



Facultad de Derecho y
Ciencias Sociales
Universidad
Nacional
de Córdoba



1613 - 2013
400
AÑOS



Sociedad
Argentina de
Sociología
Jurídica

XIV CONGRESO NACIONAL Y IV LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA
“Conflictos sociales y confrontaciones de derechos en América Latina”
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-UNC - Sociedad Argentina de Sociología
Jurídica
Córdoba, 17, 18 y 19 de octubre de 2013

MIGRACIÓN: CIUDADANÍAS JERARQUIZADAS E INCLUSIÓN
DIFERENCIAL*

Silvana Begala
Universidad Nacional de Córdoba
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
silvana.begala@gmail.com

Comisión N° 7: Derechos Humanos, discriminaciones y conflictos sociales

Resumen

El trabajo muestra la tensión entre la consagración de la migración como derecho humano operada en el sistema jurídico argentino y el reconocimiento diferencial de derechos entre las personas nacidas en Argentina y las que nacieron en el territorio de otro Estado. Más allá de esta consagración y las generosas equiparaciones entre nacionales y extranjeros de la Constitución Nacional, las normas de menor rango estructuran ciudadanía jerarquizadas. El análisis de las ciudadanía diferenciales es el punto central del trabajo y las normas se presentan como indicadores que evidencian la irrealidad del “cambio de paradigma” en la política migratoria argentina. El trabajo aborda la temática desde una perspectiva socio-jurídica entendiendo las normas como producto social y político y los efectos que produce en la construcción de ciudadanía.

Palabras claves

Migraciones, Ciudadanía, migrantes, ciudadanía diferenciales, Ley N° 25.871

MIGRATION: DIFFERENTIAL INCLUSION & HIERARCHIZED CITIZENSHIP IN ARGENTINA

By Silvana Begala

This work aims to reflect on the tension between the recognition of migration as a human right, as given under Argentina’s legal system and the acknowledgement of different rights between those individuals born in Argentina and those born in some other foreign country and/or territory. Beyond this recognition and the vast equating between nationals and foreigners set in the nation’s Constitution, rank regulations of lower rank structuring hierarchized citizenships. The analysis of the latter is the core of

*1 Agradezco la guía y el estímulo para la reflexión en torno al tema tratado en este artículo a los profesores de la *Primera Escuela Internacional de Posgrado MIGRARED “Metodologías y prácticas de investigación sobre migraciones internacionales: contribuciones desde América Latina”* desarrollada en diciembre de 2012 en Antigua Guatemala, por el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO), el Centro de Altos Estudios Universitarios de la OEI (CAEU/OEI) y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de Ecuador (FLACSO Ecuador), con el apoyo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID).

the present work, and regulations stand as indicators portraying the unreality of the “change in paradigm” as to Argentina’s migratory policy. A socio-legal stance is hereby

Trabajo de enunciación de aquello que, hasta que sea enunciado (y aun después de que sea enunciado), era y todavía es impensable, de lo que no tiene nombre para ser nombrado, en especial en el lenguaje político [...] que un inmigrante (un “no nacional”) puede existir, puede darse derecho de existir en el país de inmigración al mismo título y según el mismo principio o en las mismas condiciones que el nacional de ese país.
(Sayad, 2008:111)

Introducción

La consagración legal de la migración como derecho humano, operada en el sistema jurídico argentino tiene casi una década de efectivización y convive con el reconocimiento diferencial de derechos entre las personas nacidas en el territorio² argentino y las que nacieron en el territorio de otro Estado nación.

Más allá de las generosas equiparaciones entre nacionales y extranjeros que realiza la Constitución Nacional (CN)³, las normas de menor rango estructuran ciudadanía jerarquizadas entre las personas. Por este motivo la ciudadanía⁴, entendida como el reconocimiento de derechos y las posibilidades concretas de acceso a su ejercicio, es un ámbito de interés para analizar la relación entre el Estado nación y las potencialidades y límites para el desarrollo de la vida de los migrantes.

Las políticas públicas de los Estados referidas a las migraciones están interpeladas por el hecho de que la realidad donde el Estado y la movilidad de las personas se encuentran es una realidad transnacional. Esto hace que el Estado no esté solo en la configuración de las condiciones del ejercicio de ciudadanía en su territorio. Las

² Utilizamos este concepto de “personas nacidas fuera del territorio” y no el de “extranjeros” ya que, como veremos más adelante, el sistema jurídico también hace diferencias entre personas de nacionalidad argentina pero que no han nacido en el territorio argentino.

³ Ver arts. 20, 14 y 16.

⁴ Aclaramos que lo que se presenta en este trabajo es una consideración parcial de la ciudadanía (desde sus aspectos normativos), no se toma en cuenta la acción de los migrantes, que al trabajar, reclamar, y participar de la vida de las sociedades donde residen ejercen de hecho acción ciudadana. Para profundizar este aspecto ver Mezzadra (2012).
También advertimos el elemento normativo y la “naturalización” que significa hablar de ciudadanía en términos modernos, ya que esto descansa en una valoración positiva de un determinado estilo de vida y organización política que puede ser legítimamente cuestionado.

influencias le llegan del ámbito transnacional desde el contenido prescriptivo del discurso de los Derechos Humanos (DDHH) y desde los condicionamientos que se le crean por la existencia de un régimen global de gestión de las migraciones guiada por la lógica del capitalismo (Ver Domenech 2011 y Mezzadra, 2012: 168)⁵.

De manera conflictiva y en tensión, el sistema jurídico refleja y reproduce distintas lógicas y se constituye en parte integrante de los conflictos socio-políticos que se generan a partir de las distintas formas de desigualdad que configura o fortalece. Utilizando conceptos de Pierre Bourdieu (1990), el debate sobre la ciudadanía de los migrantes vincula las tensiones que se manifiestan entre los campos social, político y jurídico y el campo del poder no solo a nivel interno sino también internacional.

