV., Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires 2006, Rap, p. 617.

¹³ El término procedimiento administrativo, en sentido lato designa la forma a través de la cual se manifiesta la administración (en sentido subjetivo u orgánico y también material). Por tanto, es un concepto genérico que comprende entre sus especies: el procedimiento de emanación y de impugnación del acto administrativo. El procedimiento administrativo de emanación del acto es complejo ya que intervienen en él una pluralidad de órganos con diversas competencias (de consulta, activos, de control) –elemento heterogéneo- con una única finalidad –elemento homogéneo- que consiste en el dictado del acto en cuestión a los efectos de cumplir con el fin (interés público) normativamente previsto. El estudio del procedimiento administrativo no puede soslayar que su complejidad es sinónimo de mayor democratización.



remisión del artículo 83 de la ley 25.871 y ello tiene significativa importancia pues resulta de obligatoria aplicación el principio del debido proceso adjetivo: derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas y a una decisión fundada, previsto en el art. 1º inc. f de la ley N°19.549 que se completa con el principio de la tutela administrativa efectiva, al que la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció jerarquía constitucional.¹⁴ Con deficiente técnica legislativa la ley N°25.871 dispone en similar sentido en su artículo 86.

En segundo lugar, quisiera subrayar que el procedimiento de impugnación de determinados actos administrativos –migratorios- está previsto en el mismo *corpus* de la ley y no en un reglamento, como ocurre con el procedimiento administrativo común (cfr. reglamento de procedimientos administrativos Decreto N° 1759/72 t.o. s/ decreto 1883/91) y ello, tal como lo sugiere el profesor Uslenghi¹⁵, denota la concepción de que estos instrumentos son *garantías* y derechos de los particulares oponibles a la administración y por tanto su determinación es un resorte del legislador más que del administrador, en ejercicio de su zona de reserva. Me parece importante, en este mismo corredor de ideas, recordar que las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.¹⁶

La característica más saliente de este procedimiento de impugnación está prevista en el art. 82 ley N°25.871 que dispone: “la interposición de recursos administrativos o judiciales, en los casos previstos en el artículo 74, suspenderá la ejecución de la medida dictada hasta tanto la misma quede firme”.

El artículo 74 de la ley enumera los actos susceptibles de control en sede administrativa y judicial y ellos son: i) el acto que deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero; ii) el que cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria; iii) el que conmine a un extranjero a hacer abandono del país o decrete su expulsión y; iv) el que resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución. También hace lo propio el art. 35 -6º párrafo- que regula el

¹⁴ Cfr. Autos “Astorga Bracht, Sergio y otro v. Comfer”, publicado en boletín electrónico de RAP del 17/06/2005, con comentario laudatorio de Canosa, Armando N, www.revistarap.com.ar.

¹⁵ Op. Cit. Nota 10.

¹⁶ Salomoni, Jorge L. “El concepto actual de servicio público en la República Argentina”, quien cita a Ferrajoli, Luigi, Derechos y Garantías. La ley del más débil, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pág., 25.



rechazo en frontera y el artículo 70 -4^o párrafo- que exige autorización judicial para disponer la retención del extranjero al único efecto de hacer efectiva su expulsión (autorización que conlleva necesariamente control judicial previo). En conclusión, el control judicial previsto en la ley abarca los siguientes supuestos: art. 74 y 35 -6^o párrafo- por interposición de recursos administrativos y /o judiciales; y por comunicación de la D.N.M. art. 61 y 70 -1^o y 5^o párrafo-.

Más allá de la imprecisión terminológica del susodicho artículo 74 pues debió utilizar el término genérico "control" y no "revisión" pues éste es un medio específico de impugnación (artículo 90), lo cierto es que los casos enumerados del i al iii del artículo bajo estudio, como así también los supuestos del art. 35 -6^o párrafo- y 70 -4^o párrafo-, colocan en crisis el derecho consagrado en el artículo 4^o de la ley, desde que alguna de las modalidades del "*ius migrandi*" se ve restringida. Y aquí me detengo para realizar algunas consideraciones.

