

Expulsión del extranjero por razones penales en el régimen argentino

*María Lourdes González San Juan**

Resumen

Es el objetivo de este trabajo intentar analizar las políticas públicas migratorias en nuestro país en materia de expulsión de migrantes a la luz de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y la Ley Nacional de Migraciones 25871. Esta será medular porque, partiendo del reconocimiento del derecho humano del migrante, establece significativamente las líneas políticas fundamentales y las bases estratégicas en materia migratoria, regulando así, entre otras cuestiones, la permanencia o la expulsión del extranjero –ingresante o residente– de acuerdo a la existencia o no de causales de índole penal expresamente previstas por la normativa, cuyos efectos serán objeto de valoración jurídica a lo largo del presente artículo. Por último, habré de referirme a los cambios que trajo aparejados el Decreto de Necesidad y Urgencia PE 70/2017 y su impacto en el régimen de política migratoria y los alcances de su derogación a través del reciente Decreto de Necesidad y Urgencia del PE 138/2021.

Palabras clave: Políticas públicas migratorias, extranjero, expulsión por causas penales, reformas a la Ley de Migraciones.

* Abogada (UCA). Posgrado en Derecho Penal (UP); Carrera de Especialización en Administración de Justicia (UBA) –título en trámite–; secretaria del Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional 3 de Morón, PBA; lourdesgsj@gmail.com.

Migrant Expulsion for Criminal Reasons in the Argentine Code

Abstract

The objective of this work is to analyze the migration public policies in Argentina in terms of expulsion consistent with current legislation, the national constitution and international treaties. The national migration law 25871 establishes the fundamental policy guidelines and the migration strategic basis, thus regulating, among other issues, the migrant stay or expulsion –entrant or resident– with or without criminal cases provided for by the regulation, whose effects will be subject to legal assessment throughout this report. Finally, I want to refer to the changes caused by the emergency decree PE 70/2017, its impact on the migration policy regime and the scope of its derogation under the terms of the recent emergency decree PE 138/2021.

Keywords: Migration Public Policies, Foreigner, Criminal Cases, Expulsion, Migration Law Amendments.

I. Introducción

Las políticas públicas migratorias son un entramado de regulaciones (normativas, decisiones administrativas, fallos judiciales, etc., que tienen por objeto fomentar, promover, retener, recuperar, restringir, incorporar, integrar o asimilar inmigrantes (Mármora, 1997). De este modo, un elemento de la política migratoria de un Estado es su facultad de permitir la permanencia o expulsar de su territorio a los extranjeros. Los Estados se esfuerzan en monopolizar los medios legítimos de movilidad, es decir, la posesión exclusiva del derecho de autorizar y regular los movimientos, principalmente los internacionales, dentro de sus territorios soberanos.

Existen varias razones (sociales, económicas y/o políticas) que influyen en el movimiento migratorio. Por lo general, los migrantes abandonan sus países de origen debido a una situación de conflicto, a violaciones de los derechos humanos, por cuestiones de inseguridad o económicas. También para reunirse con miembros de su familia que ya se han establecido en otros países.

Dicho esto, y teniendo en cuenta los diversos aspectos relacionados con la migración internacional –cuyo origen involucra una serie de componentes polifacéticos e interdisciplinarios–, hay uno que suscita un especial

interés en el mundo y en nuestro país: “la expulsión de personas extranjeras”, para lo cual se analizará la causal de deportación de migrantes por resultar peligrosos o indeseables por su conducta o actividades que comprometen con ellas la seguridad del Estado o la paz social.

El fenómeno migratorio genera una indudable tensión entre dos ámbitos de intereses, por un lado, las atribuciones del Estado concernientes a la fijación y aplicación de los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales, incluidos aquellos en situación irregular, y por el otro lado, los derechos fundamentales de las personas extranjeras, reconocidos enfáticamente en un conjunto de normas jurídicas nacionales e internacionales de diversa jerarquía.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció con fundamento en los artículos 25, 28 y 75, incisos 13 y 18, la potestad del Estado de regular y condicionar la admisión de las personas extranjeras en la forma y medida en que, con arreglo a los preceptos constitucionales, lo requiera el bien común en cada circunstancia, potestad que –remarcó– no es incompatible con las garantías de los derechos individuales consagrados por la Ley Suprema. Y reconoció el deber de respetar los derechos fundamentales de las personas extranjeras, especialmente el derecho de defensa en juicio, advirtiendo, al realizar un control de legalidad y razonabilidad, que el ejercicio de la atribución por la administración no puede “lesionar derechos amparados por la Constitución, y si eso ocurre es misión de los jueces acordar a esos derechos la tutela requerida”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitieron esa facultad de los Estados y asintieron que estos cuentan con un ámbito de discrecionalidad para fijar las políticas. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 22, inc. 3 y 6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 3 y 13) prevén aquella potestad.

Por su parte, la CIDH hizo hincapié en que las políticas migratorias y sus mecanismos de ingreso y egreso deben ser “compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana” y deben tener presente el respeto por los derechos humanos.

Las políticas públicas migratorias en materia de expulsión de migrantes por causas penales se encuentran reguladas por la normativa argentina vigente, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales.

Al respecto, se efectuará una breve reseña de los antecedentes normativos que rigen la materia en nuestro país desde la Ley 817 “de Inmigración y

Colonización”, más conocida como “Ley Avellaneda”, hasta la actual Ley 25781 de “Política Migratoria Argentina” (Ley Giustiniani), con el fin de observar cómo, a lo largo de la legislación, las políticas migratorias han ido variando con relación a las causales que motivaban la orden de expulsión, al ámbito y autoridad de aplicación, y cómo se ha ido construyendo con continuidad, discontinuidad, quiebres y rupturas al “expulsable” de los últimos años, quien pasó de ser un objeto del proceso a ser un sujeto con derechos y garantías, con ciertas falencias que aún, pese a los intentos, no han podido ser resueltas.

Sin dudas la sanción de la Ley Nacional de Migraciones, en diciembre de 2003 y reglamentada en el año 2010, conforme lo sostenido por su impulsor Giustiniani, sienta las bases de una política migratoria modelo a nivel regional e internacional, que reconoce el derecho humano del migrante.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que el instituto de la expulsión previsto por la normativa migratoria trae aparejado, al momento de su aplicación, un abanico de cuestionamientos vinculados a la afectación de derechos y garantías constitucionales, sobre los que habré de profundizar teniendo como referente parte de las distintas decisiones que han ido adoptando los tribunales argentinos según los casos.

Finalmente, habré de dedicarle un apartado especial al DNU 70/2017 dictado por el expresidente Mauricio Macri, que introdujo reformas sustanciales a la Ley 25871, sus alcances e implicancias en materia de política migratoria, la afectación a los derechos y garantías del migrante y su posterior derogación, mediante al DNU PE 138/21 del 5 de marzo de 2021, básicamente por considerar el actual gobierno que las modificaciones normativas allí efectuadas resultaban irreconciliables con la Constitución Nacional y con el sistema internacional de protección de los derechos humanos.

II. Definición y naturaleza jurídica de la expulsión y sus alcances

Conforme el diccionario de la Real Academia Española, expulsar significa echar a una persona de un lugar, empero, en el tema que nos ocupa, debe decirse que se entiende por expulsión: sacar del país al extranjero que ha cometido un delito o se coloca en situación de peligrosa conducta, posee antecedentes criminales, eludió los controles migratorios al ingresar por una entrada ilegal al territorio o ingresó al país mediante el uso de docu-

mentación espuria. Varias son las causales expresamente previstas en la ley que autorizan al Estado a iniciar el procedimiento de expulsión.

La naturaleza jurídica de la expulsión trajo aparejadas diferentes discusiones; una parte sostiene que se trata de una medida coercitiva, punitiva, de una pena, y otros sostienen su carácter de sanción administrativa.

Están quienes sostienen que la expulsión constituye una medida coactiva y personal derivada de la potestad soberana de las naciones, reconocida por el derecho internacional, “siempre que se respeten los derechos humanos fundamentales, no sea arbitraria ni colectiva y se funde en el cumplimiento de una decisión adoptada conforme la ley” (Corte Internacional de Justicia, Ahmadou Sadio Diallo, República de Guinea c/ la República Democrática del Congo, sentencia del 30/11/2010).

Así pues, expulsar a un migrante es una medida de naturaleza punitiva, se trata de un castigo, un “mal”, y que, independientemente de cuál fuera la autoridad de aplicación, su carácter es penal; por ende, es una pena que solo se aplica a extranjeros.

