

# **Pertenencia nacional y derechos de nativos y migrantes: representaciones sociales en sentencias judiciales.**

ANAHI PATRICIA GONZALEZ.

Cita:

ANAHI PATRICIA GONZALEZ (2015). *Pertenencia nacional y derechos de nativos y migrantes: representaciones sociales en sentencias judiciales*. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-061/1056>

## **Pertenencia nacional y derechos de nativos y migrantes: representaciones sociales en sentencias judiciales.**

Anahí González

IIGG/FCS/UBA-CONICET

[anahipgonzalez@gmail.com](mailto:anahipgonzalez@gmail.com)

### **Resumen**

En la presente ponencia se aborda el permanente debate acerca de la potestad soberana del Estado para definir quienes forman parte de “nosotros” y quienes serán excluidos de dicha definición. Esta calificación y clasificación consecuentemente supone la determinación de quienes serán los sujetos cuyos derechos serán considerados como válidos y cuáles como ilegítimos. Con este objetivo, se analizan las representaciones sociales respecto al acceso de los derechos de los migrantes internacionales (y comparativamente de los nativos) que aparecen en sentencias judiciales. Si bien, la o las decisiones serán tenidas en cuenta, lo central será indagar acerca del modo como los jueces se *representan* la presencia de los migrantes “entre nosotros” y cómo son visibilizados e invisibilizados como “sujetos de derechos”. Serán dos los casos a considerar. Cada uno de ellos, presenta ciertas particularidades que permiten ejemplificar situaciones paradigmáticas respecto a los derechos humanos de los migrantes y que se encuentran vinculadas con los objetivos e hipótesis de mi tesis doctoral.

**Palabras claves:** DERECHOS SOCIALES-MIGRANTES-IDENTIDAD NACIONAL-REPRESENTACIONES SOCIALES- PODER JUDICIAL

### **Introducción**

La presente ponencia se desprende de mi tesis doctoral en la que abordé el tema de las migraciones internacionales y los derechos humanos de las personas que migran desde una perspectiva que consistió en trabajar a partir de la *mirada* que los nativos, en este caso, miembros del sistema judicial, construían acerca de los migrantes internacionales. Específicamente, se indagó la cuestión a partir de las representaciones sociales existentes en el sistema judicial sobre los migrantes que han llegado a nuestro país a partir de la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad y su vinculación con el modo en que los miembros de dicho sistema conciben el reconocimiento, la accesibilidad, justiciabilidad y disfrute efectivo de los derechos humanos de los migrantes internacionales.

De esta manera, el objetivo general de la tesis fue indagar acerca de cuáles son las representaciones sociales del sistema judicial, del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, Gran Buenos Aires y Federal, en relación al respeto de los derechos humanos de los

migrantes internacionales llegados recientemente. En sintonía con ese objetivo, las preguntas problemas que atravesaron al planteo del problema de investigación fueron: ¿Cómo se vincula el sistema judicial con las poblaciones migrantes internacionales recientes? ¿Cuáles son las representaciones sociales sobre los migrantes que componen la mirada que el sistema judicial tiene sobre aquellos? Teniendo en cuenta esa mirada: ¿Cuál es el grado en que los derechos humanos de las personas migrantes son justiciables? ¿Cómo inciden en las garantías para el acceso real de los migrantes a la justicia? ¿Cuáles serían los obstáculos que dichas representaciones sociales pueden significar para que efectivamente se den esas garantías? ¿Qué rol le compete al sistema judicial? ¿Cómo se ve eso reflejado en las representaciones sociales de los miembros del poder judicial? ¿Qué idea de igualdad y de derechos humanos persiste? ¿Cuáles con las contradicciones del sistema judicial, del propio estado y del modo como está organizada la comunidad política estatal nacional, frente a la retórica de la universalidad de los derechos humanos?

Dada la manera como se ha planteado el problema de investigación es que el modo de abordaje supuso el diseño de una estrategia de carácter cualitativa que buscó conocer la *mirada* del sistema judicial sobre los migrantes internacionales y sus derechos humanos. Se trabajó con tres fuentes de información. Por un lado, se efectuaron entrevistas a miembros del sistema judicial<sup>1</sup>. En segundo lugar, se entrevistó a una serie de informantes claves. Finalmente, se analizaron tres casos<sup>2</sup> que refieren a derechos de migrantes a partir de documentos, principalmente sentencias, dada la centralidad que los fallos tienen en el “mundo del derecho” en tanto re-productor de reconocimiento de derechos. Dado los límites de la extensión de la ponencia, se presentan aquí solo una parte de lo analizado en los fallos, específicamente aquellos dos casos que refieren a derechos económico-sociales de migrantes.

El trabajo se estructura en los siguientes apartados. En primer lugar, se analiza el caso: Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional s/recurso extraordinario, del 4 de septiembre

---

<sup>1</sup> Realizadas en el marco del Proyecto UBACYT dirigido por el Dr. Cohen, titulado: “Exclusión, control social y diversidad articulando la relación entre el migrante externo y las instituciones educativa y judicial”. Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA

<sup>2</sup> El proceso de selección de los casos se basó “(...) en criterios teóricos, en experiencias de observación y en las expectativas depositadas en la unidad seleccionada, en términos de su potencialidad para proveer una base empírica relevante para la interpretación y comprensión del fenómeno estudiado”. (Archenti, 2007:246)

de 2007 (en adelante “Reyes Aguilera”) para, luego, trabajar sobre el caso: “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad, del 31 de marzo de 2005” (en adelante ADC v. GCBA”). Como cierre, se presentan algunas reflexiones finales.