En este ensayo realizamos un análisis exploratorio desde la perspectiva de la sociología jurídica, describimos las jerarquías en la ciudadanía creadas por el sistema jurídico argentino, buscamos brindar elementos que ayuden a visualizar la potencialidad del uso de la “medida de la ciudadanía” como componente de la gestión y el control de las migraciones.

El centro de nuestra reflexión son las ciudadanía diferenciales que surgen del sistema jurídico, este análisis toma a la norma⁶ como producto social y político y en atención a los efectos que produce en la vida concreta de las personas.

Es decir consideramos a las normas siguiendo a Novick (1997) como:

"[...] forma ideológica-concreta que elaboran los grupos - o el grupo- que en un momento histórico puntual detenta el poder político para explicar comprender y legitimar un conflicto específico de intereses, intentando mediante esta -la ley- resolverlo a su favor. "

Más allá de esta consideración instrumental, como expresión de objetivos políticos, las leyes muestran y ponen de manifiesto esquemas sociales clasificatorios previos los que de alguna manera receptan⁷. Así, desde una perspectiva socio-jurídica,

⁵ Esto no se refiere a la aparición de un gobierno político integrado para este fin; sino “a la formación contradictoria y fragmentaria de un cuerpo de conocimientos dentro de comunidades políticas y epistémicas dispares” y a la circulación, a escala mundial, de técnicas administrativas de control, normas técnicas y programas de capacitación.

⁶ Analizamos normas emanadas del Poder Legislativo (leyes en sentido formal) del Poder Ejecutivo y algunas Resoluciones de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) y otros organismos administrativos (leyes en sentido material).

⁷ Ilustrando esto Pacceca (2001) da como ejemplo la negación de los derechos políticos a las mujeres y a los extranjeros, ya que en distintos momentos históricos, no clasifican por carecer de los atributos

las normas adquieren otro significado y nos permiten extraer las distintas visiones y modelos que del migrante, del extranjero y del nacional tienen los productores de políticas de migración y las tensiones y luchas que en torno a las mismas desarrollan los intereses en conflicto.

Con una perspectiva similar también las normas son un importante indicador de lo que Domenech (2011), siguiendo los planteos teóricos de Sayad y Bourdieu, describe como *pensamiento de Estado* que se produce en el terreno político de la migración. Este concepto remite al conjunto de ideas y prácticas instituidas como visión dominante o hegemónica en la construcción de la figura social de la inmigración y los inmigrantes. De acuerdo a estos autores el *pensamiento de Estado* puede comprenderse como una forma de pensamiento (que involucra acción) producida por el Estado de manera relacional con otros actores sociales y políticos e interiorizada como visión dominante o hegemónica, a través de la cual se establecen como legítimos determinados principios de visión y división del mundo social.

Estado nación y migración

El vínculo entre el fenómeno de la migración y el Estado nación parece consolidarse a partir de la modernidad, tanto que, cuando se piensa en una definición del fenómeno y los sujetos que lo protagonizan se esencializa esa relación; esta *ligazón consubstancial* se advierte con claridad en la definición de migración brindada por Sayad (2008:101):

“(L)a inmigración es la presencia en el seno del orden nacional (i.e. en la nación, en lo “nacional”) de los “no-nacionales” (i.e. extranjeros, “nacionales” de otra nación y de otra nacionalidad, de otro orden nacional) –por simetría, la emigración es la ausencia fuera del orden nacional (i.e. fuera de la nación, primero, y segundo, tarde o temprano, fuera de la nacionalidad) de los “nacionales”, lo que implica que ella es la presencia de los “nacionales” en otro orden nacional (en una nación y en el seno de una nacionalidad extranjeras)-; el inmigrante es el “no-nacional” (el extranjero, por lo tanto el “nacional” de otro orden nacional, de una nación y, hasta nuevo aviso, de una nacionalidad extranjeras) presente en el orden nacional (i.e. en la nación, en lo “nacional”) –y, simétricamente, el emigrante es el “nacional” ausente del orden nacional (i.e. de la

considerados imprescindibles para el goce de esos derechos: las mujeres, en virtud de su género se consideraba que carecían de racionalidad; los extranjeros, en virtud de su nacionalidad no tendrían los atributos del “patriotismo” necesario para el ejercicio de los derechos políticos.

nación, de lo “nacional”) lo que implica que está presente en otro orden nacional (en una nación y en el seno de una nacionalidad extranjeras).”

Indefectiblemente esta definición “ideal” dada por Sayad se concreta con las definiciones de *nacional* y, su contracara, *extranjero* que cada Estado nación produce.

Aunque son condiciones construidas jurídicamente a partir de esquemas ideológicos, históricos y contingentes los estatus de nacional/extranjero se han naturalizado tanto como la entidad que los origina: el Estado-nación. Cómo el Estado define al extranjero y el lugar social que le otorga, habla de cómo el Estado se piensa a sí mismo en vinculación con el territorio y muestra con claridad que el poder de clasificar y discriminar es parte de su *naturaleza* (Gil Araujo, 2009: 15).

Como decíamos, el Estado actúa y las migraciones se producen en un escenario transnacional, la migración es empíricamente un fenómeno transnacional. En el proceso actual de globalización, los Estados constituyen sólo uno de los centros del poder transnacional junto a otras instituciones de poder que obran a través de las fronteras estatales. La perspectiva transnacional rechaza la identidad entre la sociedad y el Estado y critica al nacionalismo metodológico y epistemológico dominante que tiende a aceptar al Estado Nación y a sus fronteras como un elemento dado en el análisis social (Levitt y Glick Schiller, 2009: 65-66). Y si bien es cierto que la política migratoria de los Estado, la de Argentina en particular, no tiene un punto de vista transnacional, no se puede negar la influencia de este contexto.

La tensión entre la *valorización* de la movilidad, como proveedora de mano de obra cuando es necesaria, y la *contención* de la movilidad cuando la mano de obra comienza a ser excedente, se resuelve según Mezzadra (2012:164) mediante el “control” de las migraciones, desde las políticas nacionales. Este autor reconoce en esta fricción entre *valorización* y *contención* el núcleo de la historia del capitalismo en su relación con la migración; el capitalismo *explota* al Estado y a otros mecanismos políticos y administrativos en los esfuerzos por el manejo y la reducción del *excedente* de movilidad según los códigos de valor del capital.