Sin embargo, otros consideran la expulsión como una medida administrativa de la esfera estrictamente migratoria que está relacionada con otros ámbitos jurídicos, entre ellos el penal. La importancia de esta vinculación radica en el hecho de que en algunos países se viene observando la tendencia a dejar de lado la legislación criminal para sustituir la pena por la expulsión del extranjero, a veces sin tener en cuenta la gravedad de la conducta y, hasta podría decirse, como una garantía de impunidad. Esta modalidad ha sido identificada como la renuncia al *ius puniendi* como la no aplicación al caso concreto de la pena señalada por el legislador frente a la comisión de un delito.

Está claro que para exponer el verdadero alcance de la medida de expulsar resulta indispensable determinar su naturaleza jurídica y, al respecto, se observa que casi la totalidad de la doctrina y jurisprudencia ha entendido que la expulsión constituye una verdadera pena.

La orden de expulsión es reconocida como una sanción, una de las medidas que mejor representa el régimen punitivo del derecho de extranjería, que implica ejercicio del poder punitivo propio del Estado y, por lo tanto, coacción, un castigo penal que no se limita a afectar la libre elección de residencia de la persona, sino que se extiende a todas las facetas de la vida personal y social, afectando de un modo u otro una multitud de derechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido que también las “sanciones administrativas son una expresión del poder punitivo”.

Esta atribución es propia del Estado y se vincula con su soberanía, dentro de los límites territoriales que ocupa; entonces, por las razones que las normas generales del Estado enuncian, la autoridad correspondiente se vería facultada a expulsar de su territorio al individuo no nacional y prohibirle regresar al territorio del Estado.

Al respecto, en el fallo “Wan Qingen” la Sala IV de la justicia administrativa de la Capital Federal del 12/10/00 sostuvo que: “... la expulsión de personas extranjeras [...] constituye una sanción penal administrativa. La circunstancia de que, en el caso la medida expulsiva no reúna características de una condena penal, toda vez que no responde a la comisión de un delito sino al incumplimiento de requisitos administrativos, no quita a la sanción su carácter punitivo, en cuanto supone la exclusión de los afectados de la sociedad nacional”.

La expulsión representa un mal que se le causa al afectado por medio del cual se lo priva de algún derecho fundamental y resulta absolutamente evidente que implica una disminución de algún bien jurídico del afectado. De esta manera, las penas se miden por sus consecuencias y no debe ser menospreciado su alcance por no encontrarse dentro del catálogo de sanciones dentro del sistema penal, razón por la cual debe considerarse que si una medida importa afectación de derechos individuales básicos de manera coactiva es una pena, por lo cual, indudablemente, se debe apreciarla de acuerdo a su carácter afflictivo y rodearla de las garantías constitucionales que le competen.

De aquí que deba necesariamente distinguirse entre lo que puede ser el castigo por el hecho cometido de cualquier otra medida que accesoriamente al mismo genera padecimientos en el individuo.

Si bien se advierte de la lectura del art. 5 de nuestro Código Penal que la expulsión no está expresamente catalogada como pena, no obstante es posible interpretar que no conforma la sanción principal, sino que se trataría de una pena accesoria a la de reclusión o prisión impuestas, tal como lo constituye el art. 12 del CP.

Así pues, en varios casos, la expulsión del extranjero tiene lugar luego de cumplida su condena en Argentina o estando vencida; se advierte que ello termina menoscabando el principio del non bis in idem, ya que la condena penal, más la expulsión por ella e incluso la prohibición de reingreso, son tres sanciones originadas en el mismo hecho (el delito).

Imponer consecuencias ulteriores al suceso comprobado deviene una potestad jurisdiccional irrazonable, que afecta derechos constitucionales

(ver art. 119 de la CN). En idéntico sentido, se ha afirmado que “la pena no puede trascender de la persona del delincuente” (art. 5.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Al respecto, por su gravedad un tribunal penal de Buenos Aires ha reconocido que “la sola calidad de extranjero para fundamentar una pena accesoria como es la expulsión del país, no solo viola los principios antes mencionados [igualdad ante la discriminación, entre otros], sino que también implica la transgresión del principio de culpabilidad (y del principio de resocialización de la pena), el principio que prohíbe el non bis in idem...” (Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, caso “GMR”, sentencia del 29/10/10).

En definitiva, puede colegirse que la expulsión del no nacional, que se encuentra regulada por el procedimiento administrativo posterior a la sentencia de condena, resulta ser una sanción de carácter punitivo, por lo cual cobra vida la pena de destierro, controvirtiendo el fin personal y resocializador de la pena, vulnerando al mismo tiempo la garantía del non bis in idem, por lo cual deviene irrazonable su aplicación en un momento ulterior a la sentencia de condena, debiéndose sincerar su utilización por parte del ordenamiento jurídico dada la manera en que actualmente funciona.

III. La política migratoria de expulsión en nuestro país. Su evolución legislativa hasta la sanción de la nueva Ley de Migraciones 25871

En primer lugar, corresponde señalar que la Constitución Nacional tiene varias referencias a la inmigración y los derechos de los extranjeros, vinculadas con el rumbo que los redactores de dicha carta deseaban darle al país.

Artículo 14: Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Artículo 20: Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y

profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Confrontar una ley que avale la expulsión con el texto de nuestra norma suprema transcripto precedentemente nos llevaría irremediablemente a tacharla de inconstitucional. El juego que avalan los arts. 14 y 20 nos conduce a sostener una equiparación entre los nacionales y extranjeros en cuanto a sus derechos civiles, que se evidencia en la posibilidad de “entrar, permanecer, transitar” del primer artículo citado.

Al respecto, tiene dicho la doctrina que la expulsión de extranjeros es considerada inconstitucional, porque implica violar la igualdad civil de derechos que la Constitución reconoce a nacionales y extranjeros. Si el nacional no es expulsable, no puede serlo el extranjero –art. 20–. Acá juega el derecho de “permanecer” en el país, reconocido en el art. 14.

Al respecto, la Corte Suprema reconoció el deber de respetar los derechos fundamentales de las personas extranjeras, especialmente el derecho de defensa en juicio, advirtiendo, al realizar el control de legalidad y razonabilidad, que el ejercicio de la atribución por la administración no puede “lesionar derechos comparados por la Constitución, y si ello ocurre es misión de los jueces acordar a esos derechos la tutela requerida (Fallos: 151:211; 200:99; 234:203; 268:393).

En segundo lugar, respecto de las disposiciones provenientes de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, cabe hacer referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 24 y al artículo 2º, inc. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se consagra el principio de igualdad. Ahora bien, en el Pacto de San José de Costa Rica se acepta la expulsión en su artículo 22, inc. 6º: el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, más el inciso anterior prohíbe la expulsión de nacionales (nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional). Esta posibilidad que tienen los Estados de expulsar únicamente a quienes sean extranjeros, contraría la igualdad reflejada en aquel instrumento así como en nuestra carta magna, por lo que habría que

optar entre aceptar que el nacional y el extranjero son iguales pero pueden ser discriminados en materia de políticas de expulsión o, en virtud del principio pro homine, se decide en el sentido más garantizador del derecho de que se trate en este caso, el derecho a ser tratado igual que a un nacional.

Ahora, obsérvese que la expulsión se encuentra con un gran obstáculo: la igualdad entre los nacionales y extranjeros garantizada no solo en la Constitución Nacional, sino también en los tratados de derechos humanos que tienen idéntica jerarquía.

Si bien la carta magna no hace referencia a la “expulsión” existe en política migratoria argentina una proliferación de leyes, decretos y resoluciones administrativas que regulan el instituto.

a. Legislación migratoria, su evolución

Así pues, tres leyes generales migratorias que suceden a lo largo de la historia de la República Argentina dieron el marco legal a partir del cual tratar la expulsión de extranjeros.

La primera es la Ley 817 o “Ley Avellaneda”; la segunda es el Decreto-Ley 22439 de Migraciones y Fomento de la Inmigración –sancionada en 1981–, conocida como la “Ley Videla”, y la vigente es la Ley 25871, conocida como la “Ley Giustiniani”, y sus modificatorias conforme el Decreto 70/17, actualmente derogadas por el DNU 138/21. Las dos últimas leyes mencionadas prevén expresamente que “la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas se rigen por las disposiciones de la presente ley y sus reglamentaciones”.

