

Derecho a la educación. Migrantes

CSJN. “Costa Ludueña, Peter Harry
c/UBA s/amparo Ley 16.986”,
28 de octubre de 2021

Por Pablo Asa¹ y Heber Corre Estrada²

1. Antecedentes

El presente trabajo pretende analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos de las personas migrantes, en particular el fallo “Costa Ludueña”.³

Consideramos necesario seleccionar algunos precedentes relacionados con la permanencia de las personas migrantes en el territorio argentino que creemos de relevancia para complementar su estudio. Estos fallos fueron dictados entre 2007 y 2022 y fueron elegidos en función del avance o retroceso en el reconocimiento de derechos que generaron.

El recorte temporal elegido guarda relación directa con la sanción de la Ley de Migraciones N° 25871 del año 2004, que trajo consigo una mirada superadora al paradigma de la seguridad como único ob

1 Abogado (UBA). Coordinador del Instituto de Justicia y Derechos Humanos (UNLa). Docente de la Especialización en Migración y Asilo desde una perspectiva de Derechos Humanos (UNLa). Coordinador de la Clínica de Derechos Humanos (UNDAV y UNLa). Coordinador de la Clínica Derechos de Inmigrantes y Refugiados (CAREF/CELS/UBA).

2 Estudiante de Abogacía (UNDAV). Estudiante de la Licenciatura en Justicia y Derechos Humanos (UNLa). Ayudante alumna (UNDAV/UNLa).

3 Fallos 344:3132.

jetivo a perseguir por la política pública específica, punto de vista que, como veremos, hoy en día se encuentra atravesando un retroceso a raíz de las últimas decisiones de la CSJN en esta materia.

La ley toma como base la existencia de compromisos internacionalmente asumidos por la Argentina en pos del logro de la dignidad de la persona, la igualdad y la no discriminación. Esto aplica tanto a los derechos civiles y políticos, como a los económicos, sociales y culturales. Ahora bien, tales compromisos internacionales cubren una amplia gama de situaciones, circunstancia que nos lleva a elegir y centrarnos en aquellos antecedentes de la justicia local que han marcado retroceso de garantías en el procedimiento administrativo y judicial, en los cuales se debe decidir sobre la legalidad de la orden de expulsión emanada por parte de la Dirección Nacional de Migraciones.

Para comenzar, debemos mencionar que, si bien la gran mayoría de los precedentes de la CSJN marcan una perspectiva a favor de las personas migrantes y de garantizar los derechos constitucionales, lo cierto es que actualmente tales estándares se encuentran en merma.

Vale la pena mencionar fallos como “Zhang”⁴ (2007), en el que, entre otras cosas, la Corte sostuvo la primacía de la reunificación familiar. Por otro lado, en “Ojeda Hernández”⁵ (2014) reconoció la posibilidad de acceder a la segunda instancia ordinaria contra aquellos fallos definitivos dictados por jueces de primera instancia. Por su parte, en “Apaza León” (2018) rechazó el planteo de la Dirección Nacional de Migraciones que pretendía expulsar a una persona por un delito menor y sostuvo que

[l]a interpretación plausible del inciso c) del artículo 29 de la Ley 25.871 es que tanto la condena como los antecedentes, para poder justificar la prohibición de entrada o la expulsión de un migrante, deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso –tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividad ilícitas–, o bien cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca pena privativa de libertad de tres años o más.⁶

Con este precedente se avanzó en dejar sin efecto aquellas expulsiones por el simple hecho de que la persona tenga antecedentes penales o penas menores a los tres años.

Como vemos, la importancia de estos fallos es crucial, tanto por dar primacía a la reunificación familiar por sobre las cuestiones migratorias, al garantizar la “doble instancia judicial” o por realizar una interpretación ajustada de los preceptos de expulsión.

A partir de mediados del 2018 la CSJN comenzó un camino de declive de los estándares que venía sosteniendo. Podemos mencionar, entre otros, al caso “Zhang”,⁷ en el que declaró la nulidad de la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata, mediante la cual se otorgaba la resi-

4 Fallos 330:4554.

5 CSJN. “Ojeda Hernández, Luis Alberto s/causa nº 2739/12”, Recurso de Hecho, O. 113. XLVIII, 10/07/2014.

6 Fallos 341:500.

7 Fallos 341:1466.

dencia permanente a la actora y se dejaba sin efecto la confirmación de expulsión que había realizado la primera instancia judicial.