Esto muestra que la gobernabilidad de las migraciones es no sólo un interés del Estado, sino que éste es un instrumento para controlar o atenuar el movimiento de la mano de obra como estrategia constitutiva del capitalismo y las relaciones de clase.

Creación de ciudadanía diferenciadas como forma de control

Hoy el control del *excedente*⁸, no se sirve, ni exclusiva ni principalmente, del refinamiento y sofisticación de los mecanismos de expulsión ni del “endurecimiento” del control en la frontera. Como afirma Mezzadra (2012:171) en la actualidad la gestión de los regímenes migratorios no pasa por la *exclusión*, sino por un tipo de *inclusión diferencial* que genera ciudadanía jerarquizadas.

Por esto el tema de la ciudadanía también es necesario localizarlo como parte del régimen de gobernabilidad supranacional, en el cual, como dijimos, el sistema de los Estados, las agencias internacionales y las corporaciones internacionales tienen un papel central.

Si la ciudadanía, como se la define desde la modernidad, es un asunto de relaciones entre individuos y el Estado al cual pertenecen -esto es, de las relaciones que son internas al Estado en cuestión; es también uno de los *recursos* utilizados por régimen global de gestión de las migraciones para regular los movimientos de las personas hacia y desde los territorios de los estados, funcionando como un componente del manejo del régimen transnacional de las poblaciones. Un régimen que, según Hindess opera en dos sentidos; primero dividiendo a la humanidad en porciones formadas por los ciudadanos de cada Estado nacional, y segundo, responsabilizando a cada Estado por sus asuntos internos otorgándoles el monopolio en el control de la movilidad legítima.

“[L]os Estados que fracasan en satisfacer sus obligaciones a la comunidad de estados son a menudo vistos como una amenaza a otros Estados y por lo tanto como objeto legítimo de una intervención externa” (Hindess, 2002:112).

El Derecho Internacional

A nivel internacional los instrumentos normativos, por un lado reconocen con claridad el derecho de libertad de movimiento a través de las fronteras en numerosos compromisos internacionales⁹, y por otro no conciben con igual explicitación el *derecho humano a migrar*, ni elaboran un concepto jurídico genérico de migrante (Cenicacelaya, 2004:65). No hay normas que obliguen a los Estados a permitir el ingreso y la permanencia de las personas, ni que los comprometan a otorgar la residencia o la

⁸ Ver también Bauman 2005.

⁹ Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, art. VIII; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 13; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 12 y 13; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Racial, art. 5 d) i y ii; Convención sobre la Eliminación de Todas Formas de Discriminación Contra la Mujer, art. 15 y Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 10 y 11.

ciudadanía a extranjeros. En este sentido el orden normativo internacional presenta una serie de lagunas o ambigüedades o directamente habilitan a la discrecionalidad cuando se trata de reconocimiento de derechos o el acceso a los mismos para los no nacionales.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la ausencia de reconocimiento explícito de la aplicabilidad de tales derechos a los extranjeros y la "ausencia de la palabra «ciudadano»¹⁰ hace que la distinción entre los derechos de los extranjeros y ciudadanos sea vaga, lo cual genera una interpretación considerablemente laxa (Gosh, 2008:40). Más claramente el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹¹ habilita a discriminar a los no nacionales. Los foros mundiales que se ocupan de las diversas dimensiones de la migración internacional y de los migrantes como sujetos de atención desde el punto de vista de los DDHH repiten este *rasgo*¹². No obstante el conflicto ideológico y político latente entre el derecho humano a migrar y la soberanía de los Estados para legislar sobre el reconocimiento de derechos, también puede ser detectado con facilidad en la Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Inmigrantes y Miembros de sus Familias, adoptada por la Asamblea General de la ONU de 1990¹³. Respecto a esto Santos (2009:367) siguiendo a Bosniak (1991:741) afirma:

“No obstante las laudables disposiciones, el tratamiento que otorga la Convención a los trabajadores indocumentados es profundamente ambivalente. Mientras que los Estados contratantes deben asegurar un estándar mínimo de trato a los inmigrantes irregulares, los derechos otorgados a estos no tienen necesariamente el mismo alcance que los que deben asegurarse a los inmigrantes legalmente admitidos [...] están autorizados a discriminar [...] en muchos aspectos decisivos, desde los derechos a la unidad familiar y la libertad de movimiento hasta los derechos de la seguridad social, el empleo y la protección sindical. La posibilidad de este trato discriminatorio está fundado en el compromiso prioritario de la convención con el principio de la soberanía nacional [...] El resultado es un

¹⁰ Aunque el art. 2 no deja lugar a dudas de que el origen nacional no puede ser la razón de la privación de los derechos: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”

¹¹ Parte II, art. 2 párrafo 3: “Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos.”

¹² Para profundizar este aspecto ver Cenicacelaya 2004.

¹³ Aprobada en Argentina por la Ley N° 26.202. BO 17/02/2007.

instrumento híbrido, a la vez una declaración inequívoca de los derechos individuales y un manifiesto sólido de respaldo a la soberanía territorial estatal.”

El ordenamiento internacional habilita un importante margen de discrecionalidad a los estados para diseñar el modelo de ciudadanía que están dispuestos a reconocer a las personas que no han nacido en su territorio. En este sentido los Estados son responsables de sus ciudadanos y respecto de quienes no lo son, su responsabilidad es limitada y discrecional. Y es este margen de discrecionalidad habilitado por el orden internacional el que el Estado pone al servicio de la gestión transnacional de las migraciones.