1. Ley Avellaneda 817. Ley de Residencia de 1902. Decreto-ley 4805 de 1963 y Decreto 4418 del año 1965

Si bien la Ley Avellaneda no hacía referencia expresa a la expulsión de extranjeros, las restricciones se ponían al ingreso, desembarco de extranjeros mediante visas, certificados de antecedentes, etc. Sin embargo, existieron disposiciones posteriores que hicieron referencia al tema, tales como la Ley de Residencia de 1902, que versaba sobre la expulsión de extranjeros que atenten contra el orden público; el Decreto-ley 4805 dictado en junio de 1963, que definió la ilegalidad por ingreso y por permanencia, y en igual sentido el Decreto 4418, dictado dos años más tarde, que estableció

el “Reglamento de Migración” que definió a los inmigrantes ilegales como aquellos que ingresan sin someterse al control migratorio, no cumplen requisitos legales que condicionan el ingreso y/o permanencia en sus distintas categorías o permanecen en el país una vez vencido el plazo de permanencia autorizado. Al respecto, preveía que la autoridad migratoria pueda conminar al extranjero ilegal a abandonar el país en un plazo perentorio o decretar directamente su expulsión y proceder a detenerlo en dependencias policiales hasta que la expulsión tenga lugar.

2. Ley Videla 22439 del año 1981, reemplazo a la Ley Avellaneda

Esta ley es reconocida como un “monumento permanente de arbitrariedad inconstitucional”. Regulaba expresamente la expulsión de extranjeros. La autoridad de migración podía conminar a hacer abandono del país en el plazo que fije, o disponer la expulsión, de todo extranjero que no cumpla o viole las disposiciones de la presente y de las respectivas reglamentaciones. Se presentan dos tipos de expulsables: aquellos que teniendo residencia legal la pierden y aquellos que desde el ingreso no cumplen con los requisitos para permanecer en el país –cfr. arts. 16, 18, 20 y 85-.

Otra causal de expulsión era la entrada al país por un punto no habilitado, no habiendo pasado por el control migratorio correspondiente, “ilegalidad del ingreso” según la normativa.

Se establecía el régimen de los recursos para interponer ante la autoridad migratoria que decidió la expulsión de un extranjero. Procedían para el caso los recursos administrativos, de reconsideración y revocatoria de las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones y si eran denegados existía la instancia de apelación ante el Ministerio del Interior. Sin embargo, no existía ninguna vía judicial para recurrir –cfr. art. 80.

Bajo esta normativa se permitían también las detenciones administrativas en caso de irregularidad migratoria, sin determinación de la duración de la detención y sin intervención de la justicia.

El extranjero expulsado podía tener otra sanción accesoria de prohibición de reingresar al país, su reingreso debía autorizarse expresamente. Se preveían sanciones de hasta tres meses a un año de prisión en caso de incumplimiento.

El decreto-ley Videla, según su art. 95, autorizaba al Ministerio del Interior a expulsar extranjeros cuya actividad afectase la paz social, la seguridad

nacional o el orden público en el país o en el extranjero, sin recurso judicial alguno, y solo disponía de un único recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo. En igual sentido, si el extranjero resultaba condenado por un juez o tribunal argentino por delito doloso o pena privativa de libertad mayor de cinco años.

Este artículo violaba los principios constitucionales ya que los recursos administrativos previstos no respetan el derecho al debido proceso, ni el derecho de defensa ni el derecho a la jurisdicción.

Según el art. 96 se podía dispensar de la medida de expulsión del artículo anterior, cuando tuviera hijos o padres argentinos, o cónyuge argentino, siempre que su matrimonio fuera anterior al delito por el cual resultó condenado, y/o que tuviere una residencia inmediata anterior en el país superior a diez años.

Y, como sanción accesoria, según el art. 44 el extranjero no podía reingresar a la República sin expresa autorización del Ministerio de Interior. Esto indica otro rasgo de arbitrariedad administrativa, propio de ese régimen de política instaurado.

3. Ley Nacional de Migraciones 25871 (LM)

Fue sancionada en diciembre de 2003, promulgada en el año 2004 y recién en el año 2010 se sancionó el decreto reglamentario. Cabe señalar que constituye un avance en relación a la “Ley Videla”; en efecto, su impulso estuvo motivado en la necesidad de eliminar dicha normativa y además en sentar las bases para una política migratoria que tuviera en cuenta las transformaciones tanto a nivel regional como internacional; reconoce que hay un derecho a migrar y asegura el acceso a derechos fundamentales (salud, educación, justicia, asistencia social) a todos los residentes, con independencia de su situación migratoria.

La disposición más novedosa e innovadora de la ley es el reconocimiento del derecho fundamental a migrar. “El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. El principio de igualdad atraviesa las disposiciones sobre admisión, residencia y deportación.

Esta normativa sigue estándares internacionales en materia de derechos humanos y es considerada en espacios nacionales e internacionales, justamente por tratarse de una ley de avanzada en materia de migración y derechos humanos.

Tal fue el criterio sostenido por la CSJN al expresar que la Ley 25871 provocó profundas transformaciones, con relación a la ley de facto 22439 (Fallos: 330:4554). Al respecto la CIDH destacó que la Ley 25871 ha sido "... reconocida nacional e internacionalmente como una pieza normativa modelo que regula todo lo concerniente a la política migratoria y a los derechos y obligaciones de los extranjeros que viven en dicho país".

Los principios generales del art. 3 de la ley demuestran su fundamental enfoque pro-inmigración. Solo dos de los principios generales allí previstos se refieren a la seguridad y criminalidad: "promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación; promover el intercambio de información en el ámbito internacional..." (ver incisos j-k).

Los apartados de la ley que versan sobre criterios de admisión y expulsión son en general consistentes con la estructura liberal de la nueva ley. También equilibran razonablemente el derecho a inmigrar con el poder soberano del Estado para determinar a quién deportar. Antes de denegar la admisión o deportar a una persona, la Dirección Nacional de Migraciones debe tener en cuenta factores humanitarios tales como lazos familiares, duración de la residencia en el país, ocupación y condiciones sociales y personales (art. 61).

La autoridad de aplicación para esta ley es la Dirección Nacional de Migraciones, como organismo descentralizado en la órbita del Ministerio del Interior y en el ejercicio de sus atribuciones dispone la expulsión de las personas extranjeras con arreglo a los arts. 29, 37, 62 y 63. El control judicial de la orden de expulsión es competencia del fuero contencioso administrativo federal y de la justicia federal del interior del país (arts. 61, 74 y 98); en doble instancia, involucra según la ley, el control de legalidad, debido proceso y razonabilidad (art. 89).

Esta ley elimina la expulsión como decisión de ejecución administrativa, ya que para ello se requiere la intervención y decisión judicial. Así también, por el art. 86 se garantiza la asistencia letrada y de intérprete para observar el derecho constitucional de defensa.

El "extranjero expulsable" conforme esta normativa es un sujeto con derechos y garantías que se encuentra resguardado de prácticas arbitrarias que se daban con el anterior régimen y era tomado como objeto del proceso (Ley Videla). Sin perjuicio de ello, el instituto de la expulsión como pena accesoria previsto en el art. 64 de la normativa es cuestionado por afectar,

en ciertos casos, derechos y garantías de raigambre constitucional, extremos que más adelante analizaré.

Sentado a ello y en cuanto a los supuestos que motivan la “expulsión de extranjeros”, si bien pueden agruparse en causas de tipo administrativo y causas de tipo penal, siendo el objetivo de este trabajo analizar la expulsión por causas penales, habré de referirme al respecto según se trate de extranjeros ingresantes o residentes o regulares o irregulares.

Las causales penales que motivan la expulsión de extranjeros no residentes se encuentran en el art. 29 de la ley.

Este es el principal resorte administrativo para ejercer la facultad de denegar la residencia y habilitar la posterior expulsión para las personas migrantes, la primordial barrera para el ejercicio del derecho a migrar. Las causales se reparten entre los simples antecedentes y la condena; entre las más graves: genocidio, terrorismo, crímenes de lesa humanidad; otros relacionados con la trata y el tráfico de personas, en particular migrantes, y la explotación sexual.

Motivos de expulsión –de tipo penal–, por ejemplo:

Art. 29 inciso c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más.

Art. 29 inc. g): Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio.