El punto de debate se estableció sobre la base de una “presunta” presentación de documentación apócrifa. La Cámara entendió que se estaba hablando de una “presunta” documentación (no existía plena certeza de que así lo fuera) y decidió dar primacía a los lazos familiares de la Sra. Zhang. Por el contrario, el máximo tribunal argentino entendió que no existía congruencia entre la decisión de los dos jueces de la Cámara que habían conformado la mayoría, ya que uno había sustentado su postura en la existencia del cónyuge con residencia permanente y el otro en la condición de progenitora de un argentino nativo.

Al analizar la situación, observamos que ambos jueces fundaron su decisión en la reunificación familiar, aunque por caminos diferentes. Sin embargo, podemos ver cómo la Corte comenzó a tener una postura cada vez más restrictiva respecto de los motivos que deben argumentarse para evitar una expulsión, al tiempo que también se puede advertir una gran dificultad a la hora de realizar una interpretación armónica y constitucional.

También en el año 2018 encontramos el caso “Peralta Valiente”,⁸ en el que la Corte desestimó el recurso de queja presentado, convalidando el fallo de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que había decidido no habilitar la instancia, puesto que se cuestionaba un acto que fue tramitado como “denuncia de ilegitimidad” (citando el fallo “Gorordo”).

En este caso, la decisión de la mayoría optó por no tomar en cuenta el hecho de no haber existido comunicación por parte de la Dirección Nacional de Migraciones del derecho de asistencia gratuita con el que contaba el Sr. Peralta Valiente. Aquí coincidimos con el razonamiento efectuado en su dictamen por el Procurador ante la CSJN, Víctor Abramovich, quien sostuvo que

[l]a decisión del a quo de declarar no habilitada la instancia judicial implica agravar la situación de un administrado en situación de desequilibrio procesal, que se vio imposibilitado de ejercer su derecho de defensa de manera plena en virtud de la inobservancia por parte de la autoridad administrativa de las garantías constitucionales que rigen este tipo de actuaciones; máxime teniendo en cuenta que en materia migratoria, para que el procedimiento administrativo se desarrolle en condiciones de igualdad, la garantía de defensa incluye la efectiva intervención de la asistencia letrada que impone la Ley de Migraciones y las normativa de rango constitucional.

Un poco más cerca en el tiempo encontramos el fallo “Barrios Rojas”⁹ (2020), en el que la Corte confirmó la resolución de expulsión de la actora por una condena por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización cometido en 1999 y por el cual cumplió seis años de prisión.

8 Fallos 341:1570.

9 Fallos 343:990.

Vale mencionar que la Sra. Barrios no solo demostró haberse reinsertado en la sociedad, sino que también probó que vivía en Argentina junto a su grupo familiar conformado por su pareja (un argentino naturalizado), su madre y su hermano, ambos con residencia permanente, y su hijo junto a sus nietos. También vale mencionar el análisis realizado por Abramovich respecto del ejercicio armónico de la normativa que había realizado la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal:

[la Cámara] ponderó la gravedad de los delitos que configuran el impedimento de permanencia en el país, los años sucedidos desde el primer ingreso de Barrios Rojas a la Argentina el 26 de marzo de 1994, el tiempo transcurrido desde el cumplimiento de la condena –cuyo vencimiento operó el 9 de octubre de 2002–, su posterior reinserción laboral y los lazos familiares en el país –madre, hermanos y sobrinos–, y en particular, su matrimonio con un argentino naturalizado. En base al examen de esos elementos entendió que la decisión de la administración no se ajustaba a los preceptos constitucionales y legales propios de la materia.

En el año 2021 encontramos un *impasse* momentáneo en el declive de los estándares de la Corte en “Roa Restrepo”.¹⁰ Aquí, el tribunal decidió revocar lo actuado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, puesto que al validar la expulsión del Sr. Roa Restrepo utilizó una normativa distinta a la que había utilizado la Dirección Nacional de Migraciones a la hora de dictar la disposición que establecía la expulsión.