El Derecho argentino

A fines del año 2003 y como fruto de la acción de varios agentes sociales y políticos se deroga la llamada *Ley Videla* N° 22.439¹⁴ y se la reemplaza por la Ley N° 25.871¹⁵ que a pesar de contar con nueve años de vigencia se la sigue llamando *Nueva ley de migraciones* y esto por la novedad que pretendió incorporar a la política migratoria argentina al plantear un cambio desde la *retórica de la exclusión*¹⁶ (Domenech, 2009:21) que caracterizaba a los períodos anteriores a la *retórica de la inclusión* basada en la perspectiva de los DDHH, la ciudadanía comunitaria y el pluralismo cultural.

En esta retórica se incorpora: el derecho a migrar como derecho humano (art. 4), el principio de la reunificación familiar (art.3 inc. d; art. 10; art. 70), la posibilidad de revisión judicial a las disposiciones de la DNM (arts. 74 a 88), la garantía de derechos fundamentales (salud, educación, servicios públicos) para los migrantes independientemente de su situación de residencia, y por primera vez se otorga a los ciudadanos de los países de la región un trato diferencial al incorporar sólo para los nativos de los países del MERCOSUR, Chile y Bolivia la nacionalidad como criterio de radicación (art. 23 inc. 1)¹⁷.

¹⁴ Llamada así porque fue redactada y entró en vigencia durante el gobierno *de facto* de Jorge Rafael Videla. ADLA XLI B, 1577. De aquí en más el lugar de publicación de las normas se presentará de esta manera: Anales de la Legislación Argentina (ADLA), años correspondientes o tomo donde está publicada y página; o mencionando la fecha del Boletín Oficial (BO).

¹⁵ Sancionada el 17/12/2003, promulgada de hecho el 20/01/2004 y publicada en el BO 21/01/2004.

¹⁶ Mediante el uso del término *retórica* Domenech pretende destacar la “*intencionalidad persuasiva del discurso político*”.

¹⁷ Este nuevo criterio se confirma con el Decreto N° 1.169/2004 (BO 13/09/2004) que otorga un régimen excepcional de regularización para los ciudadanos de países extra MERCOSUR.

Si bien en lo formal esta ley “*significa el restablecimiento de la compatibilidad legal con la directiva constitucional*” (Zaffaroni, 2004:45), este restablecimiento no se vio completado en lo formal hasta 2010, año en que el Poder Ejecutivo sancionó el Decreto N° 616/2010¹⁸ que reglamenta la ley. Durante los años de esta demora el “espíritu” de la nueva ley se operativizaba con el Reglamento de Migraciones inspirado en la ley de la dictadura.

Identificando la irregularidad documentaria como un “*problema a resolver*” se lanza en julio de 2004 por Decreto N° 836¹⁹ el Programa nacional de normalización documentación migratoria conocido como *Programa Patria Grande*²⁰ y luego otros programas especiales para facilitar la regulación de la residencia de grupos especiales²¹. Desde entonces la política migratoria argentina ha girado en torno a la regularización de la residencia la que ha pasado a ser su eje.

En lo formal, muchos autores celebran lo que se muestra como un cambio de paradigma, que pasa de la consideración de la migración como amenaza a la seguridad nacional, con importantes restricciones a los derechos en función de la situación migratoria y amplia discrecionalidad de las autoridades migratorias, a un paradigma centrado en la lógica de los DDHH²². Discursivamente la *nueva* ley remite a una idea de sociedad multicultural, integrada en la región e inclusiva, que respeta los derechos de los extranjeros y valora su aporte social y cultural (Novick, 2004:55); no obstante sigue considerando al migrante como quien puede *contribuir al desarrollo económico y social del país* (art. 3 inc. h) y como quien puede (y debe) ser integrado a la sociedad argentina, dando varios indicios²³ de la continuidad de la tendencia asimilacionista presente desde los inicios de la conformación del Estado argentino. Desde el texto de la norma se entiende también que el principal instrumento para esta integración es la

¹⁸ Publicado en el BO 03/05/2010.

¹⁹ BO 08/07/2004. Complementado en el año 2005 por el Decreto N° 578 y formalizado por las Disposiciones de la DNM N° 53.253/2005 y modificatorias.

²⁰ Estas medidas se complementan con las leyes N° 25.889; N° 25.900; N° 25.9001 y N° 25.905.

²¹ Las más recientes medidas son las facilidades para la regularización de senegaleses y dominicanos que residan irregularmente en Argentina. DNM Res. 1/2013 y 2/2013, BO 10/01/2013.

²² En ese marco también se incluyen la Ley General de reconocimiento y protección al refugiado N° 26.165 (BO 04/12/2006), la Ley N° 26.202 que aprueba la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias BO 17/01/2007. Siendo Argentina (2007) y Paraguay (2008) los últimos países de la región en aprobarla. Ver Novick (2011: 120).

²³ Ver art. 3, incs. a), e) y h); art. 14 y art. 125 de la Ley N° 25.871.

regularización documentaria²⁴. Así considerada, la integración no es la consecuencia del principio igualitario y su expresión el goce y garantía de derechos en la sociedad receptora -agencia principal de esa integración-; sino que es vista (o sigue siendo vista) como una obligación del migrante como condición para su no marginación y como garantía de no discriminación.

Ciudadanías jerarquizadas

Si bien la Ley N° 25.871, que es el eje de la política migratoria actual, usa el término *inmigrante* este como sujeto de derechos y deberes no se diferencia del extranjero en general, el inmigrantes es el “*extranjero que desee establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país*”²⁵. No obstante para poder observar el *pensamiento de estado* en cuanto a la construcción de la legitimación de la presencia del extranjero hay que mirar más allá de esta norma y ver de qué manera ella se relaciona con otras normas y cómo juntas construyen distintos grados de ciudadanía. La primera observación que surge del análisis es que tanto la categoría *nacional* como la de extranjero no son homogéneas internamente.

