Nuevas políticas migratorias como medidas de política criminal. Análisis de casos

*María Virginia Barreyro**

1. Introducción

Nuestro país, en su composición étnico-cultural, reúne un entramado de pueblos originarios e inmigrantes, estos últimos llegados en diversas épocas y desde diversas latitudes, pero en todos los casos movidos por la esperanza de una vida mejor para sí mismos y su posteridad.

Coherente con sus orígenes y devenir, nuestra Constitución consagró en el siglo XIX y para el futuro de la *Nación* que

> los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano y 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.[1]

Forma parte de un cierto estado de la cuestión que la legislación en materia migratoria tiene como principal finalidad de asegurar estándares mínimos de protección de derechos de personas migrantes. En esa lógica, el 3 de mayo de 2010 fue sancionada en nuestro país la Ley N° 25871.

* Abogada Penalista, Maestranda en Antropología Social.

1 Conforme artículo 20, Constitución Nacional.

Ahora bien, recientemente se dictó el Decreto PEN N° 70/17 que modifica el régimen establecido por la Ley de Migraciones, dándole un carácter más restrictivo y propiciando la expulsión mediante un procedimiento abreviado de migrantes con antecedentes o una causa penal –aunque no constituyan, propiamente, antecedentes penales–.

En los fundamentos de ese decreto podemos leer, respecto a sus motivaciones, argumentos tales como:

- "la necesidad de trabajar incesantemente en el perfeccionamiento del orden normativo migratorio [que] adquiere especial importancia frente a fenómenos actuales como la globalización, la internacionalización del turismo y ***el crecimiento del crimen organizado internacional***".[2]

- "ante recientes hechos de ***criminalidad organizada de público y notorio conocimiento***, el Estado Nacional ha enfrentado severas dificultades para concretar órdenes de expulsión dictadas contra personas de nacionalidad extranjera, como consecuencia de un complejo procedimiento recursivo…".[3]

- "tanto ese bien común como el interés general de la sociedad se ven actualmente afectados por las graves consecuencias que provocan los delitos […] en particular los ***delitos de tráfico de armas, de personas, de órganos o tejidos y de estupefacientes, lavado de dinero, inversiones en actividades ilícitas, trata de personas, genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional***"[4] (resaltado en el original, las negritas son nuestras).

Por otra parte, en la difusión de dicha medida gubernamental, se ha hecho hincapié en la importancia de "luchar contra el narcotráfico y contra el crimen organizado".[5]

Parece claro entonces que a) el objetivo es lograr mayor seguridad, persiguiendo a ofensores penales a gran escala; b) se considera que dicho objetivo puede lograrse, al menos en parte, expulsando a personas extranjeras ante una –incluso presunta– infracción a la ley penal. Esto último parece presuponer un diagnóstico que da cuenta de una incidencia significativa de la nacionalidad de las personas sobre su proceder delictivo.

2 *Ídem*, párrafo 6º.
3 *Ídem*, párrafo 13.
4 *Ídem*, párrafo 32.
5 Ver, por ejemplo: El Gobierno prevé endurecer los controles y la política migratoria. Busca profundizar en las fronteras la lucha antidrogas, la trata de personas y mejorar el intercambio de inteligencia con otros países (3 de mayo de 2016). *La Nación*. Recuperado de http://www.lanacion.com.ar/1894822-el-gobierno-preve-endurecer-los-controles-y-la-politica-migratoria.

2. Política migratoria y política criminal[6]

2.1. Análisis de casos

Se analizarán a continuación casos de personas extranjeras bajo supervisión de la DCAEP,[7] que han sido expulsadas en virtud de considerarse su situación procesal como un hecho nuevo en los términos del artículo 90 *in fine* de la Ley N° 25871.

Particularmente, en los casos que a continuación se exponen hacen una muestra de las problemáticas detectadas:

a) **Santiago** es paraguayo, reside en nuestro país desde hace 8 años, donde formó pareja y tiene dos hijos –argentinos– de 1 y 7 años. En cuanto a su situación migratoria, le fue otorgada oportunamente la "residencia precaria", hasta que fue notificado –el 13 de febrero de 2017– de la resolución que dispone su expulsión del país. Dicha resolución, fechada el 5 de enero de 2017, se fundó en la existencia de una condena a un año de prisión de ejecución condicional dictada el 27 de abril de 2015 por un Tribunal Oral. Al dictar sentencia, el tribunal dispuso que Santiago fuera supervisado por un lapso de dos años –en un principio, por el Patronato de Liberados, a partir de la puesta en funcionamiento de la DCAEP, por esta–, y en el marco de tal tarea se ha podido conocer que ha adoptado oficio y se encuentra empleado como ayudante de cocina y lavacopas, ha referido mantener una vida familiar armónica, ser sostén del hogar –su compañera se dedica a las tareas domésticas y cuidado de los hijos de ambos– y no haber vuelto a cometer hechos ilícitos. Según consta en su legajo,[8] Santiago se ha presentado en forma regular y ha cumplido con las pautas fijadas en el marco de la supervisión.