Vale remarcar que en el presente caso no se exigía por parte de la Corte una armonización de la normativa vigente, sino que sencillamente bastaba con leerla para comprender que la Cámara no solo se había excedido en el control de legalidad y razonabilidad, sino que había sustituido los motivos que conformaban el acto administrativo, impidiendo que el Sr. Roa Restrepo pudiera debatirlos en sede administrativa y judicial.

Con fecha posterior a “Costa Ludueña”, encontramos el fallo “Huang”¹¹ (2021), en el que la Corte revocó la sentencia de Cámara que había concedido la residencia temporaria al actor, exceptuando el cumplimiento del “ingreso irregular al país”, ya que poseía todos los otros requisitos para obtener una residencia temporaria.

La CSJN confirmó su expulsión sin considerar que el migrante era empleado de una empresa en Argentina, realizaba aportes previsionales, había presentado certificados de buena conducta, había realizado el pago de las tasas por trámite migratorio y presentado la declaración jurada de domicilio.

¹⁰ Fallos 341:500.

¹¹ Fallos 344:3580.

En el mismo año, en “Otoya Piedra”¹² la Corte dejó sin efecto la sentencia dictada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en la que se había afirmado que la administración no había valorado parámetros como

la naturaleza y gravedad del delito cometido; el tiempo que se prolongó la residencia de extranjero en el país, el tiempo que transcurrió desde que el extranjero cometió el delito y el examen de la conducta desplegada con posterioridad; los vínculos sociales, culturales y familiares que desarrolló en el país de residencia y con el de destino y la duración de la prohibición de reingreso.

Agregamos que tampoco se había valorado la existencia de cónyuge y dos hijos con residencia permanente en el país. Frente a este panorama, la Corte fundó su postura en el precedente “Barrios Rojas”, realizando una interpretación estricta de la excepción de la expulsión por motivos de reunificación familiar, separando de esta manera a una familia e imposibilitando su reunión en el país debido a la expulsión de carácter permanente.

Coincidimos con la postura que sostiene que

en el caso Otoya Piedra, la Corte omitió hacer consideración alguna sobre el derecho de los niños y niñas a ser escuchados. No hay referencia en la sentencia al art. 12 de la CDN y, menos aún, a los estándares que a lo largo de los últimos años han sido desarrollados para asegurar su aplicación a los procedimientos migratorios.¹³

También en 2021 encontramos el fallo “Peralta”.¹⁴ En este precedente, la Corte confirmó la decisión de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que rechazaba el recurso de la actora en función de que “la Dirección Nacional de Migraciones no actuó de forma ilegítima o arbitraria, sino que aplicó la normativa migratoria ejerciendo las potestades allí otorgadas”.

El Sr. Peralta había sido condenado a la pena de dos años y tres meses de prisión de ejecución condicional como partícipe secundario del delito de tentativa de contrabando calificado de estupefacientes y solicitó la reunificación familiar, alegando la presencia de su hermano y hermana en el país.

La Corte nuevamente sostuvo el fallo “Barrios Rojas” y confirmó la expulsión de carácter permanente del Sr. Peralta por la comisión de un delito que ni siquiera conllevaba la privación de libertad de la

12 Fallos 344:3600.

13 Ceriani Cernadas, Pablo y Odriozola, Ignacio, “Personas migrantes. Expulsiones. Niños y niñas. Educación. CSJN, ‘Huang, Qiuming c/EN-DNM s/recurso directo DNM’; ‘Otoya Piedra, Cesar Augusto c/EN-DNM s/recurso directo DNM’; 7 de diciembre de 2021 y ‘Costa Ludueña, Peter Harry c/UBA s/Amparo Ley 16.986’; 28 de octubre de 2021”, p. 11, recuperado de <https://debatesdh.blogspot.com/2022/08/nuevo-comentario-fallos-de-la-csjn.html>

14 Fallos 344:3683.

persona. Nuevamente se puede apreciar una tendencia a atribuir a las personas migrantes la responsabilidad de la existencia de narcotráfico y la persecución por ello.