Nacionales

La categoría de *nacional argentino* plantea a su interior una jerarquía de acuerdo a cuál sea el origen de la nacionalidad. La jerarquía se configura en función de los derechos diferenciales que se les reconoce o limitan a cada categoría. Así en el mejor lugar de las categorías de ciudadanía encontramos al *argentino nativo*²⁶ que es el único titular de la ciudadanía plena. Luego está el *argentino por opción*,²⁷ categoría que construye la ciudadanía sobre el vínculo de sangre de la persona que tiene padres argentinos, y los terceros en la jerarquía son los *ciudadanos por naturalización*²⁸. La ley llama *argentinos* sólo a quienes tienen un vínculo *natural* con el Estado nación (con el territorio o con la “sangre”)²⁹ y *ciudadanos por naturalización* a quienes optan por la

²⁴ La relación entre la integración y la regularización se presenta con direccionalidades cambiadas, en la ley se habla de la regularización como mecanismo de integración, mientras que los regímenes especiales de regularización documentaria, presentan la oportunidad de regularización como “premio” a la integración demostrada, generalmente por la participación en el mercado laboral irregular.

²⁵ Art. 2 de la Ley N° 25.871.

²⁶ Ley N° 346 art. 1, inc, 1 (Restituida en su plena vigencia por ley 23.059. BO 10/04/1984 con las modificaciones introducidas por las leyes N° 16.801 y N° 20.835, N°24.533 y N° 24.951).

²⁷ Ley N° 346, art.1, inc. 2.

²⁸ Ley N° 346, art. 2.

²⁹ Aunque, el territorio, como jurisdicción, también es una categoría jurídica y por lo tanto no natural, y la “sangre” es un criterio que vincula también a una categoría construida como es la nacionalidad de los padres.

nacionalidad argentina pero no pueden acreditar esos vínculos. La expresión *naturalización* como origen de la nacionalidad evidencia lo artificioso y construido tanto de una categoría como de la otra.

Quienes no han nacido en el territorio argentino tienen una ciudadanía de menor intensidad que los nacidos en el territorio a pesar de no ser jurídicamente extranjeros. Si bien la limitación en la mayoría de los casos de los derechos es mínima³⁰ violenta el principio de igualdad y discrimina en función del origen de la nacionalidad.

No obstante hay dos casos de prestaciones de carácter “alimentario” que no resiste el análisis en la lógica de los criterios de la nacionalidad, y parece llevarnos cerca de criterios legitimados desde la gestión de las migraciones. El más radical es la privación del beneficio de la Asignación Universal por Hijo para Protección Social³¹ a niños argentinos nativos fundado en la situación de irregularidad migratoria de sus padres. Y el segundo se refiere a la necesidad de acreditar 5 años de ejercicio de la ciudadanía para los casos de pensiones por vejez e invalidez para los argentinos naturalizados³².

Extranjeros

Los *extranjeros* tampoco son una categoría homogénea en su interior. El art. 20 de la CN, reconoce a los extranjeros *todos los derechos civiles del ciudadano*, y les da la posibilidad de adoptar la nacionalidad argentina, aunque la situación del mantenimiento de su nacionalidad no altera el ejercicio de sus derechos civiles, sociales y económicos, no obstante hay una importante diferencia en el reconocimiento de derechos con los

³⁰ Los requisitos que la CN fija para ocupar el cargo de presidente (art. 89 nativo o por opción), de la misma manera lo hacen la mayoría de las Constituciones provinciales en relación sus Poderes Ejecutivos (Córdoba art. 130, Ciudad Autónoma de Buenos Aires art. 97). Para ocupar el cargo de senador, integrar la Cámara de diputados y el Poder Judicial de la Nación (arts. 55, 48 y 111 respectivamente) se fija como requisito para los argentinos no nacidos en el territorio un tiempo mínimo de ejercicio de ciudadanía. Las leyes nacionales y provinciales de empleo público (Ley N° 25.164, art. 4 BO 08/10/1999) exigen un tiempo de ejercicio de la ciudadanía a los argentinos no nacidos en el territorio. El Decreto N° 8823/1969, restringe la posibilidad de obtener licencia para Práctico solo a los argentinos nativos y por opción excluyendo a los naturalizados, el mismo límite pone la Ley N° 26.165 (BO 01/12/2006) para conformar la Comisión Nacional para los Refugiados, algunas legislaciones provinciales realizan la misma exclusión para los miembros del Poder Judicial. Todas estas normas contradicen el art. 16 de la CN que afirma: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.

³¹ Establecida por Decreto N° 1602/2009 (BO 30/10/2009), es una prestación monetaria no retributiva de carácter mensual, que se abona por cada hijo menor de dieciocho años o sin límite de edad cuando se trate de un discapacitado, siempre que quien la recibe no estuviere empleado o percibiendo alguna de las prestaciones previstas en la Ley N° 24.714 (BO 18/10/1996).

³² Decreto N° 432/97 (BO 20/05/1997) modificado por el Decreto N° 582/03 (BO 14/08/2003) art. 1 inc., d).

nacionales argentinos. En primer lugar, a nivel nacional se les impide el ejercicio de los derechos políticos, no obstante la legislación infraconstitucional puede otorgárselos³³.

Como ya vimos también están excluidos de poder incorporarse a muchos cargos públicos y tienen límite para integrar ciertos organismos³⁴ y para la compra de inmuebles rurales³⁵.

La igualdad entre nacionales y extranjeros en el ejercicio del derecho de tránsito³⁶ y locomoción, se ve contrariada con la posibilidad de perder la residencia que tienen los extranjeros que con residencia permanente cuando permanece fuera del territorio argentino por algún tiempo. Si bien el derecho no está condicionado explícitamente en su ejercicio, la posibilidad de pérdida de la residencia y por tanto de la condición de *habitante*³⁷ marca una diferencia importante.

Regulares/irregulares

Dentro de los extranjeros en cuanto al reconocimiento de derechos podemos encontrar una primera jerarquización vinculada a la situación de residencia, en relación a esto los extranjeros pueden ser *regulares* o *irregulares*.