### **El caso “Reyes Aguilera”.**

Son pocos los casos sobre derechos de migrantes que han logrado llegar a instancias judiciales elevadas<sup>3</sup>. Entre ellos se encuentran: Repetto, Calvo, Gottschau, Hooft que accedieron a la Corte Suprema de Justicia y forman parte de la jurisprudencia en la materia. No obstante, estos casos involucraban a migrantes con determinadas características: habían ingresado hace tiempo al país, tenían una profesión, provenían de países de "primer mundo" y de una clase social con ciertos ingresos económicos. Es decir, el "tipo de migrante" que demandaba al sistema judicial, el reconocimiento del derecho en cuestión era "cualitativamente diferente". De este modo, como Mármora (2000) plantea, todos los migrantes no son iguales. Englobar en esa categoría a todas las personas que migran sería no tener presente la diversidad de condiciones en las que viven cada uno de esos sujetos y el modo en que la clase social del mismo incide en la exigibilidad y justiciabilidad de sus derechos.

Considerando esta cuestión, el caso Reyes Aguilera se presenta como “...paradigmático porque pone en evidencia la fuerte discriminación que padecen los extranjeros en situación de vulnerabilidad.”(Clérico, Ronconi y Aldao, 2013:128). Este caso trata la cuestión de una niña boliviana de 12 años que solicita una pensión no contributiva. En la demanda se especifica que refiere al “...goce efectivo de derechos constitucionales a la seguridad social, a la salud y a un nivel de vida adecuado, eliminando toda diferencia o discriminación por razones de su origen nacional en el acceso a la pensión establecida en el art. 9 de la ley 13.478.” Claro está que, este tipo de migrantes, debe atravesar múltiples barreras para acceder al sistema judicial.

---

<sup>3</sup> Para mayor información al respecto consultar: MORALES, D. (Septiembre de 2012). Derechos Humanos de los migrantes en la Argentina. Apuntes sobre nuevas perspectivas jurisprudenciales. (D. T. Legal, Ed.) *Revista de Derecho Público*, 1(2).

“... En el caso este de Reyes Aguilera ganamos en la Corte, pero pasaron 2 jueces, 3 jueces, el procurador 5 y dos jueces de la Corte, 10 funcionarios judiciales, confirmaron que pedirle 20 años a una niña discapacitada al 100 % era constitucional. Es que vos decís, 10 funcionarios judiciales, vos haces la cuenta, bueno, 5 nos dijeron que si, 10 nos dijeron que no en todo el trayecto del caso”. (Abogado, Clínica Jurídica CAREF-CELS)

El caso Reyes Aguilera v. el Estado Nacional<sup>4</sup> nos permite identificar diversas posiciones acerca del acceso a derechos sociales de los migrantes que cuenten con escasos recursos económicos, tanto a partir del análisis de los fundamentos de Primera Instancia, de Cámara como los dados por los jueces de la Corte Suprema de Justicia. La dimensión central a analizar, de las que se desprenden una serie de consideraciones que se tendrán en cuenta es la desigualdad estructural de nativos y extranjeros vinculada a la territorialidad y a la temporalidad<sup>5</sup>, en suma, a las *fronteras* que se establecen entre ambos cuando implica el reconocimiento de derechos económicos sociales. A partir de estas dimensiones es que se analizan las representaciones sociales de los jueces que fallaron en contra de la demandante en las instancias previas a la Corte Suprema, donde finalmente se falló a favor de la niña. En la sentencia emitida en el Juzgado Federal de 1º instancia de la Seguridad Social respecto al caso puede leerse:

“... se observa que ni la menor, ni su grupo familiar radicado en nuestro país (ellos sin perjuicio de las obligaciones que le incumben a sus hermanos mayores de edad residentes en su país de origen), se encuentran desprotegidos socialmente por las autoridades nacionales, en la medida que tanto la menor (...) como su hermana cuentan con la atención médica gratuita del Hospital Pediátrico Dr. Pedro de Elizalde (...) Tampoco se advierte que se le haya negado cualquier otro de sus derechos constitucionales, tales como el consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional, ello es el de aprender, pues (...) la menor concurre a una escuela pública de educación especial. A su vez no se les ha desconocido a sus progenitores el derecho a trabajar, pues (...) el padre de la menor durante muchos años desarrolló tareas en relación de dependencia, integrando el mercado formal laboral, circunstancia que importó su inclusión y la de su grupo familiar primario ordinario dentro del sistema de leyes 23.660 y 23.661. Por su parte, se advierte asimismo que la severa crisis por la que transita la familia, fue específicamente advertida y protegida por las autoridades nacionales, así como lo ha hecho en miles de casos tanto de nacionales como de extranjeros. (Ello sin perjuicio del constante reclamo de muchos otros habitantes para aumentar su otorgamiento, como es de

---

<sup>4</sup> Para un análisis sobre el fallo y sus consecuencias respecto a los precedentes que sienta en materia de las obligaciones del estado en el ámbito de derechos de seguridad social ver: Abramovich, V. "El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales" (pág. 29 a 38) en ABRAMOVICH, V. y PAUTASSI, L. (comp.) *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009.