El *ius migrandi* es el derecho de toda persona a circular libremente y a establecerse pacíficamente en territorios ajenos a su propio Estado.¹⁷ Inmanuel Kant, en el año 1795, en su obra Sobre la Paz Perpetua, escribió: "Hospitalidad significa aquí el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por el hecho de haber llegado al territorio de otro.... derecho de visitante, que a todos los hombres asiste: el derecho a presentarse en una sociedad. Fúndase este derecho en la común posesión de la superficie de la tierra; los hombres no pueden diseminarse hasta el infinito por el globo, cuya superficie es limitada, y, por tanto, deben tolerar mutuamente su presencia, ya que originariamente nadie tiene mejor derecho que otro a estar en determinado lugar del planeta".¹⁸

El *ius migrandi*, como derecho humano, comprende: el derecho a no migrar (es por ello que las migraciones forzadas inciden negativamente sobre este derecho) y el derecho a emigrar, éste último supone que cualquier persona debe poder circular de forma voluntaria y libre por todo el planeta; el derecho a establecerse pacíficamente en cualquier Estado y el derecho a retornar a su

¹⁷ Así lo señala Ángel Chueca Sancho en "Ius migrandi y el derecho humano al desarrollo", conferencia pronunciada en las Jornadas sobre Co-desarrollo y migraciones. El papel de la cooperación, realizadas por el instituto de Estudios para la Paz (www.universidadabierta.org) en noviembre de 2006. Véase Eikasía. Revista de Filosofía, II8 (enero 2007) (www.revistadefilosofia.org).

¹⁸ Inmanuel Kant, "La paz perpetua. Sección segunda: tercer artículo definitivo de la paz perpetua: El derecho de ciudadanía mundial debe limitarse a las condiciones de una universal hospitalidad" [traducción de F. Rivera Pastor] disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (www.cervantesvirtual.com).



propio Estado. A su vez cada una de estas modalidades del derecho analizado requiere complementarse con otros derechos: el derecho a un determinado nivel de desarrollo social/laboral/económico para evitar la migración forzada; el derecho a la documentación que permite la regularidad migratoria y con ello el acceso a mayor cantidad de bienes y derechos reconocidos al migrante. En este aspecto debemos advertir que la Argentina reconoce un trato al extranjero que es poco usual en el resto de las administraciones mundiales; la Constitución Argentina, se dijo, es una de las más generosas del mundo a la hora de reconocer derechos a los extranjeros y, en igual sintonía, se vino a colocar la ley N°25.871.

El *ius migrandi* es reconocido en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional: art. 75 inc. 22, 2º párrafo, C.N. (art. 13.1 y 2 Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 22.1.2 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12.1.2.4 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5 i) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial), pero está subordinado a que la persona se *halle legalmente* en el territorio del Estado, de manera tal que el extranjero que no lo esté encuentra limitado el reconocimiento de su derecho. Aquí, entonces, cabe hacer jugar el principio *pro homine*¹⁹, criterio hermenéutico según el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes, y estarse a la regulación del *ius migrandi* prevista en Constitución Nacional (preámbulo, arts. 14, 15, 16, 20, 25, 28 y 31 CN). Igualmente, intereso recordar que la regulación prevista en los textos internacionales no deroga artículo alguno de la primera parte de la Constitución, por lo tanto apelando a esta especificación del constituyente también cabe concluir que prima el *ius migrandi* de texto constitucional.

Que retomando entonces el análisis del art. 82 de la ley de migraciones, se advierte que la suspensión de los efectos de los actos migratorios que inciden en el *ius migrandi* encuentra su razón de ser en la naturaleza misma de ese derecho. En este sentido es que se justifica la excepción al

¹⁹ Pinto, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en obra colectiva, coordinada por M. Abregún y C. Courtis, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Bs. As., Ed. del Puerto SRL, 1997, pág. 163).



principio de ejecutoriedad del acto administrativo y se revela que el legislador ha sido coherente con la política migratoria que diseñó en la propia ley. Carecería de lógica y por tanto importaría un vicio grave para el sistema, que por una parte se declare que el derecho a migrar es esencial e inalienable de la persona y que el Estado lo garantiza y, por otra parte, que frente a situaciones en que se coloca en crisis el derecho, quede vigente y con plena operatividad el artículo 12 de la ley N°19.549.