Corresponde hacer un comentario respecto de la concepción de familia que actualmente contiene la normativa migratoria, que deja por fuera las distintas formas por las que se puede conformar una familia en sentido amplio. La normativa solo se concentra en familiares ascendientes y descendientes en línea recta y cónyuges. También remarcamos que esta decisión echa por tierra lo dicho en el precedente “Apaza León” que hemos mencionado con anterioridad.

Para finalizar con este breve recorte, encontramos el fallo “Manzaba Cagua”¹⁵ (2022), en el que la Corte aplica el fallo “Apaza León” pero con una salvedad, ya que sostiene que

en los supuestos en los que la condena se refiera a un delito vinculado con estupefacientes sin relación con el proceso de tráfico de esas sustancias, como ocurre en este caso, resulta aplicable la doctrina establecida por esta Corte en el precedente.

Esto confirma una postura clara de ser flexibles respecto de la expulsión en caso de narcotráfico aun cuando se trate de penas inferiores a tres años, lo cual puede entenderse tanto como una incongruencia frente a los propios antecedentes, como una persecución discriminatoria hacia las personas migrantes, sin mediar una justificación razonable ni constitucional.

A partir de este recorrido podemos extraer algunas conclusiones preliminares que permiten analizar el fallo dictado por la CSJN en “Costa Ludueña”. En primer lugar, en todos los fallos dictados con anterioridad al año 2019 la CSJN ha reconocido ampliamente los derechos de las personas migrantes en Argentina, echando mano a pautas de interpretación que permiten sostener una postura garantista y respetuosa de los derechos humanos. Sin embargo, el máximo tribunal nacional lentamente y caso a caso comenzó un camino de declive, desconociendo tanto las normas nacionales e internacionales, como sus propios precedentes.

2. El caso “Costa Ludueña”

El caso que aquí comentamos comenzó a raíz de la denegación por parte de la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA) de la inscripción a la carrera de Sociología, con fundamento exclusivo en la carencia de Documento Nacional de Identidad argentino, por parte del actor, quien se encontraba privado de libertad.

Esta exigencia se hallaba exclusivamente fundada en el artículo 19 de la Resolución N° 7349/133 y el artículo 6, anexo I, de la Resolución N° 3836/11 del Consejo Superior de la UBA.

¹⁵ Fallos 345:270.

Frente a esta postura, la primera instancia judicial falló a favor de la UBA y el pronunciamiento fue revocado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, remitiéndose por razones de brevedad al dictamen elaborado por el Fiscal General Rodrigo Cuesta, quien había sostenido que

el requerimiento del DNI para la inscripción de una carrera de grado constituye una exigencia formal excesiva e injustificada, pues en el art. 7 de la ley de migración se establece que en ningún supuesto la irregularidad migratoria de un extranjero puede impedir su admisión como alumno de un establecimiento educativo.

Además, señaló que

la necesidad de asegurar la verdadera identidad de quienes pretender formar parte de la comunidad universitaria debía tenerse por satisfecha mediante la presentación del pasaporte del actor, toda vez que este había sido el documento que las autoridades consideraron idóneo para tener por demostrada fehacientemente su identidad en el marco del proceso penal seguido en su contra.

A estos argumentos podemos sumar el artículo 141 de la Ley Nacional de Educación N° 26206, que establece que

El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires deberán garantizar a las personas migrantes sin Documento Nacional de Identidad (DNI), el acceso y las condiciones para la permanencia y el egreso de todos los niveles del sistema educativo, mediante la presentación de documentos emanados de su país de origen, conforme a lo establecido por el artículo 7° de la Ley N° 25.871.

Se advierte con claridad que la identidad del Sr. Costa Ludueña se encontraba plenamente acreditada con su pasaporte.