<sup>5</sup> La cuestión de fondo son los años de residencia del extranjero para el acceso a un derecho.

público y notorio a través del reclamo de distintos grupos sociales,) al otorgársele el plan denominado Jefes/as de Hogar, acordándosele la suma de hoy \$150- Con lo expuesto se pretende dejar aclarado que la situación de crisis económica denunciada que transita la familia de la actora, no es diferente a la de millones de habitantes de nuestro país-nacionales y extranjeros- es decir, a todos los que habitan suelo argentino, habida cuenta los sucesos ocurridos en los últimos años que han colocado a la República Argentina en emergencia social, económica y alimentaria (...) y que, aun en dicho marco, (...) a la familia de la menor actora se le ha permitido sin limitación alguna el ejercicio de sus derechos constitucionales a aprender, a trabajar, a recibir gratuitamente prestaciones de salud, la protección de la discapacidad y a percibir una prestación de carácter estrictamente social como es el plan Jefes y Jefas de Hogar, razón ésta que aleja todo tipo de dudas acerca de cualquier eventual violación a lo dispuesto en el art. 20 de la Constitución Nacional.

No puedo dejar de advertir, a esta altura de la exposición, **la generosidad que el Estado Nacional ha dispensado**<sup>6</sup> en la atención médica de la menor, a la que se le han brindado las prestaciones pertinentes en forma gratuita desde el momento de su ingreso a nuestro país”. (Párrafo sentencia “Reyes Aguilera”)

La jueza considera que el Estado ya ha sido lo suficientemente "generoso" con la familia de la niña, no reconociendo a la demandante como titular de derechos ni la obligación que el Estado tiene como garante del derecho en cuestión. De este modo, lo que es una obligación estatal se transfigura en una actitud de "generosidad" y "dadiva" del mismo, reforzando una visión de los derechos sociales como "meras declaraciones de intención". Asimismo, subyace al discurso pronunciado la comparación entre los derechos que tendrían los nativos y los extranjeros. Cuando el criterio para el acceso a derechos económico-sociales refiere no a la necesidad de los sujetos sino a cuestiones como la nacionalidad, el eje de la discusión ya no se centra en la inclusión sino que se presenta en términos de exclusión.

En este caso, el motivo de la exclusión al derecho en cuestión son los años de residencia (20) que la normativa estipula. En otros términos, la territorialidad y la temporalidad como criterios para el merecimiento de un derecho justifica las fronteras. Penchaszadeh (2012) plantea, en relación al reconocimiento de los derechos políticos de los migrantes, que “la cuestión de la diferencia espacio-temporal que supone la condición de *extranjería*, “condición” que implica la posibilidad de marcar un adentro y un afuera de la comunidad, es central en el marco de nuestras sociedades...”. Lo mismo puede plantearse al respecto cuando se trata de otros derechos, como los económicos sociales. Es el estado el que establece el tiempo de permanencia con “nosotros” del migrante para que éste sea

---

<sup>6</sup> Las negritas no pertenecen al original

considerado *merecedor de determinados derechos*. En el ejercicio de su soberanía se evidencia nuevamente la relación asimétrica que se establece entre los nacionales, representados por el estado, y los extranjeros. Esa situación sitúa al migrante en una condición de desigualdad. Su adscripción a un grupo en particular los ubica, dentro de la configuración social, en una posición desventajosa. Hay un límite para sus “demandas” vinculado con su no pertenencia “natural” a la comunidad nacional desde siempre o, al menos, desde un tiempo (20 años, en este caso) estipulado soberanamente por el estado nacional.

“ (...) la admisión de la petición incoada en estos autos representaría la posibilidad de que todo extranjero de cualquier nacionalidad (europeo, asiático, africano, americano o del continente oceánico) por el solo hecho de pisar el suelo argentino se podría hacer acreedor al otorgamiento de la prestación asistencial pretendida de reunir los restantes recaudos, circunstancia que importaría quebrar el financiamiento de las referidas prestaciones ya que el mismo se encuentra aún más limitado por la sumas que anualmente se establecen en la ley de presupuesto nacional en función de las bajas otorgadas y que pondrían en situación de desigualdad precisamente a aquellos que cumplen con los dos años de residencia exigidos”.  
(Párrafo sentencia “Reyes Aguilera”)

Al argumento de la no pertenencia a la comunidad nacional, se suma la idea de la escasez de recursos del estado<sup>7</sup>, esgrimiéndose el argumento que se trataría de una competencia entre migrantes y nativos y sosteniendo, además, la teoría del aluvión migratorio que, a su vez, refuerza un *razonamiento instrumental*<sup>8</sup> de las migraciones. (De Luca, 2004) Es decir, desde una perspectiva que considera posible "gobernar" las migraciones, subyace la idea de que el aumento de medidas restrictivas tendría como efecto la llegada de menor migración a los países que las apliquen. Esta premisa se ve desmentida, por ejemplo, en el caso de Estados Unidos, donde la política referida a los migrantes es marcadamente excluyente y, sin embargo, los migrantes siguen llegando. Aplicar esta misma lógica pero a la inversa, es

---

<sup>7</sup> Cabe mencionar que a nivel de la jurisprudencia y la doctrina internacional se ha establecido determinado nivel de consenso acerca de que el deber de no discriminar no está sujeto a la disponibilidad de recursos presupuestarios. Es decir, no se puede aducir la insuficiencia presupuestaria como argumento para discriminar a un sujeto o grupo en el acceso a derechos sociales.