b) **Elizabeth** es peruana, reside en nuestro país desde el año 2009, está cursando el 5º mes de embarazo[9] y es madre de dos hijos –argentinos– de 5 y 2 años. No cuenta con aportes económicos del padre de sus hijos, vive con su tía, quien la ayuda a sostener económicamente a los pequeños. En cuanto a su situación migratoria, le fue otorgada oportunamente la "residencia precaria", que venció el 31 de enero de 2017, y cuando –conforme indicaciones dadas desde la DCAEP– se presentó para su renovación, le fue denegada en virtud de su situación procesal. Respecto a esto último, Elizabeth se encuentra bajo supervisión institucional de la DCAEP para el control de la suspensión de juicio a prueba por el lapso de un año. En el marco de dicha intervención, se ha podido conocer que ha mantenido su domicilio y convive con su tía y hermanas, y que esa convivencia provee sostén económico y afectivo a todo el grupo familiar, especialmente a los niños. Ha cumplido regularmente con las pautas fijadas

6 Lo que sigue ha formado parte de un informe remitido al área de "Extranjeros Judicializados" de la Dirección de Migraciones, en respuesta a consultas recibidas desde dicha área. Corresponde decir que las observaciones formuladas, en los casos concretos, fueron tenidas en cuenta para la revisión de las medidas adoptadas. Se han suprimido aquí datos de identificación de las personas en cuestión y tribunales intervinientes, para proteger datos sensibles y porque no hace a los fines estrictamente académicos del presente.

7 Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal, creada mediante Ley Nº 27080, órgano auxiliar de la Justicia Nacional y Federal creado en la órbita del Poder Judicial de la Nación, a cargo de la supervisión de personas en arresto domiciliario, libertad condicional o asistida, excarcelados, con condena de ejecución condicional, suspensión de juicio a prueba, tareas comunitarias por conversión de pena.

8 Legajo interno llevado por el órgano de supervisión, DCAEP.

9 A febrero de 2017.

desde esta supervisión, tuvo problemas para acceder a los controles médicos –por su embarazo– debido a la irregular situación en que ha quedado –falta de certificado de residencia precaria vigente–. Esto último motivó la intervención del área de Servicio Social de la Dirección y, finalmente, se reanudaron los controles médicos.

c) **Vicente** es peruano, vive en nuestro país desde el año 2010, con su esposa y sus tres hijos, niños. En cuanto a su situación migratoria, le fue otorgada oportunamente la "residencia precaria" hasta que con fecha 30 de diciembre de 2016 se dispuso su expulsión del país, en virtud de la condena dictada el 10 de septiembre de 2014, a dos años y diez meses de la ejecución condicional, en orden al delito de homicidio culposo –en accidente de tránsito–. De acuerdo a lo oportunamente dispuesto por el tribunal interviniente, quien nos ocupa se encuentra bajo supervisión institucional de la DCAEP, en el marco de la cual se ha podido conocer que se desempeña como empleado en una verdulería y es sostén económico de su familia. Según consta en el legajo correspondiente,[10] ha cumplido regularmente con las pautas dadas en el marco de la supervisión ya referida.

Así las cosas, existen circunstancias que, entiendo, merecerían ser evaluadas detenidamente para contribuir a una mejor resolución de las respectivas situaciones.

1) Situación de los niños, niñas y adolescentes hijos/as de la persona en cuestión

En las situaciones antes mencionadas, resulta relevante la situación de niños, niñas y adolescentes hijos/as de las personas cuya situación migratoria se decide. En efecto, en todos los casos –sean niños/as migrantes o argentinos– corresponde considerar su interés superior, su derecho a ser cuidados y sostenidos por sus padres, a vivir en familia y a contar con todos los recursos materiales y afectivos para su desarrollo integral (conforme los arts. 1, 2, 3.2, 4, 5, 6.2, 8.1, 9.1, 10, 18, 27 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño,[11] Observaciones Generales y Recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño;[12] art. 75, inc. 22, de la Constitución de la Nación Argentina; arts. 1 y concordantes de la Ley N° 23849; art. 3, inc. d, 10 y concordantes de la Ley N° 25871).

De los casos reseñados surge que, de llevarse adelante la expulsión dispuesta nos encontraríamos ante las siguientes alternativas: a) expulsar a estos niños y niñas –muchos de ellos, por lo demás, argentinos– junto a sus padres; b) privar a niños y niñas de sus padres expulsados y sus cuidados, desintegrando sus familias.

10 Art. cit., párrafo 13.

11 Aprobada por Ley Nº 23849.

12 Ver Observación General N° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1). Recomendación N° 19 (2016) sobre el gasto público y los derechos del niño (art. 4).

2) Consideración de la sujeción de la persona, en el caso puntual, a las pautas fijadas judicialmente y a la supervisión del órgano de control interviniente

En otro orden de cosas, cabe señalar la posibilidad de dar respuestas diferentes a situaciones y conductas diferentes. Así, el hecho de que una persona se haya ajustado a las pautas fijadas judicialmente –controladas por el órgano respectivo, por caso, esta Dirección de Control y Asistencia de Ejecución Penal–es una circunstancia fácilmente verificable y que puede ser indicio de si estamos ante quien busca encauzar su vida sin estar ya en conflicto con la ley penal.