Quisiera destacar que la coherencia que señalo, consecuencia del juego armónico de los arts. 82, 61, 70, 74, y 4 de la ley N°25.871, en forma alguna implica desconocer la atribución del Estado para reglar el ingreso y egreso de las personas en su territorio y, por consiguiente, para regular la expulsión, en términos jurídicos y políticos, como acto administrativo y como manifestación de su soberanía, respectivamente. Es reconocida la doctrina de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en este aspecto que establece: "La Nación tiene derecho a regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida en que, con arreglo a preceptos constitucionales, lo requiera el bien común en cada circunstancia, y ello no es incompatible con las garantías individuales consagradas por la ley suprema" (Fallos: 200:99 y sus citas y Fallos: 313:101, entre muchos otros).

En materia migratoria, y en especial de políticas migratorias, se suele destacar que conviven enfrentados los intereses estatales y de los migrantes; los primeros, en tanto poder de policía y ejercicio de policía, y los segundos, en tanto ejercicio concreto del *ius migrandi* y que ese enfrentamiento se traduce en tensiones más o menos profundas, pero que invariablemente conllevan a estudiar y analizar el fenómeno migratorio desde la óptica del conflicto o del problema. Sin embargo, estimo que es posible superar este enfrentamiento de intereses mediante el diagrama de políticas migratorias que los concilien y para ello hay que partir de un presupuesto básico, la inexistencia de derechos absolutos, pues es indiscutible que cualquier derecho tiene límites; sin embargo los límites no pueden llegar a significar la negación o desconocimiento del derecho mismo (art. 28 C.N.). No se me escapa la dificultad que términos teóricos y prácticos implica definir todos y cada uno de los posibles límites del *ius migrandi* y que, asimismo, la limitación de tal derecho conformará un derecho de la extranjería más o menos fuerte. Pero en todo caso, de lo que sí estoy persuadida es que la limitación no puede tener más barreras que los propios derechos humanos, a los que de ninguna manera cabe renunciar ni aún en aras de una deseable y pacífica convivencia.



4- Conclusión

Las palabras del párrafo que antecede nos conducen al inicio de estas páginas, el derecho de la extranjería en Argentina está modulado por el *estándar mínimo internacional de derechos humanos* que, en lo que aquí interesa, comprende el derecho al debido proceso administrativo "tutela administrativa efectiva" y control judicial suficiente.

Si partimos de la premisa que obliga al Estado a desarrollar e implementar acciones positivas que tiendan a reducir la diferencia y distancia estructural que en los hechos separan a los seres humanos (art. 75 inc. 23 CN), podemos concluir que dentro de esas acciones positivas está el deber del Estado de organizar aquellas estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Justamente la organización de esas estructuras requiere, como previo, remover los obstáculos que pudieran existir para que los sujetos extranjeros disfruten efectivamente de los derechos que les reconoce la Constitución.

La declaración o el reconocimiento positivo de los derechos de nada sirve si no se coloca a disposición de sus destinatarios las herramientas "garantías" necesarias para su disfrute. El garantismo de un sistema jurídico, en todos los casos, es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos.²⁰

La tarea estatal no está cumplida con la declaración e implementación de una determinada política migratoria, de características programáticas y explícitas²¹, que como se dijo al inicio, en hora buena, se reconcilia con la Constitución Nacional. Tengo para mí, que el mayor déficit del sistema anida en la imagen o percepción que del fenómeno de la extranjería, tienen los diversos actores sociales, entre ellos los operadores primarios del sistema (la administración migratoria y la magistratura). Considero que coexiste junto a la política migratoria programática declarada por la

²⁰ Op. Cit. Nota 16.

²¹ Sobre la clasificación y conceptualización de las políticas migratorias ver: Mármora. Lelio "Las políticas de migraciones internacionales", Ed. O.I.M. -Paidós, Bs. As. 2002.



Argentina, a partir de la sanción de la ley N°25.871, una política implícita que se alimenta de estas percepciones o imágenes negativas del “otro” del “extranjero”.

Pues bien, la principal tarea ahora que nos toca es la de tratar de reflexionar sobre esa imagen o percepción negativa para complementar el estudio del derecho de la extranjería. Es impensable abordar el análisis de esta disciplina sin reparar en la necesaria interdisciplinariedad de sus conceptos y categorías.