La ley prevé excepciones a estas causales, una de ella es la reunificación familiar. Véase al respecto que el párrafo final del artículo 29 dispone que la DNM podrá admitir excepcionalmente, por razones [...] de reunificación familiar a los extranjeros comprendidos en el presente artículo y también al regular la detención administrativa, establece que una vez producida y en caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo [DNM] deberá suspender la expulsión y acreditado que fuera dicho vínculo el extranjero recuperará en forma inmediata su libertad (cfr. art. 70).

Así pues, antes de iniciar el proceso de expulsión el gobierno debe considerar la profesión, lazos familiares con ciudadanos argentinos, período de residencia autorizada y otras condiciones sociales y personales del inmigrante.

Por su parte, la ley prevé también supuestos de expulsión de extranjeros residentes.

Al respecto, puede observarse que la ley dispone mayores protecciones para proceder a la expulsión de una persona residente en la Argentina. Según la Corte Suprema argentina, la residencia es una cuestión de “hecho”, que para el caso de adquisición de ciudadanía son dos años.

La Dirección Nacional de Migraciones primero debe intimar a la persona a regularizar en lugar de dictar automáticamente la expulsión por hallarla en situación irregular; luego, la expulsión no es ejecutable sino hasta después de terminada la revisión judicial –cfr. art. 61–. Para esta intimación, se establece que la autoridad migratoria tendrá en cuenta el plazo de permanencia en el país y sus vínculos familiares, que terminan siendo parámetros mínimos para la revisión judicial.

Estas previsiones van en línea con aquellas protecciones previstas en la legislación comparada, que refiere también a evaluar los vínculos en el país, las consecuencias para su familia; más aún, para las personas que hayan residido por un largo plazo, no se permite respecto de ellas la expulsión (legislación española LO 4/2000), salvo que sean una amenaza real y grave para el orden público (Directiva 2003/109 UE) y aun siendo así, hay recursos administrativos y judiciales.

El artículo 62 enumera los supuestos de expulsión para residentes que pueden agruparse según sea por delitos generales o graves delitos.

El primero prevé mayores requisitos: (i) un mínimo de pena privativa mayor de cinco años (en lugar del mínimo de tres años del art. 29 inc.), (ii) que se trate de un delito doloso, (iii) se elimina la mención de los antecedentes penales y (iv) antes de dictar la expulsión deben haber transcurrido 2 años desde el cumplimiento de la condena –cfr. art. 62.

Para los delitos graves como el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, terrorismo y otros susceptibles de ser juzgados por el Tribunal Penal Internacional o por la Ley 23077, de Defensa de la Democracia, se podrá disponer la cancelación de residencia y su posterior expulsión “cualquiera sea la situación de su residencia” (art. 62 última parte).

Ambos supuestos quedan cubiertos por el efecto suspensivo de la expulsión, se garantiza el derecho de interponer los recursos administrativos (de Reconsideración, Jerárquico o Alzada) o bien el de recurrir directamente a la vía judicial. Se prevé la dispensa de la expulsión por tener familia en el país (arts. 61, 62 y 84).

El derecho a la reunificación familiar es un principio general de la LM (art. 3) aunado a reconocimientos de derechos económicos, sociales y culturales en condiciones de igualdad.

Respecto de la reunificación familiar como dispensa de la orden expulsión la CIDH destacó que “los Estados deben establecer oportunidades procesales para evitar la expulsión en los casos en que tal medida supondría un grave daño para la vida familiar de la persona expulsada, así como de los miembros de la familia, en especial si entre estos se encuentran hijos menores” (cfr. CIDH, Derechos Humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 31/12/15, par. 367).

Ese criterio fue sostenido por la Sala V de la CNACAF, en los autos “Barrios Rojas Zoyla Cristina c/En-DNM Res.561/11 (Causa N°2091169/06) y otro s/ recurso directo para juzgados” al sostener que “no resulta razonable la solución tomada por la autoridad administrativa en cuanto a la negativa de la dispensa ministerial con fundamento únicamente en la “entidad del delito por el que fuera condenado el nombrado”, sin tomar en consideración el tiempo transcurrido desde que el actor tuvo actividad delictual. Fue hace 14 años atrás [...], su posterior reinserción en la sociedad [...] la radicación de la totalidad de su núcleo familiar en este país, [...] y la total ausencia de vínculos en su país de origen [...]”.

IV. Mecanismos adicionales de extrañamiento. Pena accesoria. Artículo 64

La ley prevé mecanismos adicionales específicos para delincuentes. Según el art. 64 cuando un ciudadano ha cumplido la mitad de la sentencia que se le haya impuesto, la Dirección Nacional de Migraciones puede emitir una orden de deportación que al mismo tiempo extinga la parte restante de la pena. Del mismo modo, la Dirección puede emitir una orden de deportación contra un no ciudadano en situación irregular que haya cumplido su *probation* o que sea acusado de un delito menor para el cual la *probation* u otra medida de rehabilitación sea una opción. En este último caso el proceso se da por terminado (cfr. Incisos a, b y c).

Aclárese que el Decreto 616/2010 introdujo una modificación al inciso C del art. 64 al establecer que: “La expulsión solo se hará efectiva en los casos en que el juez de la causa exprese su falta de interés sobre la permanencia del extranjero en el territorio argentino”.

V. Alcances constitucionales

Algunos juristas han argüido que el art. 64 de la ley de migraciones viola los principios subyacentes de no discriminación, igualdad y reunificación familiar. Algunos postulan que se observa un trato penal diferente ante el nacional y el extranjero, quien resulta perjudicado por esa condición. Tal circunstancia lleva indudablemente a cuestionar la inconstitucionalidad de la pena accesoria de expulsión allí prevista.

La Ley de Migraciones se encarga, en su artículo 3º, de delinear sus objetivos: a) Fijar las líneas políticas fundamentales y sentar las bases estratégicas en materia migratoria, y dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes; j) Promover el orden internacional y la justicia, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación.

En este contexto, se advierte que la expulsión entonces no parece cumplir con esa finalidad de “justicia”, por el contrario, parecería que este instituto estaría más vinculado a la eliminación de los extranjeros “no deseados” en nuestro país, para lograr una sociedad “más pura”; y siendo así no sería constitucional esa finalidad.

Por último, cabe señalar que hay casos en que el legislador se adelanta a la condena y decide privar de ciertos derechos a un inocente (art. 64 inc. c), y reemplaza la concesión de estos por la expulsión, es decir, se toma el atrevimiento de expulsar inocentes (art. 18 de la Constitución Nacional, art. 8º inc. 2 del Pacto de San José de Costa Rica, etc.). En este caso se intensifica la irracionalidad de la medida por la condición de “procesado” que reviste el extranjero; claramente el principio de inocencia se ve afectado.

En cuanto a la pena de expulsión, reitérase que la misma es aplicada únicamente a los extranjeros, solo por ser de dicha condición. El extranjero irregular que esté en condiciones de obtener las salidas transitorias (asumiendo que estén dadas todas las condiciones señaladas por el art. 17 de la Ley 24660), en vez de obtener un régimen más benévolo con su persona y acorde con su situación penitenciaria, es expulsado. Asimismo, en caso de obtener una condena en suspenso, la pena dispuesta por el art. 64, inc. b de la ley de migraciones la transforma en una pena de cumplimiento efectivo e inmediato: la expulsión. Por último, en caso de estar procesado se aplica un derecho distinto, el cual reniega de los beneficios que pueden gozar el resto de aquellos.

Así pues, es dable advertir que nuestra legislación se encarga de aplicar un derecho penal especial y paralelo cuando se trata de extranjeros irregulares, con un régimen de penas que de por sí pueden resultar más gravosas que el cumplimiento de las condenas. Esto se puede aplicar al procesado, al recién condenado a una pena de ejecución condicional o al condenado a una pena de efectivo cumplimiento que esté en condiciones de obtener salidas transitorias.

En cuanto a la proporcionalidad de la pena –expulsión– debe decirse que la misma en muchos casos ciertamente no guarda equilibrio. Se advierte el gran “mal” –expulsión– que se le puede imponer al extranjero por el delito cometido, sin guardar vínculo alguno con la afectación del bien jurídico.

Véase al respecto que el inciso a del art. 64 permite que la pena de efectivo cumplimiento impuesta al extranjero se vea complementada con la expulsión, nada menos que al momento en que el condenado se encuentra con posibilidades de obtener modificaciones beneficiosas en relación al modo de cumplimiento. Este cambio de régimen no tiene ningún vínculo con la magnitud de la lesión, de hecho, ni siquiera tiene que ver con el bien jurídico.