<sup>8</sup> “...la visión instrumental de la inmigración es un corolario de esa concepción política y por eso, *lógicamente*, no puede plantearse la cuestión de la ciudadanía como contenido de la política migratoria. Esta visión encierra la discusión relativa al modelo político de gestión de la inmigración en un debate acerca de los pros y contras de la «apertura» de nuestras sociedades a esos movimientos migratorios que nos tienen por destino, un debate reducido a un ámbito sectorial, el del mercado (que en tantos planteamientos suplanta a la sociedad) y aún más concretamente, el mercado de trabajo, en una especie de operación contable en la que inevitablemente se busca cómo asegurar el saldo positivo de un juego de oferta y demanda. Esa visión instrumental viene exigida por la ficción de que la presencia del extranjero, del inmigrante (y con ello su *status* jurídico y político, lo que podríamos llamar el «contrato de extranjería» en relación con el de ciudadanía) es provisional, parcial, superficial. Por tanto, que el mundo, jurídica y políticamente hablando, se divide en dos: los ciudadanos y los que no lo son”. (De Lucas, 2002:79)

decir, pensando que si se otorga determinados derechos a los extranjeros se producirá un aluvión de los mismos es no entender que los flujos migratorios responden a las causas estructurales que en la mayoría de los casos las políticas migratorias no pueden controlar.

“En síntesis, la pretensión deducida en estos autos en nombre y representación de la menor y de todo el grupo de extranjeros residentes en el país importaría reconocer que el Estado Nacional mediante pensiones asistenciales financiadas con fondos provenientes de su presupuesto, debería solventar las contingencias de vejez e invalidez *de todos los habitantes del mundo* con tan solo horas de residencia, circunstancia que resulta a todas luces improcedente y que, por ello, justifica la razonabilidad del recaudo exigido”. (Párrafo sentencia “Reyes Aguilera”)

La indeterminación, que implica la figura del migrante, desafía al orden nacional y al estado de derecho que establece que los habitantes que residen en el territorio deben gozar de los derechos que las normativas locales e internacionales estipulan. Estos derechos, a pesar del desarrollo de instancias y normativas de índole internacional, están pensados – al menos en teoría- a partir del arraigo, del compromiso con una comunidad nacional y local. La imprevisibilidad del extranjero, la desconfianza que inspira está dada por su posibilidad siempre presente de partir. (Bauman, 1998) Una de las posibles “soluciones” que los estados establecen para que el extranjero “pruebe su lealtad” es la nacionalización, es decir “eligiendo” formar parte de “nosotros” (luego de vivir “entre nosotros” cierto tiempo, también estipulado unilateralmente por el estado) y, de ese modo, pasar a ser merecedor de ciertos derechos.

“Cabe asimismo abundar en el punto en tanto que el derecho pretendido por la amparista no le es negado, sino que se sujeta a una condición de índole temporal admisible en razón de la gran cantidad de sujetos comprendidos y lo limitado de los recursos disponibles, circunstancia que, en razón de lo expuesto precedentemente, aleja de toda idea de discriminación posible sobre todo considerando los demás derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales, que la menor goza y que tiene derecho a gozar. Por otra parte, no escapa a mi conocimiento y a la interpretación adecuada de las normas en juego, que la propia reglamentación reduce el plazo de residencia continuada a cinco (5) años anteriores a la solicitud para los argentinos naturalizados., sin que se hubiese alegado en estos autos que los padres de la menor (a cuyo cargo se encuentra la autora en autos) hubiesen intentado siquiera obtener la nacionalidad argentina.(...) Consecuentemente la demanda en cuanto solicita la declaración de inconstitucionalidad del inciso d) del Dec. 432/97 texto original, que requiere, para los extranjeros, 20 años de residencia en el país, habrá de ser rechazada”. (Párrafo sentencia “Reyes Aguilera”)

De este modo, las fronteras espacial y temporal es una marca que carga todo migrante y de la cual no puede escapar. Al decir de Balibar (2005), el migrante muchas veces es una frontera en sí mismo, salvo que, y si reúne todos los requisitos establecidos por el estado nacional, logre ser etiquetado como “uno de los nuestros”. Es así que “el estado nacional redefine a los amigos como nativos; dispone conceder derechos <<solo a los amigos>>, a todos los residentes del territorio sometido a su autoridad. Y viceversa, se otorga los derechos residenciales solo si semejante extensión de la amistad es deseable”. (Bauman, 1998:106) En la exigencia de nacionalización subsiste la idea del reconocimiento de derechos humanos a los migrantes pero con condiciones. El migrante pasa a ser un sujeto portador de derechos pero para que sean efectivos, el extranjero, debe despojarse de lo que “era” y ser lo que “nosotros somos”. Nuevamente, el estado ejerce su soberanía, violentando la identidad del extranjero y cuestionando cuáles serían los verdaderos motivos por los cuales convive con “nosotros”.