Si bien la *nueva Ley de Migraciones* (Ley N° 25.871) pretende excluir³⁸ a los residentes irregulares como categoría migratoria, los convierte en categoría al concederles o negarles derechos. Así los trata como categoría cuando reconoce derechos a los migrantes *cualquiera sea su situación de residencia* (arts. 7, 8, 56, 57 y 58) o cuando incluye en sus objetivos integradores solo a *inmigrantes que residan de forma*

³³ Las Cartas Orgánicas de la mayoría de los municipios y comunas del interior de las provincias argentinas reconocen el derecho de sufragio activo a los extranjeros que cumplen con determinadas condiciones y requisitos. Formosa es la única provincia argentina en la que, hasta ahora, no se reconoce a los extranjeros residentes el derecho de sufragio activo en ningún nivel de gobierno. A nivel provincial reconocen el voto a los extranjeros Córdoba, Buenos Aires, Misiones, Tucumán, entre otras.

³⁴ No pueden ser guarda parques, prácticos de puertos, en algunas provincias no pueden ser docentes ni integrar las fuerzas de seguridad, los tribunales de cuentas, jurados populares, tampoco pueden integrar la comisión para los Refugiados y tienen límite para integrar las Asociaciones Sindicales.

³⁵ Es interesante analizar las excepciones que plantea la Ley N° 26.737 (BO 28/11/2011), lo que excede los objetivos de este trabajo, es decir cuando los extranjeros pueden comprar tierras rurales, ya que fija criterios de hecho no vinculados necesariamente a condiciones jurídicas. Habrá que ver en el futuro como se instrumenta las pruebas de estas circunstancias de hecho.

³⁶ Art. 62 de la Ley N° 25.871. Esta restricción fue introducida en el año 1963 durante el gobierno *de facto* y se siguió reproduciendo en la legislación posterior aún cuando hace una distinción inconstitucional.

³⁷ Art. 14 CN.

³⁸ Si bien la Ley N° 25.871 terminó discursivamente con la categoría *ilegal* aplicada a la residencia del migrante, como lo hacía la ley anterior, en el Título IV, Capítulo I: sigue hablando “*De la legalidad o ilegalidad del ingreso o la permanencia*” manteniendo las ideas y los valores que sustentaban la anterior categoría de “residencia ilegal”.

legal (art. 3 inc. h) o les impide a quienes no tienen su residencia regularizada la posibilidad de trabajar o de recibir alojamiento (arts. 53 y 55). Hay que aclarar que hay también categorías de residentes regulares que no están habilitados para trabajar (arts. 51 y 52).

A quienes tienen residencia irregular se los excluye de algunos beneficios de salud (donación de órganos) y se limita su inclusión en algunos planes sociales. Otro límite formal que subsiste en las reglamentaciones administrativas de algunas instituciones sanitarias es la necesidad de acreditar identidad con Documento Nacional de Identidad (DNI) circunstancia que los residentes irregulares no tienen posibilidad de cumplimentar. La exigencia de este requisito, resabio de la anterior legislación, es un obstáculo para la habilitación de las historias clínicas y la inclusión en algunos programas de salud³⁹.

Otra jerarquía creada por las normas y que tiene efectos en la vida de los migrantes es la que surge de la habilitación para el ejercicio de derechos a quienes tienen residencia *permanente* en desmedro de los que la tienen *temporal* o *irregular*. Como ejemplo podemos mencionar los límites para la recepción de órganos, ya que para aspirar a ser receptor de órganos cadavéricos⁴⁰ hay que ser residente permanente y para órganos de dadores vivos hay que tener residencia temporal o transitoria por razones de tratamiento médico⁴¹. También hay que agregar la posibilidad, que solo tienen los residentes permanentes, para optar por el reconocimiento de la identidad de género en el DNI, a pesar de que los residentes temporales también tienen DNI⁴².

Irregulares por desnaturalización de la residencia/ Irregulares por ingreso (Clandestinos)

Esta subclasificación de los migrantes con residencia irregular se genera según que el origen de la irregularidad esté en el ingreso o en la permanencia.

³⁹ Si bien los operadores de salud, en la mayor parte de los casos, arbitran medios para eludir esta exigencia, mantenerla da lugar a arbitrariedades y privaciones de derechos.

⁴⁰ Res. 342/2009 del INCUCAI (Instituto Nacional Único Coordinador de Ablación e Implante) BO 29/12/2009.

⁴¹ Estas restricciones se hacen en el marco de la Ley N° 25.871 y se justifican desde el objetivo de “reducir el turismo de trasplante”. Este objetivo y el enmarque en la *Ley de Migraciones* tornan más obvia la contradicción. Ya que si el verdadero objetivo es evitar estas prácticas que “*atentan los principios de justicia y respeto a la dignidad humana*” (Considerandos de la Resolución N° 342/2009) este se podría conseguir solo con la acreditación de la residencia de hecho, como lo permite la CSJN para la obtención de la nacionalidad argentina (Caso Ni I-Hsing s/carta de ciudadanía).

⁴² Resolución Conjunta 2/2013 DNM y Resolución Conjunta 1/2013 Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas.

La permanencia irregular se configura cuando el extranjero admitido como residente temporal o transitorio no abandona el país al vencimiento del plazo o *desnaturaliza los motivos por los que fue admitido*⁴³. Y el ingreso es irregular y coloca al migrante en la condición de *clandestino*⁴⁴ cuando ingresa al territorio del país por lugares no habilitados por la DNM⁴⁵. El *clandestino* está en peores condiciones que el migrante irregular porque está privado de la posibilidad de regularizar su residencia y son pasibles de expulsión (art. 29 inc. i y art. 37).

La exigencia de la tarjeta de entrada como única forma de acreditar el ingreso legal al territorio nacional⁴⁶, coloca en la categoría de *clandestino* a un gran número de migrantes de países limítrofes que no necesariamente ingresaron de manera fraudulenta. La presentación de la tarjeta de entrada al país debidamente intervenida por la autoridad migratoria como prueba del ingreso legal es cuestionables desde el punto de vista constitucional, ya que invierte la carga de la prueba del requisito exigido por el inc. c) del art. 29 de la ley 25.871 de no haber eludido el control en el ingreso al territorio Argentino. La única forma de *purgar* la clandestinidad es saliendo y volviendo a entrar por lugares habilitados y obteniendo la tarjeta de entrada.