Por su parte, en el inciso b del art. 64, la desproporcionalidad aumenta, ya que, en vez de obtener la libertad de la pena en suspenso, consigue una orden de expulsión. En este caso las opciones en juego son tan disímiles que la pena accesoria se torna absolutamente irracional. Este inciso podría hacer que algunos extranjeros prefieran la pena de prisión de efectivo cumplimiento a la pena en suspenso, por el solo hecho de quedarse cerca de su entorno unos años más (hasta que cumpla con los requisitos del inciso a, momento en que será expulsado indefectiblemente).

En conclusión, lo único que se logra es un incremento desproporcionado, irracional e injustificado de la pena, con consecuencias que distan en gran medida de las planeadas por cualquier política criminal seria y constitucional.

Continuando con el análisis, el inc. c del art. 64 prevé que aquellos extranjeros procesados con orden de expulsión firme y consentida no podrán gozar del beneficio de la suspensión de juicio a prueba o de medidas curativas, y en reemplazo de aquellas se ejecuta el extrañamiento. Hay que recordar que los institutos mencionados no implican condena alguna, sino que son medidas que suspenden temporalmente el proceso penal.

Sin perjuicio de la desigualdad que protege este inciso al privar al extranjero de los institutos allí mencionados, se acepta que se aplique una pena (la expulsión) a un procesado, es decir, a un inocente. Al violar el estado de inocencia se profundiza la desigualdad de tratamiento por parte del

derecho penal a los extranjeros, debido a que no solo los culpables tienen que sufrir el trato distinto, sino los inocentes también.

El principio o estado de inocencia está consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución, en el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 8º, párr. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según este principio, toda persona sometida a proceso penal va a ser considerada como inocente hasta que una sentencia firme señale lo contrario.

El principio no consagra una presunción legal sino un estado jurídico del imputado, el cual es inocente hasta que sea declarado culpable por sentencia firme, y esto no obsta, claro está, a que durante el proceso pueda existir una presunción de culpabilidad (del juez) capaz de justificar medidas coercitivas de seguridad.

Finalmente, habré de referirme a la doble cara que tiene el art. 64 inc. a y b. Tal como lo vine sosteniendo en reiteradas ocasiones, si bien los extranjeros están en posición desfavorable respecto a los nacionales al momento de sufrir una pena privativa de la libertad, se advierten sin embargo situaciones en las que los nacionales en idénticas circunstancias parecen sufrir un mayor castigo.

Supongamos un individuo que viene desde otro país con el solo objeto de robar a una determinada persona. No tiene amigos en el país, ni tampoco familiares. Al momento del hecho es detenido, pero a las pocas horas resulta excarcelado. El proceso seguido en su contra transcurre con normalidad, y al llegar la sentencia resulta condenado a una pena de ejecución en suspenso. Dado que cumplía con los requisitos del art. 64, inc. b, se le aplica la pena de expulsión, conmutando la otra pena.

Pensemos otro ejemplo: ese mismo extranjero llegó al país para acabar con la vida de otro individuo. Tras matarlo es detenido por las fuerzas de seguridad. Permanece detenido hasta que se lo condena a la pena de 10 años de prisión. Cuando transcurre la mitad del tiempo detenido, y si no tiene otra causa donde interese su detención o condena pendiente, se le ejecuta la pena de expulsión, conmutando el resto de la pena. No fue necesario que tuviera conducta ejemplar ni consejo favorable del organismo técnico-criminológico de la unidad (art. 17, acápite III y IV de la Ley 24660).

Es cierto que si el condenado fuera nacional, por ejemplo, en el primer caso, se le hubieran impuesto las reglas de conducta del art. 27 bis del Código Penal y, en caso de incumplimiento, podría llegar a sufrir la revocación de

la condicionalidad y tener que cumplir la pena de manera efectiva. Más aún, se agrava su situación en caso de ser reincidente dentro de los cuatro años de la firmeza de la sentencia, ocasión en la que deberá cumplir ambas penas de manera efectiva. Es ello bastante distinto a obtener la expulsión, libertad en el país de origen y pena conmutada, como sucede con los extranjeros.

En el segundo caso, el nacional, si bien podrá ser beneficiado con las salidas transitorias o el régimen de semilibertad, siempre que obtenga conducta ejemplar y que así lo aconseje el servicio penitenciario, lo cierto es que ese beneficio no se compara con la libertad, y mucho menos con la extinción de la pena lograda a partir de la expulsión del extranjero.

Con esto quiero ilustrar respecto a la ventaja que puede tener el extranjero al momento de delinquir. Es decir, dependiendo de la situación personal en la que se encuentre, la pena de expulsión podrá favorecerlo o perjudicarlo, vacilación que hace imposible generar una política criminal razonable al respecto.

Por su parte, se advierte en ese contexto que los condenados nacionales frente a la regulación del art. 64 se ven, en ciertos casos, tratados de peor manera, por solo ser nacionales, violando el principio de igualdad señalado anteriormente.

VI. Jurisprudencia

Caso Luis Mario Vitette Sellanes. Conocido por el “Robo del siglo” al Banco Río de Acassuso. Legajo 137.851.

El nombrado, de nacionalidad uruguaya, quien se encontraba cumpliendo una pena única de 25 años de prisión de efectivo cumplimiento por el delito de robo agravado y declarado reincidente, cuyo vencimiento opera el 24 de junio de 2024, solicitó su eventual expulsión del país por aplicación del art. 64 de la Ley 25871.

Tras verificarse que el acto administrativo respectivo se encontraba firme y consentido para ese tiempo; que el nombrado había cumplido la mitad de la condena en función del art. 17 inc. I de la Ley 24660; que no existían causas abiertas donde interesase su detención u otra condena pendiente, la justicia, con fecha 29/8/13, resolvió autorizar el extrañamiento del nombrado por encontrarse reunidos los requisitos previstos en la Ley 25871 y difirió la declaración de extinción de la pena única de 25 años, accesorias legales y costas impuestas por el TOC N°15 caducando a los efectos registrales de

esa condena el 24 de junio de 2024 (art. 51 del CP). Al respecto cabe aclarar que el tribunal, en función de la prohibición de reingreso que se le dictó con motivo de la expulsión, dispuso que no pueda regresar al país hasta después del año 2024 caso contrario se hará efectiva su detención.

Asimismo, exhortó al Honorable Congreso de la Nación, a través de la Cámara de Casación Penal, a que se dé inicio a un debate legislativo con el propósito de modificar algunos aspectos del art. 64 de la Ley 25871, de modo que se cubran determinados vacíos legales que se observan, y por otro lado se establezcan requisitos de mayor objetividad con el fin de no comprometer acuerdos internacionales asumidos por la República Argentina con otras naciones. Respecto de este último punto, sostuvo el tribunal: “sin perjuicio de que, tras sancionada la ley 25871, las cuatro Salas de la CCPN sostuvieron que la norma del art. 64 era constitucional en el sentido que no afectaba los principios de igualdad, de división de poderes, y que no se trataba de una ‘encubierta’ conmutación de pena de acuerdo a los planteos recursivos llevados a cabo en esa ocasión [...] consideró que resultaba oportuno dar inicio a un debate legislativo acerca de la reforma de dicha disposición”. Por su parte, atendiendo a que la ley de migraciones prevé una nueva causal de extinción de la pena como consecuencia del extrañamiento de un extranjero a su país de origen que no guarda relación con el principio rector de la progresividad y opera de puro de derecho, refirió que: “... el Estado Nacional ha contraído [...] diversos compromisos internacionales asumiendo el principio de reinserción social a través de un sistema progresivo y personalizado del cumplimiento de las penas privativas de la libertad. Con la aplicación de esta norma tal cual se halla redactada, dicho proceso queda inconcluso, más aún en casos como el presente donde se pudo verificar que se trata de una persona que ha sido condenada por la comisión de varios delitos...”.

Caso María Rowena Villacruz Castillo. Legajo 21.271 CFCP. Rta.19/6/13.

En este fallo se realiza una interpretación armónica de los instrumentos internacionales invocando el interés superior del niño y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las mujeres privadas de su libertad, a fin de autorizar la salida anticipada. En efecto la mujer condenada, de nacionalidad filipina, había sido responsable de uno de los delitos tipificados en la Ley 23737 y se encontraba detenida cumpliendo una pena impuesta por Tribunal Oral en lo Penal Económico N°1 de 4 años y 6 meses de prisión.