Esto último, más allá de razones de justicia, tiene implicancias pragmáticas: hace una contribución concreta al trabajo –realizado desde la DCEP, por ejemplo– que no dé igual cumplir que no hacerlo, para que las personas que han estado en conflicto con la ley penal reflexionen acerca de cómo conducir sus acciones en adelante.

3) Distinción respecto a la situación procesal y, eventualmente, al tipo de delito imputado

De los casos relevados, observamos que se han dictado medidas respecto de personas bajo supervisión por haberse dispuesto la suspensión de juicio a prueba. En este punto me permito señalar que se trata de personas respecto de las cuales no se ha dictado condena y, por eso mismo, inocentes.[13]

De otra parte, teniendo en cuenta que las medidas migratorias expulsivas –conforme los considerandos del Decreto PEN N° 70/2017– persiguen fines como la lucha contra el narcotráfico, el tráfico de armas, de personas, de órganos o de tejidos, lavado de dinero, inversiones en actividades ilícitas, trata de personas, genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y "todo acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional" y se basan en la "necesidad de trabajar incesantemente en el perfeccionamiento del orden normativo migratorio […] frente a fenómenos actuales como la globalización, la internacionalización del turismo y el crecimiento del crimen organizado internacional", podría quizá considerarse –en cada caso concreto– de qué manera la medida a dictarse respecto de una persona posee virtualidad para contribuir a los fines declarados.

3. A modo de conclusión

Vivimos en un mundo "cosmopolitizado", caracterizado por una interdependencia universal, donde las fronteras son por necesidad porosas, permeables, osmóticas. Si observamos el caso argentino, por ejemplo, podremos corroborar una y otra vez que la "frontera política" definida y vigilada por el Estado difiere de la "frontera cotidiana": cruzada, transgredida y reinventada por los habitantes de las regiones de frontera.

13 Conforme principio de inocencia consagrado en el art. 18 de la Constitución de la Nación Argentina.

Encuentro particularmente problemático el diseño de medidas de política criminal en términos de "lucha contra…", pues necesariamente reclaman la definición de un "otro" que es el "enemigo".

Así, pareciera que "ellos" –en este caso, los extranjeros– pueden y deben ser culpados de todas las quejas, de todo lo que nos asusta, de todos los males.

Estas definiciones son a menudo nutridas por prejuicios nacidos de la exotización del vecino, o de una perplejidad ingenua ante aquello que se desconoce de punta a punta; y además de resultar injustas, se revelan una y otra vez inútiles para los fines que sus formuladores reivindican.

En el caso que nos ocupa, la lucha es contra "el narcotráfico y el crimen organizado" y mediante la formulación del Decreto N° 70/17, dichas reificaciones –"narcotráfico" y "crimen organizado"– se hacen carne en toda aquella persona extranjera que haya resultado al menos sospechada de infligir alguna vez la ley penal.

Todo esto, se inscribe en la actual tendencia a *securitizar*[14] el "problema de la inmigración", atravesado por el veredicto de "culpabilidad previa al delito".[15]

Por otra parte, como puede fácilmente advertirse de la lectura de los casos presentados, el tamiz normativo está alcanzando a casos de personas extranjeras imputadas por hechos que no guardan vinculación alguna con tipos penales *susceptibles de ser juzgados por la Corte Penal Internacional*, que tienen su centro de vida en nuestro país y están cumpliendo las pautas fijadas judicialmente y sujetas al control del órgano específico.

Todo parece indicar que no encontraremos a "grandes narcotraficantes" entre las personas que son supervisadas en el marco de una suspensión de juicio a prueba, que están a derecho y que, en general, se encuentran atravesadas por múltiples indicadores de vulnerabilidad social.

14 La securitización de la migración se produce en una doble vertiente por parte de los Estados, por un lado, se hace público el discurso de la necesidad de reducir la inseguridad de sus ciudadanos soberanos y, por otro, la necesidad de proteger las fronteras hacia el exterior. Las nuevas prácticas de transnationalpolicing implican, en sustancia, una confusión entre seguridad interna y seguridad externa, que conduce a una re-definición del confín político entre amigo-enemigo, de modo que las fronteras de la seguridad interna se proyectan, de forma creciente, hacia el exterior, mientras que la esfera de acción de la seguridad exterior tiende a penetrar en el interior de la esfera política. Ver González, A. (2012). *Estudios críticos de seguridad, migraciones internacionales y ayuda al desarrollo.* XI Congreso Política en tiempos de incertidumbre. Sevilla. Recuperado de ttp://www.aecpa.es/uploads/files/modules/congress/11/papers/1010.pdf

15 Ver Bauman, Z. (2016). *Extraños llamando a la puerta.* Buenos Aires: Paidós.