También es cierto que hay algunas normas⁴⁷ que no distinguen entre nacionales y extranjeros y hacen explícita la equiparación entre unos y otros; y que luego de la sanción de la Ley N° 25.871 existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional (CSJN) que ha dejado sin efectos muchas de las discriminaciones que enunciamos aquí en los casos concretos en los que ha intervenido⁴⁸, no obstante las normas que consagran la categorización y el reconocimiento diferenciado de derechos siguen vigentes. Esta jurisprudencia de la CSJN no hace más que confirmar la

⁴³ Art. 61 de la Ley N° 25.871 y de su Decreto Reglamentario N° 616/2010.

⁴⁴ Categoría que apareció con las primeras medidas restrictivas del siglo XX, y es considerada como impedimento de ingreso desde el *Reglamento Migratorio* de 1923 (art.10, inc.k).

⁴⁵ Las Leyes N° 26.240 y N° 26.535 hacen referencia a esta categoría. Estas leyes aprueban los Acuerdos con Brasil y Perú que tienen por objetivo otorgar residencias permanentes a los nacionales de uno de los países que tengan residencias transitorias o temporales otorgadas por el otro (BO 07/05/2007 y BO 28/10/2009, respectivamente.)

⁴⁶ Las Disposiciones de la DNM que aprueban los instructivos de trámites para ciudadanos del MERCOSUR y extra MERCOSUR N° 1488/2010 y 1105/2011 respectivamente y la Resolución de la DNM N° 2529 art. 7 inc c).

⁴⁷ Por ejemplo Ley de Educación Nacional N° 26.206, la Res. N° 327/2011 del Ministerio de Salud sobre el Programa Nacional de Cardiopatías Congénitas

⁴⁸ Hoofst, Pedro c/ Provincia de Buenos Aires (JA 2005-I-554) del 16/11/2004; Reyes Aguilera c/Estado Nacional (CSJN R350 XLI) del 4/09/2007; Zhang, Hang c/ Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (Z. 138. XL) del 23/10/2007; Ni I-Hsing s/carta de ciudadanía (CSJN N 13 XLII), del 23/06/2009; para citar los más recientes.

ilegitimidad de la discriminación a la vez que manifiesta el carácter no monolítico del Estado y la polifonía de sus discursos, lo que complejiza la caracterización del pensamiento de estado respecto a los migrantes.

Tan o más importantes que las normas discriminatorias y que jerarquizan a las personas en función de su nacionalidad, el origen de la misma o su situación de residencia son las prácticas que las vehiculizan y las que desconocen situaciones de equiparación normativa. En las prácticas de los operadores de las distintas burocracias del Estado, como en la del las personas que se vinculan con los extranjeros no aparecen solamente, como elementos estructuradores los contenidos normativos sino que entran a jugar también otros factores ideológico-políticos (étnicos, de género, de clase, etc.) que contribuyen a reforzar estas jerarquías y a desdibujar la idea de ciudadanía como goce de derechos y la suplantán por discriminación y exclusión o en el mejor de los casos por concesión graciosa de algún grado de ciudadanía.

Conclusiones

La subsistencia de los criterios de la nacionalidad, del origen de la nacionalidad y de la regularidad migratoria como distribuidores de derechos y de creadores de posibilidades diferenciadas de ejercicio de la ciudadanía, muestran el tipo de relación entre el discurso de los DDHH asumido por la “nueva política migratoria argentina” y el grado de cambio que ella ha significado.

La subsistencia de ciudadanía diferenciadas pone en evidencias que el, anunciado por voces oficiales y celebrado desde algunos espacios políticos y académico, cambio de paradigma no se ha producido. Un cambio paradigmático orientado por la perspectiva de los DDHH significaría un cambio de visión del mundo social y de las categorías de distribución de derechos, haciendo innecesaria las distinciones en base a la nacionalidad. La consideración de la migración como un derecho humano significa que su ejercicio –migrar– nunca podría ser el origen de limitaciones a otros derechos fundamentales para la vida cultural, social y política.

La no equiparación de derechos sigue mostrando la consideración de la presencia del migrante como ilegítima, reforzando su vínculo con lo extranjero, provisorio y económico. La total equiparación de derechos sería la forma de evidenciar la real consideración del derecho a migrar como un derecho humano.

Lo que sí es interesante observar, es que el incorporar la retórica de los DDHH hace que el derecho cumpla, con cierto grado de eficacia, una importante función simbólica (también podría decirse ideológica) y refuerce la estrategia implementada desde la gestión global de las migraciones; utilizando la inclusión diferenciada y evitando el uso de la exclusión directa, o actuando como herramienta alternativa cuando esta falla. Cuando hablamos de función simbólica del derecho hacemos referencia a la posibilidad que tiene el derecho, frente al conflicto de intereses, de crear apariencia de consenso proclamando y manteniendo símbolos (el derecho humano a migrar) a los que todos pueden adherir. Creando, de esta manera, la ilusión de unidad, manipulándolos para encubrir la imposibilidad de realizarlos en la práctica. El derecho preserva la apariencia de unidad, en tanto que tolera y refuerza ideales que circulan en direcciones opuestas. El poner al servicio del modelo de gestión transnacional de las migraciones esta posibilidad es una de las formas en la que el Estado nacional es *explotado* por ese modelo.

La idea del trabajo fue presentar algunos indicadores que ponen en evidencia la irrealdad del anunciado “cambio de paradigma” en la política migratoria argentina. Creemos que nuestro trabajo puede aportar al análisis de las causas e “intenciones” que hay detrás de este desajuste entre la *retorica* y algunas normas y prácticas. Si esto es una forma de relegitimar las políticas de control respondiendo a las exigencias de la gobernabilidad migratoria⁴⁹, si es consecuencia del acomodamiento del neoliberalismo y la necesidad de controlar y flexibilizar el mercado laboral⁵⁰; si responde a la repetición irreflexiva por parte de los operadores de las distintas burocracias del Estado de los *habitus* estructurados bajo la normativa anterior, es un tema interesante y necesario de profundizar.