Asimismo, culpabilizar a los extranjeros de flagelos sociales y económicos, como los altos niveles de desempleo, de inseguridad, etc. ha sido un hecho históricamente recurrente. Por este motivo, es que consideraciones respecto a posibles “invasiones” de hordas de migrantes a causa del otorgamiento de algún beneficio social, no puede sino enmarcarse en este tipo de posturas que ven a las migraciones como un “problema”

Ahora bien, en la siguiente instancia judicial interviniente, el Fallo de la Cámara Federal de Seguridad Social, apoya lo sentenciado por el Juzgado de Seguridad Social y retoma los mismos argumentos, rechazando los agravios planteados por los amparistas. Se replican las representaciones sociales que vinculan al migrante con un sujeto de derecho no pleno, “ya se les han reconocido suficientes” asimismo la Cámara establece que *“en el caso, la situación de incapacidad acreditaría uno de los extremos exigidos por la norma pero, al mismo tiempo, la menor no tiene los veinte (20) años de residencia en el país, exigidos por la reglamentación vigente por lo cual no puede acceder a la pensión no contributiva por invalidez”*, para finalmente concluir que *“ así las cosas, una supuesta discriminación por discapacidad no puede ser usada como argumento para agravarse la sentencia de V.E. por lo que también cabe su rechazo”*. De este modo, reafirman, al tiempo que sustentan, que el rechazo a la demanda de otorgamiento de la pensión es por causa de la nacionalidad de la niña. Ello supone además una serie de representaciones sobre el “lugar” relegado y

desigual en que la sociedad receptora ubica a los migrantes, cuestionándose su calidad de titulares de derechos. En suma, los argumentos aquí reseñados de las diversas instancias, respecto a este caso, podríamos englobarlos, con mayor o menor intensidad, en lo que Ceriani, Morales y Ricart (2007) entienden como “disgusto nacionalista”:

“...este malestar se conforma o caracteriza por tres elementos: en primer lugar, el rechazo a la igualdad entre nacionales y extranjeros impuesta por la Constitución Nacional hace más de un siglo y medio; en segundo lugar, la imposibilidad o falta de voluntad o coraje para propugnar una reforma constitucional; y tercero, un denotado intento de torcer y retorcer una y otra vez la interpretación de las normas jurídicas, con el fin de negar o mitigar el impacto de la mencionada igualdad constitucional”.

Reconocimiento y distribución se presentan así como las dos variables a tener en cuenta cuando analizamos el proceso de exclusión a derechos de los migrantes. (Bauman, 2005)

Estas mismas dimensiones podemos evidenciarlas en el caso que se analiza a continuación.

### **El caso “ADC v. GCBA”**

Este caso refiere a un pedido de declaración de inconstitucionalidad del artículo 1º inciso “a” de la Ley 668 que establecía ser argentino como requisito para ingresar a la docencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

El análisis de esta sentencia permite ver, el ideario y las funciones que- en parte del sistema judicial- se le atribuyen a la escuela como institución estatal y su relación con la presencia de migrantes. Históricamente, la institución escolar ha cumplido un rol fundamental en el proceso de constitución de la identidad nacional. Los docentes llevarían adelante en la escuela pública normal la “misión nacionalizadora”, ya que allí confluirían los niños de las más diversas extracciones sociales. Ya sean nativos, migrantes, nativos hijos de migrantes o de nativos, se “encontrarían” a los efectos de aprender a leer y escribir, adquirir conocimientos de las diversas ciencias, pero también valores, imaginarios, un sentimiento de pertenencia nacional, de patriotismo, de semejanza. En ese espacio de homogeneización, el maestro cumpliría un rol esencial. Aquel imaginario asociado el docente como ejemplo a seguir y guía para la construcción del “ser nacional persiste aun hoy como puede leerse en la sentencia:

“El Estado considera que los niños que se encuentran en determinada edad escolar y concurren a las escuelas públicas deben formarse con maestros que deben reunir, entre otros requisitos de idoneidad, el de la nacionalidad argentina”. (Párrafo de la sentencia “ADC v. GCBA”)

De modo que, la idoneidad de los docentes, para transmitir contenidos vinculados a la recreación del sentir nacional, se vincula directamente con su pertenencia “natural” a la comunidad nacional.

“...en buena parte de sus supuestos, el de los maestros de escuela primaria, el docente es un conductor único de la enseñanza en el grado, de manera que si la nacionalidad es significativa para la transmisión del mensaje, naturalmente es también justificado que sea ella exigida al único transmisor: el maestro. En el caso de los docentes del área de Educación Superior, la situación es algo menos intensa. Mientras el compromiso que la ciudadanía implica puede estimarse relacionado con la enseñanza de la historia, es difícil verlo en el supuesto de la de matemáticas. Sin embargo, es admisible que el legislador vea en todo educador, en mayor o menor grado, un líder espiritual...El requisito de la nacionalidad, por sí solo, no convierte a una persona en idónea para cumplir con los deberes que las leyes de educación le imponen -aptitudes que deberán ser apreciadas, en cada caso, por la autoridad administrativa correspondiente-, pero sí permite suponer, en ese individuo que posee la nacionalidad, un mayor compromiso con la comunidad que lo recibe. Es por ello que resulta razonable el requisito de nacionalidad establecido en la normativa en cuestión (...) cuando se trata, como en el caso, de promover convicciones -y en la medida en que sea legítimo hacerlo-, existe una relación objetiva entre la idoneidad para inducir la idea en el alumno y la participación del educador en la creencia cuya adopción se persigue. Esta relación queda sintetizada por el viejo adagio “predicar con el ejemplo”. Es a todas luces evidente que quien es habitante de la Nación, pero no adopta la nacionalidad argentina no obstante tener abierta esa posibilidad, está en una situación en que le resulta difícil ser convincente en la tarea de inducir el compromiso del alumno con la sociedad argentina”. (Párrafo de la sentencia “ADC v. GCBA”)