Por eso es que finalizo desde la literatura con la siguiente reflexión: “...Cómo se puede nacer en el exilio? Es inaudito pensar que miles, millones de humanos en el mundo consideren que han nacido en el exilio... Por la diferencia de sus apellidos en otra inserción geográfica, y a través de sus nombres incongruentes, actualizan el vínculo con una tierra de la que han sido desalojados. Sus contemporáneos, su entorno, los habitantes de sus países de adopción, los designan como extranjeros o alógenos y aquellos que permanecieron en el viejo país, mantienen hacia ellos una enorme suspicacia. No son enmarcados. Literalmente están fuera del marco, de contexto, fuera de las normas, en un intervalo en el que se exige de esos casi autóctonos pruebas desmedidas de extremo apego hacia quienes al mismo tiempo los rechazan....”²².

Todos somos extranjeros pues solo dejamos de ser “otros” en el minúsculo espacio de nuestra gran nación.

Bibliografía

- 1- CARRILLO, SANTIAGO R.: “El procedimiento migratorio y su control judicial en la ley 25.871. Adecuación del derecho interno a los estándares internacionales” LL Suplemento Administrativo 2007 (marzo) 35.
- 2- CHAUSOVSKY, GABRIEL B.: “Apuntes jurídicos sobre la nueva Ley de Migraciones”, en “Migración: un derecho humano. Ley de migraciones 25.781”, Rubén Giustiniani, Ed. Prometeo, Libros, Bs. As. 2004.

²² Hassoun, Jacques: “Los contrabandistas de la memoria, Entre ‘sin patria y exceso de patria’ ”, Ed. La Flor.



- 3- CHUECA SANCHO, ANGEL: "Ius migrandi y el derecho humano al desarrollo", conferencia pronunciada en las Jornadas sobre Codesarrollo y migraciones. El papel de la cooperación, realizadas por el instituto de Estudios para la Paz (www.universidadabierta.org) en noviembre de 2006. Véase Eikasia. Revista de Filosofía, II8 (enero 2007) (www.revistadefilosofia.org).
- 4- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: "La figura del contrato administrativo", en Revista de la Administración Pública n°41 y en los Estudios en memoria de Guido Zanolini, Milán 1965.
- 5- HASSOUN, JACQUES: "Los contrabandistas de la memoria, Entre 'sin patria y exceso de patria' ", Ed. De La Flor.
- 6- KANT, INMANUEL: "La paz perpetua. Sección segunda: tercer artículo definitivo de la paz perpetua: El derecho de ciudadanía mundial debe limitarse a las condiciones de una universal hospitalidad" [traducción de F. Rivera Pastor] disponible en Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes (www.cervantesvirtual.com).
- 7- MÁRMORA, LELIO: "Las políticas de migraciones internacionales", Ed. O.I.M. -Paidós, Bs. As. 2002.
- 8- OLIVÁN, FERNANDO: "Nacionalismo y extranjería. La labilidad del extranjero como condición de la nación", en Anales de Historia Contemporánea, 18 (2002) y "El extranjero y lo nacional" disponible en Studia carande: Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas.
- 9- PINTO, MÓNICA: "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en obra colectiva, coordinada por M. Abregún y C. Courtis, "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Bs. As., ed. del Puerto SRL, 1997, pág. 163).
- 10- SALOMONI, JORGE: "La responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina" en LL 2005-IV-1350 y "El concepto actual de servicio público en la República Argentina".
- 11- SPOTA, ALBERTO G.: "La Ley de Inmigración y las garantías constitucionales", en J.A. 1944-I-1970.



- 12- TRILLO, JOSÉ M.: "Un importante avance en el régimen que regula la nacionalidad argentina por opción: la sanción del decreto 1601/2004". ED 211-839.
- 13- URRUTIGOITY, JAVIER: "El principio de tutela administrativa efectiva" LL 2005-IV- 1381.
- 14- USLENGHI, ALEJANDRO: "El procedimiento en materia de migraciones: ¿un procedimiento especial?, en AA.VV., Cuestiones de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires 2006, Rap, p. 617.