La legitimidad de la presencia del migrante, debe asentarse en su condición de persona, y no en la regularización de su residencia, en la nacionalidad (que siempre conservará la mácula del origen “no natural”), ni en su aporte al sistema económico, o en el mejor de los casos en la concesión graciosa de reconocimiento de su ciudadanía por el Estado. La relación de la lógica de la migración con una lógica de ciudadanía post nacional es un aspecto en el cual coincidimos desde el punto de vista político, la

⁴⁹ Ver Domenech (2011) y Andrijasevic Rutvica y William Walters (2010)

⁵⁰ Ver Glick-Schiller (2009).

posibilidad de su concreción, en el actual contexto de globalización capitalista, es un aspecto interesante en torno al cual reflexionar.

Bibliografía

Andrijasevic Rutvica y William Walters 2010 “The International Organization for Migration and the international government of borders” en *Environment and Planning D: Society and Space*. 2010, Vol 28, pp. 977-999.

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

Bauman, Zygmunt 1992 "Soil, blood and identity" en *The Sociological Review*, 40 (4), pp. 675-701.

Bourdieu, Pierre 1990 “Algunas propiedades de los campos” en *Sociología y cultura*. (México, DF: Conaculta) pp. 135-141.

Cenicacelaya, María de las Nieves 2004 “Protección nacional e internacional de los derechos humanos de los migrantes”, en *Actas del V Congreso Nacional de Sociología Jurídica* (Santa Rosa: Universidad Nacional de La Pampa) pp. 641-648.

Cottrell, Roger 1991 *Introducción a la Sociología del Derecho* (Barcelona: Ariel)

Domenech, Eduardo 2009 “La visión estatal sobre las migraciones en la Argentina reciente. De la retórica de la exclusión a la retórica de la inclusión” en Domenech, Eduardo (Comp.) *Migración y política: el estado interrogado* (Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba) pp. 21-70.

Domenech, Eduardo 2011 “La gobernabilidad migratoria en la Argentina: hacia la instauración de políticas de control con “rostro humano”, Trabajo presentado en el IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo “Crisis global y estrategias migratorias: hacia la redefinición de las políticas de movilidad” Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Sede Ecuador) 18 al 20 de mayo. Disponible en http://rimd.reduaz.mx/ponencias_flacso/PonenciaEduardoDomenech.pdf >

Ghosh, Bimal 2008 “Derechos humanos y migración: el eslabón perdido”, en *Migración y Desarrollo*, N° 10. Disponible en <http://www.redalyc.org/redalyc/pdf/660/66001003.pdf> >acceso el 5 de diciembre de 2012.

Gil Araujo, Sandra 2009 “Interrogar al Estado desde la Inmigración” en Domenech, Eduardo (Comp.) *Migración y política: el estado interrogado* (Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba) pp.13-20.

Glick-Schiller, Nina 2009 “A Global Perspective on Transnational Migration: Theorizing Without Methodological Nationalism”, Centre on Migration, Policy and Society Working Paper no. 67, University of Oxford.

Hindess, Barry 2002 “La Ciudadanía Neoliberal” en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, septiembre-diciembre, (México: Universidad Autónoma de México) año/vol. XLV, n° 186, pp 107-131. Disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/421/42118604.pdf> >acceso el 15 de diciembre de 2012.

Levitt Peggy y Nina Glick-Schiller 2004 “Perspectivas internacionales sobre migración: conceptualizar la simultaneidad” en *Migración y desarrollo*, 2º semestre, n° 003 Red

internacional de migración y desarrollo (Zacatecas: Latinoamericanistas) pp.60-91
Disponble en :< <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/660/66000305.pdf> > acceso el 25 de
iciembre de 2012.

Mezzadra, Sandro 2012 “Capitalismo, migraciones y luchas sociales. La mirada de la
autonomía” en *Nueva Sociedad*, n°. 237, (Buenos Aires: Fundación Friedrich Ebert)
Disponble en <www.nuso.org>.

Novik, Susana 1997 “Políticas migratorias argentinas”. En *Inmigración y
discriminación, políticas y discursos*. Oteiza, Novick, y Aruj (Buenos Aires: Grupo
Editor Universitario) pp.83-139.

Novick, Susana 2004 “Migraciones y políticas públicas supranacionales. La reciente
política migratoria argentina en el contexto del MERCOSUR” en *Actas del V Congreso
Nacional de Sociología Jurídica*. Universidad Nacional de La Pampa, Santa Rosa, pp.
49-59.

Novick, Susana 2011 “Migraciones en el Cono Sur: políticas, actores y procesos de
integración”, en Feldman Bianco y otros *La construcción social del sujeto migrante en
América Latina. Prácticas, representaciones y categorías*. (Quito: FLACSO) pp.111-146.

Pacecca, María Inés 2001 *Migrantes de ultramar, migrantes limítrofes. Políticas
migratorias y procesos clasificatorios. Argentina, 1945-1970*. Informe final del
concurso: Culturas e identidades en América Latina y el Caribe. Programa Regional de
Becas CLACSO. Disponible en: <[http://www.
bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2000/pacecca.pdf](http://www.bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2000/pacecca.pdf)>acceso el 10/05/2011.

Santos, Boaventura de Sousa 2009 *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido
común del derecho* (Bogotá: Trotta-ILSA).

Sayad, Abdelmalek 2008 “Estado, nación e inmigración. El orden nacional ante el
desafío de la inmigración” en *Apuntes de Investigación del CECYP*, n° 13, pp. 101-116.

Zaffaroni, Eugenio Raúl 2004 “Migración y discriminación: la nueva ley en perspectiva
histórica”, en Giustiniani, Rubén (comp.) *Migración: un derecho humano* (Prometeo:
Buenos Aires) pp.45-50.