Sin embargo, la sentencia de la Cámara fue dejada sin efecto por la CSJN, alegando que

el hecho de que, en este caso, el peticionario no pueda regularizar su situación migratoria por la particular situación penal en que se encuentra y, por ende, se vea impedido de tramitar el documento nacional de identidad argentino requerido por la demandada, no torna arbitraria o irrazonable una reglamentación

que se muestra homogénea en sus exigencias para todas las personas que procuran acceder al programa implementado por la universidad en establecimientos del Servicio Penitenciario Federal.¹⁶

Respecto de esta postura sostenida por la Corte podemos señalar dos aspectos relevantes. Por un lado, el máximo tribunal basa gran parte de su fundamento en una ley promulgada por un gobierno *de facto* en 1968 (art. 13 de la Ley N° 17671). Paradójicamente, esta “ley” invocada por la UBA fue dictada por la misma dictadura que, dos años antes, había propiciado la llamada “Noche de los Bastones Largos”, es decir, la represión y detenciones masivas de docentes y estudiantes de varias facultades de dicha universidad.¹⁷

Por el otro, el argumento no encuentra asidero cuando se alega que por el simple hecho de ser un requisito homogéneo no es arbitrario o irrazonable, toda vez que, se torna contradictoria dicha postura cuando se analiza el requisito a la luz de la normativa vigente en la temática. Es que se aplica un requisito de forma homogénea a una población que no se encuentra en condiciones homogéneas, por lo que se produce la discriminación. Si todas las personas en Argentina fuesen capaces de adquirir su DNI con facilidad los artículos 141 de la Ley Nacional de Educación y 7 de la Ley Nacional de Migraciones no tendrían razón de ser.

La pregunta es ¿para qué los y las legisladores/as protegerían puntualmente a los migrantes respecto de la capacidad de contar con el DNI si esta situación no generará un terreno posible de actos discriminatorios? Frente a esto sostenemos que precisamente las normas mencionadas en el párrafo anterior fueron creadas con la finalidad de permitir a las personas migrantes la acreditación de su identidad con una documentación distinta al DNI, reconociendo que en el caso de las personas migrantes la no tenencia de este documento no podía suprimir el derecho al acceso a la educación. En igual sentido, no existe normativa vigente en Argentina que prohíba el acceso a la educación de personas migrantes que estén atravesando una condena. En todo caso, de existir causa de impedimento de permanencia de la persona en el país se deberá dejar que acceda al derecho a la educación por lo menos hasta el momento de su expulsión.

La CSJN también sostuvo que

es preciso observar que el único obstáculo para que el actor pueda obtener el documento nacional de identidad argentino que se le exige está dado por la condena a una pena privativa de la libertad que se encuentra cumpliendo en la Argentina lo que, conforme con lo dispuesto en el art. 29, inc. c de la ley 25.871, es causa impeditiva de su permanencia en el país.

¹⁶ Fallos 344:3132.

¹⁷ *Idem*, nota 13, p. 12.

Entendemos que el análisis de la Corte es errado, toda vez que lo que importa es que el DNI no puede ser un obstáculo para garantizar el acceso a la educación, por lo cual, no es relevante qué obstáculos existen para la obtención de este.

3. Reflexiones finales

Con todo, resulta clara la tendencia del tribunal a disminuir el nivel de los estándares de protección sobre las personas migrantes, que como hemos visto históricamente tendía a un desarrollo positivo. Como se observa, toda vez que la Corte requiere de una interpretación armónica del ordenamiento jurídico suele aferrarse a la interpretación literal de la normativa siempre en desmedro de las personas migrantes. Es por esto que creímos importante problematizar este actuar cada vez más recurrente de la Corte para visibilizar los problemas con los que se encuentran las personas migrantes cuando recurren al sistema judicial en busca de que se protejan sus derechos. Parecería que los migrantes son víctimas de exigencias mayores a las que se les exige al resto de la sociedad.

Nuestro sistema constitucional reconoce amplios derechos a quienes deseen habitar el suelo argentino. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye un avance y un enfoque distinto del que venimos describiendo. Si bien por un lado la Constitución Nacional fomenta la migración europea desde su creación en 1853-1860, su Preámbulo es claro al sentar como objetivo “promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”, en clara oposición a otras constituciones anteriores, que otorgan derechos solo para “nosotros y nuestra posteridad” (Estados Unidos de Norteamérica). Esta amplitud del Preámbulo incorpora el concepto de “habitante” como única condición para el ejercicio de los derechos que acuerda la CN. Por su parte, los artículos 14 y 14 bis extienden la protección de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales a todos los habitantes de la nación “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”. El artículo 16 determina que “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...”. El artículo 18 agrega que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa [...] Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes” y el artículo 20 explícita que “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano”.