La mujer era madre de un niño de dos años que se encontraba a cuidado de su hermana en Filipinas en una situación socioeconómica de vulnerabilidad.

Al momento de entender en el caso la Cámara Federal de Casación Penal hizo lugar al pedido de expulsión anticipada presentada por la defensa, como forma de privilegiar el interés superior del niño frente a la plena aplicación del castigo.

Al interponer el recurso de casación la defensa argumentó que no desconocía que el tiempo que llevaba detenida su asistida era menor al requerido para solicitar la expulsión, pero indicó que no debe existir diferencia entre la situación de los internos extranjeros y los nacionales, ya que si el niño de dos años residiera en el país, surgiría la posibilidad de aplicar la normativa del art. 32 de la Ley 24660.

Caso Morris Marcelino Guilliano. Registro 375/18. CFCP Sala IV. Rta.20/4/18.

El 28 de abril de 2017 Morris fue condenado por el TOPE N°2 a la pena de 4 años y 6 meses de prisión como autor del delito de contrabando, en grado de tentativa agravado por tratarse de estupefacientes destinados a su comercialización. Practicado el cómputo de la pena, se arribó a que el requisito temporal para que el imputado pueda acceder a los beneficios salidas transitorias y semilibertad (mitad de la condena cumplida, cfr. arts. 17 y 23 de la Ley 24660 y 61/69 de la Ley 25871) operaría el 23 de febrero de 2019. Ahora bien, el condenado, haciendo uso del beneficio dispuesto por la ley solicitó su expulsión anticipada y peticionó al respecto la inconstitucionalidad del plazo previsto en el art. 64 inc. a de la Ley 25871, por entender que era incompatible con la finalidad de reinserción social adoptada por la CN y tratados internacionales para las penas privativas de la libertad. El planteo fue rechazado por el *a quo* y motivó el recurso de casación.

Al respecto, la Sala IV rechazó el recurso de casación y sostuvo que los argumentos esgrimidos por la defensa para sostener la inconstitucionalidad del art. 64 inc. a de la Ley 25871, no logran demostrar que la decisión política del órgano legislativo plasmada en la norma sea violatoria de algún derecho o principio fundamental garantizado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales, enunciados en su art. 75 inc. 22 de la CN. Además expresó que tampoco se observa que el instituto cuestionado se oponga a los fines de la pena, cuestión medular de la materia aplicada que consiste en la resocialización de los condenados (art. 1 de la Ley 24660, art. 5.6 de la

Convención Americana de DH y art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Caso Álvarez González, Fructuoso (nacionalidad española). Registro N°494/18. CNCCC Sala I. Rta. 11/5/18.

Fue condenado en 1995 con prisión perpetua por el delito de homicidio agravado (hecho conocido como “la masacre de Flores”). Este caso tiene la particularidad de que el imputado, encontrándose cumpliendo la pena ya firme en nuestro país, solicitó a través de su defensa por segunda vez su traslado a su país de origen, España. Cabe señalar que FAG, habiendo sido condenado –año 1995– en esta causa, solicitó con anterioridad, conforme el art. 2 del tratado celebrado con el Reino de España sobre Traslado de Personas Condenadas –Ley 24036–, autorización para ser trasladado a su país para continuar allí el cumplimiento de la pena, el 22/12/03 se hizo lugar a esa petición y se archivaron las actuaciones. La justicia española le otorgó tiempo después la libertad definitiva al convertir la sanción a 20 años de prisión. En el año 2009 FAG decidió volver a la Argentina, oportunidad en la que realizó varias amenazas a Matías Bagnato, único sobreviviente del crimen por el que había sido condenado; tales circunstancias motivaron que el expediente sea reabierto por la Dirección Nacional de Migraciones y que sea detenido nuevamente el 3 de diciembre de 2011, fecha desde la cual se encuentra cumpliendo la pena impuesta.

En este escenario, el condenado, tras habersele rechazado la incorporación a las salidas transitorias, solicitó se le aplique el procedimiento de extrañamiento para que sea expulsado, conforme lo previsto en el art. 64 de la Ley 25871, alegando que el acto administrativo dictado por DNM de fecha 2/10/10 había adquirido firmeza.

Al respecto, la Sala I de CNCCC resolvió rechazar el recurso de casación presentado por la defensa de FAG y confirmar la resolución impugnada. Sostuvo que “... la expulsión no es un derecho del acusado, no hay un derecho al extrañamiento. La circunstancia de que el nombrado haya accedido por aplicación el tratado internacional a la salida del país en una primera oportunidad y luego reingresado al país no le permite acceder a un segundo traslado, en este caso mediante el extrañamiento, si aún le resta cumplir la pena privativa de la libertad. Se advierte que lo que intenta la defensa de FAG en este nuevo pedido de traslado a España es que recupere su libertad, ya que en ese país la pena impuesta se ha tenido por cumplida”.

Al respecto, se señaló que “el vínculo jurídico que se generó entre el Estado argentino y el individuo extranjero beneficiario, producto del tratado sobre personas condenadas en uno y otro país se extinguió” (Votos de los Dres. Bruzzone y García).

5. Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017, modificación a la Ley 25871

Este decreto publicado en el Boletín Oficial 30/1/17 introdujo sustanciales modificaciones a la Ley Nacional de Migraciones 25871. El mismo fue dictado durante la presidencia de Mauricio Macri y estuvo motivado en el marco del denominado “Plan de Emergencia de la Seguridad Pública”, como parte de una serie de medidas tendientes a combatir hechos de criminalidad organizada, como también delitos de narcocriminalidad, intentando reducir así el fenómeno de la migración a un debate sobre seguridad nacional que asociaría al migrante con la delincuencia.

Al respecto, el Estado señaló, para justificar la reforma introducida, las severas dificultades con las que se enfrentaba para concretar órdenes de expulsión dictadas contra personas de nacionalidad extranjera, como consecuencia de un complejo procedimiento recursivo, que, en algunos casos, llegaría hasta los 7 años de tramitación. Esas medidas fueron acompañadas de fuertes discursos públicos del gobierno que, como ya se señaló, circunscribieron el tema de la migración a una discusión de seguridad, vinculando de este modo al extranjero migrante con hechos de carácter delictivos.

Entre sus argumentos ha sostenido que debe velar por el orden internacional y la justicia y que en consecuencia la permanencia de los extranjeros con antecedentes delictivos –durante el extenso proceso recursivo actual– atenta contra dicho objetivo.

En términos generales, el DNU introdujo impedimentos concretos para el ingreso y permanencia de migrantes en el país, amplió el espectro de delitos para ello –incluyendo contravenciones– que pudieran tener pena privativa de la libertad, aceleró los trámites de expulsión reduciendo las garantías procesales de las personas, vulnerando el derecho de defensa; eliminó la unidad familiar como condición para evitar la expulsión y restringió el acceso a la nacionalidad argentina. Además, estableció que no es necesario que cuente el extranjero con una condena como antecedente, sino que a los efectos de la ley basta con que registre algún “antecedente” entendido como el trámite de una

causa aun con procesamiento firme e inclusive lo que se conoce como la etapa preparatoria en una investigación penal, violando así el principio de inocencia.

Si bien la redacción del artículo 29 de la LM ya preveía como impedimento del ingreso el haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por –delitos graves– tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o lavado de dinero o delito que mereciere pena privativa de la libertad de tres años o más, el DNU con su reforma lo que hace es expandir estas opciones a básicamente todos los supuestos de migrantes que tengan condena firme o no por delitos sobre los que recaiga pena privativa de la libertad –afecta tanto al que tenga un antecedente por un delito grave (narcotráfico) como a quien tenga una falta menor (venta ambulante)–. La norma define “antecedente” como todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable y esta definición se incorpora solo para los incisos c, d, h y j mientras que el inciso f mantiene las dos definiciones según Decreto 616/10 y la LM.

Asimismo, el decreto redujo la posibilidad de excepción por reunificación familiar o razones humanitarias a los casos de los incisos a, k y m, y a los del inciso c cuando se trate de delitos dolosos cuya pena privativa de la libertad no exceda de los tres años de prisión o sean de carácter culposo. Se exige acreditar la reunificación familiar mediante convivencia del grupo familiar y no se considera a los efectos de la reunificación familiar el interés por parte de los extranjeros tanto afectivo como económico de sus hijos.