De esta manera, la imagen de nación habilita la delimitación de fronteras simbólicas y materiales. (Balibar, 2005) En este caso, el docente extranjero representa aquel que no porta los valores que deberían transmitirse a los futuros ciudadanos de la Nación. Encarna al forastero de Schütz, aquel ser que posee pautas culturales (usos y costumbres, leyes, hábitos, modas) diferentes a las de la sociedad receptora. Así planteado el asunto, cabe preguntarse: ¿Cómo puede medirse el compromiso con los valores nacionales? Más aun. ¿Cuáles serían esos valores nacionales que deberían transmitirse y protegerse de una eventual contaminación exógena de docentes extranjeros? Puede decirse que atraviesa a estas ideas una visión estática de la identidad nacional. Esta mirada supone una doble ilusión: de proyecto y de destino. Que se basa en creer que, de generación en generación, se transmite una especie de sustancia o sustrato invariable y en la creencia que esa evolución que compartimos era la única que podía acontecer. (Balibar, 1988.)

En la determinación de quienes pueden ocupar los cargos de docentes, diferenciando en públicos y estatales, de nivel primario, medio, universitario, es el Estado el que establece

qué prueba de “lealtad” se le requerirá al extranjero La asimetría de poder es evidente, así como su arbitrariedad, la cual se hace más clara cuando el extranjero se convierte casi “mágicamente” en idóneo para transmitir los valores patrios y el sentimiento nacional al cumplir con el trámite de nacionalización, otro acto generoso, claro está, por parte del estado para con el migrante que le permite pasar por esa “prueba de lealtad” si pretende acceder a cumplir con la misión de transmisión de la identidad nacional. La cuestión de la nacionalidad (garante del compromiso) podría resolverse entonces con un trámite burocrático que compruebe el compromiso con la comunidad nacional, una especie de “rito de pasaje” a través del cual afirmaría el interés genuino del migrante en formar parte de “nosotros”, de nuestra comunidad de “iguales”.

“Las reflexiones precedentes, en un país decididamente generoso para otorgar a los extranjeros la naturalización con la corta residencia de dos años continuos en el país -tal cual lo contempla y garantiza el art. 20 de la Constitución Nacional-, convierten el requisito de la nacionalidad para la docencia oficial en algo diferente a un indebido o exorbitante privilegio para los naturales del país. No es, por lo demás, una odiosa o inequitativa discriminación con finalidad persecutoria para con los extranjeros en general, o para con una nacionalidad en particular, extranjeros a quienes, además de la posibilidad de la naturalización, se le reconocen con amplitud el derecho a trabajar y ejercer industrias lícitas, incluso la docencia en establecimientos privados. En definitiva, la cuestión podrá ser debatible en el plano del control difuso de constitucionalidad y ante un caso concreto<sup>9</sup> (cfr. doctrina de la causa “Calvo y Pesini”), pero no mediante un escrutinio ejercitado en abstracto que conduciría a la pérdida de vigencia de la norma con efectos erga omnes. Es que no se advierte la irrazonabilidad de las disposiciones atacadas en abstracto, a la luz de los objetivos específicos que se contemplan en el conjunto de disposiciones que disciplinan la prestación del servicio estatal de educación pública. Además, como es sabido, la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como “última ratio” del orden jurídico”. (Párrafo de la sentencia “ADC v. GCBA”)

En este caso pueden identificarse además elementos de un “nacionalismo constitucionalista” y de un “nacionalismo culturalista”. Este último, más cercano a los fundamentos que refieren a la centralidad de la escuela como transmisora de la identidad nacional, supone la identificación con una serie de pautas culturales como la lengua, los símbolos patrios, costumbres, etc. En cambio, el “nacionalismo constitucionalista” e imitativo postula que “... la pertenencia a una nación se define por la adhesión a la Constitución de un país en tanto código que establece las leyes fundamentales que regulan

---

<sup>9</sup> Como se ve también en este caso, aparece el recaudo de no generalizar el reconocimiento del derecho a todos los extranjeros, como sería en esta situación al tratarse de una norma, sino que debe estudiarse y fallarse en consecuencia en cada caso.

aquellos derechos naturales y por ende universales: libertad, propiedad, seguridad, etc.” (Terán<sup>10</sup> 2008: 104) Según Terán, ambos nacionalismos están presentes en los discursos de la época de construcción de la Nación Argentina y Alberdi (como veremos, citado recurrentemente en la sentencia) sería uno de sus representantes fundamentales. Paradójicamente, en la definición alberdiana de Nación no hay referencia a la idiosincrasia, ni una preocupación por la contaminación de los valores nacionales por parte de los extranjeros, al contrario, su propuesta inicial del “transplante inmigratorio” permitiría, luego de la mezcla con lo autóctono, la “mejora” del pueblo. Su visión se encuentra influenciada por el pensamiento liberal inglés, por Smith, por el individualismo y la importancia del desarrollo de patrimonio nacional, la riqueza es sinónimo de patria.