Por otra parte, la Constitución reformada en 1994 mantuvo, sin modificación, el viejo artículo 25, que establece que “El Gobierno Federal fomentará la inmigración europea”. El mantenimiento de este artículo ha sido unánimemente criticado por los especialistas en política migratoria, ya que no responde a la realidad de los flujos migratorios internacionales en los que la Argentina está inserta y pone en evidencia una preferencia que en el contexto actual adquiere una connotación manifiestamente discriminatoria.

Vale remarcar que no existe un solo tipo de discriminación, sino que existen diversas formas de discriminación, ya sea por su origen nacional –como ocurre con inmigrantes provenientes de algunos países latinoamericanos de la subregión–, sus creencias políticas o religiosas o motivos de índole étnico o racial, etc.

Para ser más específicos, podemos tomar la definición contenida en el artículo 1, primer párrafo de la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia –que cuenta con la firma de Argentina y con media sanción en el Congreso para su ratificación–:

cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito público o privado, que tenga el objetivo o el efecto de anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados Partes.

Por otro lado, en el segundo párrafo se establece que

la discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Los Estados toman decisiones respecto a la migración que se basan en dos criterios primordiales. Las cuestiones de ingreso, permanencia, admisión y egreso de personas dependen de los criterios más o menos exacerbados que acerca de la soberanía tenga un país determinado. Es sabido que, en este sentido, juegan no solo los intereses estatales, sino los orgullos nacionales de las personas y que todo ello contribuye a un sentimiento de pertenencia acentuado que, por contraste, pone en conflicto el ingreso de quienes no son considerados como integrantes al grupo. El segundo aspecto es la íntima vinculación, a la hora de recibir al migrante, entre la situación económica, la oferta de trabajo y la mayor o menor receptividad que esto conlleva. El ser humano solo es visto en su dimensión productiva y esta mirada limitada lo degrada y lo priva de su verdadera dimensión. Parece así que a nadie interesa la persona cuando “no produce”. En efecto, las uniones entre Estados se originaron como mercados comunes, su objetivo es agilizar la circulación de bienes, evitar demoras y trastornos. Sin embargo, la circulación interestatal de personas viene después, casi resignadamente, a regañadientes, y como consecuencia de la paulatina admisión de conceptos vinculados a los derechos humanos, la revalorización del ser humano en tanto tal, sin aditamentos y el reconocimiento de sus derechos por la única razón de ser un humano. Claro que para muchos esta apertura es un capítulo sostenido en las nociones predominantes de la relación de mercado. Por tal motivo, siempre estos conceptos se observan dentro

del marco primordial de la soberanía y el mercado; otros desvalorizan, parcializan o echan una visión sesgada, irónica muchas veces, pero siempre desconfiada, insincera y bastante hipócrita cuando de hablar de derechos humanos se trata.

La consecuencia de sostener estas posturas, a las que el fenómeno de globalización ha venido como anillo al dedo, en la medida que justifica actitudes que, desde otra mirada no solo son intolerables, sino que contienen una intrínseca injusticia, es que predomina en el mundo una suerte de demonización del extranjero. La distancia entre lo que se proclama en orden a los derechos de los individuos y lo que efectivamente se hace al respecto es un abismo que parece imposible de superar. Lo será en la medida que la base del pensamiento sean los conceptos que venimos señalando hasta ahora y que los países desarrollados o más potentes económicamente decidan los caminos a seguir en base exclusivamente a sus necesidades y prescindiendo de los intereses de los demás países y personas.

Esta posición sirve de justificativo para la formulación de regulaciones basadas en el derecho de excepción o derecho penal del enemigo, entendido como una suerte de conjunto normativo que solo se aplica a cierto colectivo individualizado y aislado según criterios aceptados por una generalidad de personas dentro de la sociedad y justificado mediante la exposición de intelectuales de fuste, cuya pluma es utilizada por convicción o conveniencia en la medida que la autoridad que de ellas emana tiene bastante poder convictivo.