Se incorporó con esta nueva reforma el art. 62 *bis* y limitó el control judicial al disponer que el otorgamiento de la dispensa prevista en los arts. 29 y 62 será facultad de la Dirección Nacional de Migraciones, no pudiendo ser otorgada judicialmente.

El art. 69 introdujo un procedimiento especial sumarisimo para los impedimentos del art. 29, incisos a) a (k, y 62, incisos a, b, c y f o que impliquen gravedad institucional. Se excluye la irregularidad del art. 61 (el rechazo por no haber presentado alguna documentación).

Asimismo, se eliminó el recurso de reconsideración y alzada. Se acortan los plazos para interponer los recursos a tres días hábiles improrrogables desde la notificación o cancelación automática y tres días hábiles (eran 30) desde que se agota el procedimiento administrativo para interponer el recurso judicial. En forma paralela puede pedirse la retención preventiva.

El recurso de revisión se interpone ante la DNM en tres días hábiles desde el agotamiento de la vía, con patrocinio letrado y fundado. Se remite

al juez, quien en tres días debe rechazarlo *in limine* si se interpuso sin patrocinio letrado o sin fundamento o resolver, previa vista a la DNM y al fiscal. La sentencia versará sobre la expulsión o la procedencia de la retención. No puede el juez revisar otras cuestiones no propuestas.

El art. 70 prevé que se puede pedir la retención preventiva considerando las circunstancias particulares de hecho y derecho. Se aumentó el plazo de 15 a 30 días prorrogables por igual término.

a. Críticas y planteos de inconstitucionalidad

En primer lugar, se advierte que la reforma legislativa introducida a través de un DNU del Poder Ejecutivo Nacional, como el aquí analizado no cumpliría con los recaudos formales que habilitan su dictado. Ello por cuanto, más allá de las alegaciones vertidas por el Poder Ejecutivo para dictar el mismo, lo cierto y concreto es que no habría impedimento material para que el Poder Legislativo trate la materia en cuestión ni existiría una situación de urgencia que haya ameritado la inmediata medida por fuera de los canales establecidos en nuestra Constitución Nacional para la sanción de leyes; claramente la normativa contradice la letra del art. 99 inc. 3 de la carta magna (cfr. doctrina de la CSJN de fallos 322:1726; 333:363, entre otros).

Por su parte, compartiendo lo sostenido por la subdirectora de Migrantes de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Seguridad de la Defensoría del Pueblo de CABA, Dra. Camila Carril, en su informe técnico “DNU 70/17”, señálese que se observa que el decreto no introdujo novedades a la política migratoria vigente y que está dirigido mayormente a evitar el ingreso de migrantes y facilitar los mecanismos de expulsión de aquellos que cuenten con antecedentes penales, ampliando la posibilidad de hacerlo sin tener en cuenta la realidad de los migrantes, sus lazos con el país, el arraigo en la Argentina, los contextos familiares y la posibilidad de desmembrar una familia. Además, amplía el concepto de antecedentes penales vulnerando los derechos del migrante. Más aún, los plazos del procedimiento sumarísimo regulado desde la entrada en vigencia del DNU habilitan la expulsión de una persona migrante en exiguos plazos, por haber cometido una infracción administrativa como lo es el ingreso por paso no habilitado. Y si bien en estos casos resulta posible eximir el impedimento por reunificación familiar, dicha potestad se transforma en exclusiva de la DNM, en tanto si no fue consentida en sede administrativa, no es posible que sea decidida por el juez.

El DNU 70/17 estableció así un procedimiento que afecta los derechos de los más vulnerables y vacía de contenido el derecho de acceso a la justicia, debido proceso y defensa técnica adecuada. En este contexto, la normativa resulta violatoria de principios y garantías consagradas en la Constitución Nacional y en Tratados Internacionales cuya implementación trajo aparejado el cuestionamiento acerca de su constitucionalidad.

En ese sentido, la Cámara Federal de Salta, Sala I, en los autos “Chen Huagui c/ Dirección Nacional de Migraciones s/orden de retención migraciones”, expte. N°FSA 6602/17/CA1, rechazó el recurso de apelación y confirmó la resolución de fecha 12/7/17 mediante la cual el Juzgado Federal de Salta N°1 rechazó la inconstitucionalidad articulada en contra del Decreto N°70/2017, y desestimó el recurso judicial deducido en contra de la Disposición N°83911 de la DNM, por la que se dispuso la expulsión del ciudadano chino Chen Huagui.

Al respecto se sostuvo que el procedimiento migratorio especial sumárisimo previsto por el art. 69 quinquies del Decreto 70/17 no viola ni restringe el derecho de defensa, “... en consecuencia deviene inaceptable el reproche sostenido, ya que luego de ejercer su derecho de interponer el recurso jerárquico en sede administrativa [...] tuvo inicio la revisión judicial del acto tanto del Juez de la instancia anterior como ahora del Tribunal de alzada, ejerciendo de ese modo su derecho de acceso a la justicia”.

Por su parte, la Sala V de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal en los autos N°3061/17 caratulados “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros s/ EN-DNM s/amparo Ley 16985”, con fecha 22 de marzo de 2018, resolvió en un extenso y preciso fallo revocar la sentencia dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N°1 y declaró la invalidez constitucional del Decreto N°70/17 (art. 68 del CPCCN). El voto mayoritario consideró que la inconstitucionalidad de la norma se deriva tanto de que el PEN utilizó sin justificaciones la herramienta del decreto de necesidad y urgencia, como de que las medidas adoptadas son contrarias a los derechos humanos de los migrantes. La modificación introducida por el DNU vulnera la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa de las personas migrantes.

Entre las cuestiones observadas se indicó que: “El decreto cuestionado establece una serie de restricciones al derecho al debido proceso que no se compadecen con los fines que declara perseguir la norma. Además de los defectos en la fundamentación del estado de necesidad para su dictado (y que por sí solos determinan su invalidez), se advierte que las medidas que constituyen el objeto del acto no guardan proporcionalidad ni razonabilidad

con los fines que se pretende alcanzar, pues, a partir de la vinculación que se arguye entre criminalidad y migrantes, se establece un mecanismo sumárisimo de expulsión aplicable a cualquier extranjero, sin consideración de sus circunstancias personales y tenga o no antecedentes penales”.

En otro orden de consideraciones, se sostuvo que “... el decreto restringe explícitamente la posibilidad de control judicial suficiente sobre los actos de la autoridad administrativa, principio establecido desde antiguo por nuestra jurisprudencia [...] En efecto, el migrante tiene derecho a cuestionar las razones esgrimidas por la autoridad administrativa para ordenar su expulsión y, en particular, el criterio de ésta en cuanto a la dispensa de la expulsión por motivos de reunificación familiar. Sin embargo, el decreto pretende convertir a la Dirección Nacional de Migraciones en el intérprete final de dicha causa de dispensa (cfr. art. 7) desconociendo las facultades judiciales en materia de revisión de actos administrativos y el deber del Estado de proporcionar una tutela administrativa y judicial efectiva (Fallos 327:4185), que obviamente se extiende a las personas migrantes”. “En definitiva, el decreto cuestionado en autos no solo constituye una apropiación de facultades legislativas sin causa constitucional que la legitime, sino que también recoge en su articulado soluciones que son incompatibles con los estándares constitucionales y derechos humanos que forman parte de las condiciones de vigencia de los instrumentos internacionales en la materia (art. 75.22 CN)”.

El gobierno presentó un recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de la Dirección Nacional de Migraciones.

En el marco de la misma causa, el 18 de noviembre de 2020 se presentó el dictamen de la representante del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de La Nación, donde la señora Procuradora Fiscal opinó que el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia referida en el considerando anterior resulta inadmisibile.

En efecto, el DNU 70/17 a través de sus modificaciones a la Ley 25871, establecía un procedimiento que endurecía los controles migratorios y aceleró la expulsión de extranjeros con causas judiciales pendientes, afectándose los derechos de los más vulnerables y vaciando de contenido el derecho de acceso a la justicia, debido proceso y defensa técnica adecuada. Claramente, la normativa cambió el paradigma y empezó a asociar la migración con un proceso vinculado a la criminalidad, generando graves connotaciones de tipo social, político y jurídico para la persona por su sola condición de “extranjera”, siendo la expulsión la única opción sin derecho.

Así fue que diferentes organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales solicitaron al gobierno nacional su derogación inmediata por vulnerar derechos humanos de raigambre constitucional y principios rectores previstos en tratados internacionales que este país ratificó.