En el caso de los jueces que sostienen la inconstitucionalidad de la norma, se hace referencia a “Las Bases...” de Alberdi, específicamente a los artículos vinculados al derecho al trabajo del que gozarían todos los extranjeros. La perspectiva alberdiana refiere a un sistema económico liberal que se presentaba como necesario para el desarrollo nacional. Este será el objetivo que regirá lo postulado por Alberdi en todos los aspectos a los que se refiere en “Las Bases...”, incluyendo la cuestión de los extranjeros y sus derechos. Así, la frase célebre “gobernar es poblar” se vincula con el fomento de la inmigración europea y el “transplante” de migrantes como fuerzas productivas que permitieran el desarrollo del país. El reconocimiento al acceso de puestos laborales constituiría parte de esta misma estrategia. Los valores a los que Alberdi apela en “Las Bases...” son el de la individualidad, el egoísmo, “...la idea de que cada ser humano es un sujeto independiente lanzado a su autorrealización”, para la cual hay que dar garantías y derechos-principalmente el de la propiedad privada-que posibiliten el despliegue del accionar económico y productivo<sup>11</sup> (Terán, 2008; 2004). Empero, Alberdi, como tantos otros, si bien consideraba que la migración sería un aporte para el desarrollo del país, quienes debían conformar esa ola migratoria no sería cualquier migrante, sino que “...el

---

<sup>10</sup> Este autor plantea que los representantes intelectuales del nacionalismo constitucionalista fueron principalmente Esteban Echeverría, Domingo Faustino Sarmiento, Juan María Gutiérrez, Vicente Fidel López, José Mármol, Félix Frías y Juan Bautista Alberdi (sobre este último haremos referencia dada, su inclusión, por los jueces en la sentencia a analizar) Al tiempo que, quienes encarnaron el nacionalismo culturalista fueron Miguel Cané, Eduardo Wilde, Lucio Mansilla y Paul Groussac. (Terán, 2008) Conocidos respectivamente como la generación del 37’ y la generación del 80’.

<sup>11</sup> En este sentido, el nacionalismo constitucionalista puede ser compatible con una perspectiva liberal que coloque al individuo por encima de todo. En cambio, entra en contradicción con el nacionalismo culturalista, ya que éste ubica a la idea de comunidad nacional por encima de los intereses de cada individuo.

ejemplar por imitar se ciñe al continente europeo, y dentro de él, a Francia e Inglaterra”. (Terán, 2004: 24)

No obstante, la alusión a la Constitución, como ley fundamental, y a sus referentes intelectuales, es un recurso argumentativo que es funcional también una lógica excluyente y regresiva en relación al reconocimiento de los derechos de los extranjeros, sobre todo cuando se trata de fundamentar el argumento de los “recursos siempre limitados del Estado”. Clérico y Schwartzman (2007:349) dicen que esta interpretación de lo propuesto por Alberdi se enmarca en una perspectiva originalista de la Constitución y que “...la aplicación exclusiva de este canon de interpretación suele ser atribuido a posiciones de interpretación constitucional conservadora.”

“También este artículo debe ser examinado a la luz de los pasajes transcritos de las Bases. Mientras el texto y sus antecedentes están indicando que fue vocación de sus redactores abrir la administración pública a los habitantes no ciudadanos, no es dudoso, al mismo tiempo, que ven en la condición de extranjero una razón para poner límites al acceso a ciertos cargos que podríamos llamar sensibles. Esto es transparente en Alberdi (...) En síntesis, el legislador no puede escoger la condición de extranjero por sí sola para impedir el ingreso de un habitante al empleo público. Pero, al mismo tiempo, ser extranjero puede ser relevante para el ejercicio de aquellas funciones en que el compromiso con la Nación requiera un vínculo más intenso y permanente que el que da haber elegido su territorio como asiento del domicilio, en alguna de sus formas.” (Párrafo de la sentencia “ADC v. GCBA”)

Las menciones a “empleos sensibles” que requieren el “compromiso con la Nación” recuerdan la centralidad del Estado y sus instituciones como organizadoras de la sociedad. Las reminiscencias de la época de construcción del Estado Nacional y del proceso de nacionalización de la sociedad argentina suponen una reinterpretación de aquellas decisiones e imaginarios que edificaron, empleando un término de Anderson (1993), la “comunidad imaginaria nacional.” Haciendo referencia a esos elementos del pasado, Cohen (2009:20) sostiene que existen “huellas históricas” que, resignificadas, atraviesan las relaciones sociales actuales y consecuentemente:

“A lo largo de este, aproximadamente, siglo y medio pudo haberse constituido el país como una sociedad intercultural rica en diversidad étnica, con pueblos originarios, migrantes externos de origen latinoamericano, europeo, africano y asiático. Sin embargo, no se optó por esta alternativa, siempre el modelo predominante fue el de constituir una sociedad excluyente y hacedora de una obsesión, considerar que para construir su identidad nacional debía confrontar con su propio origen, más aún debía negarlo en su calidad de tal. El examen de admisión del que habla Bauman [refiere a la idea sobre el test de pertenencia permanente y de nunca acabar al que el estado somete a los extranjeros] quizá pueda aprobarse en el

futuro, pero para ello habrá que romper con estos puentes que aún perduran desde la segunda mitad del siglo XIX”.