Sobre la base de lo expuesto, podríamos hacernos la siguiente pregunta: ¿es razonable negar el acceso a la educación a una persona que –si bien cometió un delito– está buscando “reinsertarse” en la sociedad? Para nuestra mirada, este acto implica tanto una discriminación prohibida, como también una doble “sanción”. Parecería ser, en principio, que todos los habitantes del suelo argentino contamos con los mismos derechos, pero recibimos distintas penas por los mismos delitos o contravenciones si la persona es migrante. Lamentamos que buena parte de la sociedad acepta y, más aún, muchas veces reclama la aplicación de un conjunto normativo distinto para ese colectivo estigmatizado.

Continuando con el análisis jurídico del fallo, debemos mencionar que en la República Argentina, la Ley N° 25871 y el Decreto N° 616/2010, amén de otras leyes que los complementan, recogen todas las señales y advertencias de los acuerdos y encuentros internacionales y, al incorporar como norma la consideración de la migración como un derecho humano, avanzan hacia una situación que ya se encuentra a una distancia enorme de las reglas de los países del denominado “Primer Mundo” con su legislación y administración que criminaliza, persigue, expulsa y discrimina a nacionales y extranjeros.

Las directas consecuencias de esta postura –que considera a la migración como un derecho humano– son la inmediata igualdad en derechos y deberes de unos y otros. El trato y consideración de la irregularidad migratoria como un simple aspecto del ámbito de la administración migratoria permite el otorgamiento de derechos igualitarios con los demás habitantes, constituyendo así un elemento de integración que, a nuestro modo de ver, aun no es suficientemente comprendido ni por aquellos que deben aplicar las normas ni por sus propios destinatarios.

El paradigma de acceso de los bienes se establece formalmente al no hacer distinciones especialmente en materia de educación en cualquier nivel y jurisdicción: salud, seguridad y previsión social. El sistema dota de herramientas efectivas de control judicial imprescindible de todos los actos de la autoridad migratoria y permite el acceso a la justicia en igualdad de condiciones a los efectos de reclamar y proteger derechos que se consideren negados o afectados.

Con este panorama normativo que brevemente mencionamos se encontró una reactivación de la jurisprudencia nacional en aspectos migratorios que quedaron olvidados y apartados durante muchos años en virtud de la legislación restrictiva y autoritaria que resultó derogada por la Ley N° 25871.

En la actualidad se ha comenzado un marcado período de retroceso tendiente a la restricción de derechos de las personas migrantes sobre todo en aquellos momentos en los que se requiere de una lectura armónica de la normativa para garantizar la permanencia de las personas migrantes.

Así es como los tribunales, e inclusive la Corte Suprema de Justicia de la Nación, han acompañado la Ley de Migraciones con decisiones que sientan y refuerzan principios que habían resultado vulnerados, en lo que ha sido una tarea de largo aliento cuyos frutos en los últimos años se ha visto desdibujada por las recientes tendencias de la Corte que dieron objeto a este comentario.

Así, dentro de los avances podemos mencionar la existencia de sentencias que resguardan el derecho de los extranjeros al ejercicio de la docencia pública y privada en la medida que la nacionalidad no es un requisito de la idoneidad; el acceso al empleo y al cargo de funcionarios y magistrados en el Poder Judicial; la posibilidad de concursar para aspirar a cargos en los hospitales públicos.

Lo mismo puede postularse respecto del derecho a la salud, a la seguridad social, a la previsión social, con sentencias que admiten derechos que fueran negados, como la posibilidad de recibir una pensión graciable, a modo de ejemplo, entre muchos otros casos.

Como conclusión, debemos remarcar que esta tendencia claramente regresiva debe ser modificada por el máximo tribunal, quien resulta responsable por sostener una tendencia a favor de la expulsión y disminución de los derechos de las personas migrantes cuando los casos requieren una interpretación más compleja que la lectura estricta de la norma específica, aunque no la única aplicable al caso.