En tal sentido, señálese que el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité contra la Tortura, todos ellos de la Organización de las Naciones Unidas, han expresado su profunda preocupación y han instado al Estado argentino a derogar dicho decreto (conf. “Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina”, aprobadas por el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares en su 443^a sesión celebrada el 11 de septiembre de 2019; “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina”, aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño en su 2310^a sesión celebrada el 1^o de junio de 2018; y “Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de la Argentina” aprobadas por el Comité Contra la Tortura en su 1537^a sesión celebrada el 10 de mayo de 2017).

Finalmente, partiendo de la idea de que la Ley 25871 era ejemplo en la región y destacada en el mundo porque reconocía la migración como un derecho y garantizaba el acceso igualitario, es evidente que la reforma implementada por el Decreto 70/17, por su naturaleza, significó un retroceso en materia de política migratoria, y el decreto es el saldo de una política de selectividad que pone a las personas en permanente sospecha, en la que es muy amplio el abanico de conflictos que pueden terminar en deportación (ver sitio de internet www.cels.org.ar, 27/12/17 y 30/1/2018).

VII. Decreto de Necesidad y Urgencia del PEN 138/21 (derogación del decreto 70/17)

La nueva normativa fue publicada en el Boletín Oficial el 5 de marzo de 2021 y claramente estuvo motivada en la necesidad de derogar el Decreto N°70 del 27 de enero de 2017 y restituir la vigencia de las normas modificadas, sustituidas o derogadas por la norma, en su redacción previa al momento de su dictado, con el fin de adecuar inmediatamente el derecho interno en materia de migrantes a los criterios internacionales en la materia, lo que así se decidió finalmente.

Concretamente, el gobierno nacional al adoptar dicha decisión señaló expresamente: “haber observado diversos aspectos de fondo en el decreto que resultan irreconciliables con nuestra Constitución Nacional y con el sistema internacional de protección de los derechos humanos, entre los que cabe mencionar: la violación al principio del debido proceso, el derecho a contar con asistencia y defensa legal, la restricción a un control amplio y suficiente del poder judicial sobre los actos de la autoridad administrativa, la amplitud con la que se prevé la retención preventiva del y de la migrante sin definir las causas que la habilitan y la restricción a los derechos de reunificación familiar y dispensa por razones humanitarias. Todo ello, sin evidenciar mejoras ponderables en otros aspectos. Que, en ese contexto, desde la entrada en vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia N°70/17 se agravó exponencialmente la litigiosidad en materia migratoria”.

Para ello se tuvo en consideración no solo lo sostenido por las diferentes organizaciones en derechos humanos, sino también lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha sido enfática con relación a la protección de los y las migrantes, señalando que “los Estados deben respetar sus derechos humanos y garantizar su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa; existiendo límites a la aplicación de las políticas migratorias que imponen un apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana, cualquiera que sea la condición jurídica del o de la migrante (‘Caso Vélez Loor vs. Panamá’, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y ‘Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana’, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Que, asimismo, esta corte ha dicho que la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución del país respectivo (OC-6/86)”.

Por último, señálese que la misma norma dispuso la creación de una “Comisión Asesora de Política Migratoria” que deberá “proponer medidas

no vinculantes relacionadas con la aplicación y actualización de la Ley de Migraciones N°25871”.

VIII. Reflexiones finales

En lineamientos generales debe decirse que la Ley 25871 de la política migratoria argentina, sancionada en el año 2004, y reglamentada en 2010, sin dudas representa un gran paso en los derechos del migrante, no solo para la Argentina, sino a nivel mundial. Ello por cuanto expresamente establece que la migración es un derecho humano –principio que no se encuentra en las leyes migratorias de ningún otro país receptor de migrantes–, ni explícitamente mencionado en ninguna convención de derechos humanos.

Con relación al análisis de la construcción del extranjero expulsable en el marco legal argentino, pueden observarse continuidades y discontinuidades a lo largo de la historia. La nueva ley coloca al “extranjero expulsable” como un sujeto con derechos y garantías que se encuentra resguardado de prácticas arbitrarias que se daban en la anterior legislación.

Si bien la ley es el elemento clave de la política migratoria, existen otros elementos extralegales (fallos judiciales, decisiones administrativas, prácticas burocráticas) en el tratamiento de la expulsión de extranjeros que deben ser contemplados para realizar un diagnóstico integral de la materia.

En ese sentido, se observa que la normativa actual al legislar sobre la expulsión lo hace con ciertas contradicciones, con elementos superpuestos entre sí y con vacíos legales que permiten, en muchas ocasiones, arribar a interpretaciones y decisiones administrativas y/o judiciales arbitrarias y discriminadoras que deben evitarse; también deben erradicarse prácticas que impliquen el retardo y la consiguiente denegación de justicia.

Es fundamental que quienes deban resolver con relación a la expulsión de un extranjero lo hagan entendiendo que todas las personas sujetas a procedimientos migratorios son seres humanos y merecen la protección del Estado. Ello no implica afectar atribuciones soberanas que tiene el Estado para determinar su política migratoria y definir los requisitos de ingreso, permanencia y expulsión de personas no nacionales de su territorio, ni resguardar a aquellas personas que delinquen o se encuentran en una situación irregular, sino simplemente garantizarles el acceso a la justicia y el debido proceso, con el fin de evitar arbitrariedades propias de anteriores regímenes migratorios.

Finalmente, con relación a la reforma introducida a través del DNU 70/17, está claro que, lejos de traer soluciones, puso en juego principios y garantías de raigambre constitucional, con evidentes restricciones que impactan en los sectores más vulnerables de la sociedad.

Al respecto, es destacable que el Estado argentino haya recientemente revisado el contexto normativo previsto en el Decreto 70/17 y anulado el mismo a través del DNU 138/21. La decisión de restablecer la Ley 25871 en todos sus términos nos coloca nuevamente como un país modelo en legislación migratoria, al reactivarse la política pública que fija el deber de reconocer y garantizar el derecho humano del migrante y regularizar sus situaciones para asegurar más la igualdad de tales derechos.

Así y todo, reconociendo el avance que significó en nuestro país la sanción de la Ley 25871, y frente a ciertas decisiones adoptadas por los órganos administrativos y/o judiciales competentes en la materia, soy de la opinión de que queda aún por delante un camino a recorrer en miras a establecer qué lugar queremos darle al extranjero en nuestra sociedad, que, necesariamente no puede ser diferente al brindado a todo habitante nacional, simplemente por su condición.

Bibliografía

- CELS, Base de consulta en: www.cels.org.ar (27/12/17 y 30/1/2018).
Ley Nacional de Migraciones 25871.
Ceriani Cernadas, Pablo y Asa, Pablo, *Derechos Humanos en Argentina*, capítulo XIV, “A dos años de la nueva Ley de Migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes”, CELS, 2005.
Ceriani Cernadas, Pablo, “La nueva Ley de Migraciones en la Argentina, un paso hacia la concepción distinta de la migración”, *Revista del derecho migratorio y extranjería*, N°6, 2004.
Ceriani, Pablo, Morales, Diego y Ricart, Luciana, “Los derechos de los Migrantes en la Jurisprudencia Argentina (1994-2005)”, en V. Abramovich, A. Bovino y C. Courtis (comps.), Buenos Aires. Editores del Puerto, 2007.
Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Migrantes*, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N°2, 2017.

- Decreto de Necesidad y Urgencia del PEN 70/2017. Fecha de Publicación en el Boletín Oficial 27/1/17.
- Decreto de Necesidad y Urgencia 138/21. Fecha de Publicación en Boletín Oficial: 5/03/2021.
- García, Lila, “Nueva política migratoria y derechos de la movilidad. Implementación y desafíos de una política basada en derechos humanos a través del poder judicial”, Tesis doctoral, Buenos Aires, Facultad de Derecho, UBA, 2010.
- Giustiniani, Rubén, *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires, Prometeo Libros, pp. 113-135.
- Informe Técnico DNU 70/17. Subsecretaria de Migrantes de la Defensoría del Pueblo de la CABA, Dra. Camila Carril.
- Mármora, L., *Las políticas de migraciones internacionales*, Buenos Aires, OIM/Alianza Editorial, 1997.
- Muñoz, Rosario, “La Potestad de Dispensa por razones de índole familiar, como facultad discrecional exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones”, Ministerio Público de la Defensa, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia 2017.
- Política migratoria, orden de expulsión y control judicial, www.cij.gov.ar/nota24621.