En suma, lo peligroso no sería lo que aquel ideario postulaba, ya que el mismo debiera ser analizado en relación al contexto histórico al que pertenece, no queriendo decir con esto que este era el único pensar de la época, ya que las ideas de, por ejemplo, los morenistas distaban en algunos aspectos de la visión de la generación del 37’ o de la generación del 80’, no obstante ello, puede decirse, que lo preocupante es que aquellas perspectivas sean trasladadas al día de hoy, cuando la cuestión del reconocimiento, el respeto por la diversidad y los derechos humanos se presentan como un valor central en las sociedades actuales.

### **Palabras de cierre.**

Indagar acerca del problema de la justiciabilidad de los derechos de los migrantes supone visibilizar las relaciones de poder y dominación que se despliegan en el sistema judicial. Asimismo, el migrante es una figura paradigmática para estudiar el tema de los derechos humanos, ya que, su presencia en un espacio que no es el “natural”, lo ubica como un sujeto disruptivo. En la relación que el Estado nacional de la sociedad receptora o de “llegada” entabla con sus migrantes, pueden evidenciarse los límites, las contradicciones y alejamientos que el ideal de los derechos humanos comporta. A nivel local, el sistema judicial (pensado como un campo interconectado con el espacio social) es considerado uno de los ámbitos por excelencia de disputas de derechos entre los diversos sujetos y grupos que conforman una sociedad, de ahí su importancia como universo de estudio.

Por último, cabe decir que, un interrogante central, que surge de lo acotadamente analizado en la presente ponencia, refiere a la situación de vulnerabilidad en que se hallan aquellos migrantes que no logran acceder a la justicia. Asimismo, como hemos dicho, los pocos casos que lo hicieron, debieron atravesar además los obstáculos propios de un sistema judicial, en ocasiones, reproductor de desigualdades. Entre dichos obstáculos, podemos mencionar, aquellos que refieren a los imaginarios que, como se intentó evidenciar en la ponencia, asocian las migraciones con una "pérdida" o un "problema" y a los migrantes con un "abuso" de los bienes nacionales considerados, primeramente, patrimonio de los nativos, contradiciendo así los principios fundamentales de progresividad, universalidad e integrabilidad de los derechos humanos.

## Bibliografía

- ABRAMOVICH, V. (2009). El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales. En V. ABRAMOVICH, & L. PAUTASSI, *Revisión judicial de políticas sociales: estudio de casos* (págs. 1-90). Buenos Aires: Del Puerto.
- ANDERSON, B. (1993). *Comunidades Imaginarias: reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. México: FCE.
- BALIBAR, E. (1988). La forma nación: historia e ideología. En E. Balibar, & I. Wallerstein, *Raza, Nación y Clase* (págs. 135-167). Madrid: IEPALA.
- BALIBAR, E. (2005). *Violencias, identidades y civilidad*. Barcelona: Gedisa.
- BAUMAN, Z. (1998). Modernidad y ambivalencia. En J. Berian, *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Ed. Anthropos.
- BAUMAN, Z. (2005). *Comunidad: en busca de seguridad en un mundo hostil*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- CERIANI CERNADAS, P., MORALES, D., & RICART, L. (2007). Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina. En V. Abramovich, A. Bovino, & , C. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre los derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. (págs. 813-882). Buenos Aires: Ed. del Puerto.
- CLERICO, L., RONCONI, L., & ALDAO, M. (2013). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento. *Revista Direito GV*, 9(1), 115-170.
- CLERICO, M. L., & SCHVARTZMAN, S. (2007). "Repetto" revisitado: a proposito del fallo del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires sobre el acceso a la docencia en el caso de extranjeros. En M. Alegre, & R. Gargarella, *El derecho a la igualdad* (págs. 345-368). Buenos Aires: LEXIS NEXIS.
- COHEN, N. (2009). No es sólo cuestión de migrantes: migraciones externas y exclusión social. En Goinheix, *Conflictos y expresiones de la desigualdad y la exclusión en América Latina*. Buenos Aires: El Aleph.
- DE LUCAS, J. (2002). La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los DDHH en las políticas de inmigración. *Isegoría*, 59-84.
- DE LUCAS, J. (2004). La inmigración como res política. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 10, 1-44.
- MÁRMORA, L. (2000). *Las políticas de las migraciones internacionales*. Buenos Aires: Paidós.
- PENCHASZADEH, A. P. (2012). Los desafíos políticos de la hospitalidad. *Alteridades*, 22(43), 35-45.
- TERÁN, O. (2004). *Las palabras ausentes: para leer los escritos póstumos de Alberdi*. Buenos Aires: FCE.
- TERÁN, O. (2008). *Historia de la ideas en la Argentina. Diez lecciones iniciales, 1810-1980*. Buenos Aires: Siglo XIX.
- TERRÉN, E. (2003). La ironía de la solidaridad: cultura, sociedad civil y discursos sobre el conflicto racial de El Ejido. *REIS* (102), 125-146.

### Sentencias judiciales analizadas

“Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional s/recurso extraordinario”, del 4 de septiembre de 2007, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/reyes\\_aguilera.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/reyes_aguilera.pdf)

“Asociación por los Derechos Civiles (ADC) v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, del 31 de marzo de 2005, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: [http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos\\_1.php?id=673&id2=676&id3=6706](http://www.ciudadyderechos.org.ar/derechosbasicos_1.php?id=673&id2=676&id3=6706)