

“Y para (algunos de) los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”. El retroceso en la política migratoria



*Demián Zayat**

1. Introducción

La política migratoria es una temática muy sensible en un país, sobretodo en tiempo de crisis. Los migrantes suelen ser vistos como los culpables de los males que sufre la sociedad y, por ello, muchas veces se echa mano a argumentos que asocian migración con delito. Al mismo tiempo, este argumento permitirá disminuir la protección de los derechos de los migrantes que no se encuentren de modo regular, lo que facilitará la generación de una población con derechos disminuidos, que será fácilmente explotable por el resto.

Esto es lo que sucedía en nuestro país con la Ley N° 22439, conocida como “ley Videla”, que establecía categorías de personas “ilegales” que podían ser denunciadas en cualquier momento y, frente a esta denuncia, serían expulsadas del país. Esto permitió su explotación laboral y social, ya que no contaban con la posibilidad de recurrir a ninguna autoridad para defender sus derechos. Afortunadamente, este paradigma fue modificado con la sanción de la Ley N° 25871, fruto por primera vez de la discusión parlamentaria, y que logró el consenso de las organizaciones sociales y de migrantes. A su vez, fue complementado con una política internacional de “Patria Grande” y de asociación con los países de

* Abogado (UBA), Máster en investigación sociojurídica (Universidad de Stanford, EEUU). Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Palermo, tanto en el grado como en el posgrado. Miembro de COPADI, Colectivo para la Diversidad.

la región a través del Mercosur, en la que se permitió la circulación de trabajadores entre los países miembros y asociados sin mayores limitaciones.

Sin embargo, hace unos años esta política comenzó a cambiar. Aumentó la cantidad de trámites de expulsión y comenzaron las expresiones xenófobas por parte de los dirigentes políticos y los medios de comunicación. Con el cambio de gobierno, en diciembre de 2015, la política migratoria fue definitivamente modificada. Se creó una cárcel para migrantes y se duplicaron los trámites de expulsión. Este cambio terminó de perfeccionarse con el dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70, del 27 de enero de 2017. Allí se ampliaron los supuestos de expulsión y se creó un procedimiento expreso que no respeta el derecho de defensa ni garantiza el acceso a la justicia.

Este Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) marca claramente el cambio de paradigma y la asociación de la migración con la delincuencia. Implica una vuelta a la ideología de la “ley Videla” y generará nuevamente una masa de trabajadores con sus derechos disminuidos, funcional a la explotación capitalista.

En este trabajo pretendo mostrar a grandes rasgos cómo fue que se dio este giro y cómo la modificación de la ley sancionada democráticamente por parte del DNU del 2017 implica esta vuelta al paradigma anterior. Para ello, en el próximo apartado analizaré cómo se llegó a la sanción de la Ley N° 25871. En el apartado siguiente, se tratarán diversas medidas que nos señalaban el comienzo del cambio y, en el apartado cuarto, analizaré la nueva normativa. Finalmente, cerraré con unas conclusiones.

2. La aprobación de una ley democrática en materia de migraciones

La Ley N° 25871, sancionada el 17 de diciembre de 2003, constituyó un avance muy importante en la política migratoria del país. Esta ley fue promovida por las organizaciones de derechos humanos y por los movimientos de migrantes y se convirtió en un hito destacado tanto por el Estado, como por las organizaciones sociales, ante foros internacionales. Reemplazó a la Ley N° 22439, sancionada en marzo de 1981. Esa ley establecía que “Los extranjeros que residan ilegalmente en la República no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas lucrativas”, y determinaba que, ante la denuncia de la existencia de una persona extranjera con la residencia vencida, la autoridad lo conminaría a abandonar el país bajo pena de expulsión, pudiendo decretar su detención. Asimismo, establecía la obligatoriedad de toda persona jurídica de denunciar al extranjero irregular. La ideología de esa ley era que los migrantes en situación irregular eran “ilegales” y, como tales, no tenían ningún derecho válido. Esta ley era funcional a la configuración de una fuerza de trabajo sin derechos, a merced del empleador que podía explotarla a través de la amenaza de realizar la denuncia en cualquier momento y, en ese caso, el migrante debería abandonar el país.

Luego de la movilización de la sociedad civil, junto con la presión de los sistemas de protección internacional de los Derechos Humanos,¹ el Congreso aprobó la nueva Ley de Migraciones. La ley eliminó

¹ Parte de esta presión fue la solución amistosa ante la Comisión Interamericana del caso “De la Torre”, donde el Estado se comprometió a reformar la ley de migraciones. Juan Carlos De la Torre, de nacionali-

el concepto de “inmigrante ilegal” y lo reemplazó por “irregular”, y estableció que en caso de detectarse una persona con su residencia vencida² la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) deberá intimarlo a regularizar su situación en un plazo perentorio. Solo después de vencido dicho plazo, podrá iniciarse un proceso de expulsión, cuyo acto administrativo se dictará con efecto suspensivo y se dará intervención al juez competente para que revise la decisión administrativa de expulsión (art. 61 de la ley). El artículo 17 de la nueva ley trasluce esta política: “El estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”.

La nueva ley de migraciones fue complementada por el Programa de regularización “Patria Grande” establecido por los decretos N° 836/04 y N° 578/05. Este programa facilitó la radicación de más de 225.000 personas provenientes de los países miembros del Mercosur y Asociados. Así, personas provenientes de Paraguay, Bolivia, Perú, Uruguay, Chile, Brasil, Colombia, Ecuador y Venezuela lograron obtener su residencia permanente o transitoria.³

La Ley N° 25871 establece dos supuestos principales por los que puede expulsarse a un extranjero: por el vencimiento de la residencia con la que contaba, o la cancelación de la radicación otorgada por haber incurrido en determinados supuestos. Entre estos actos que dan lugar a la cancelación de la residencia se encuentra el haber sido condenado por un delito con una pena superior a cinco años de prisión, o ser reincidente en la comisión de delitos. En el caso del vencimiento de la residencia, no podrá ser renovada si el extranjero hubiera sido condenado a cualquier delito que merezca pena de más de tres años de prisión. Asimismo, en caso de haber sido condenado a una pena privativa de libertad, al cumplir la mitad de la condena, el migrante puede optar por abandonar el país (extrañamiento) provocando la extinción de la pena.⁴

dad uruguaya, ingresó en Argentina en el año 1974 con el propósito de trabajar, para lo cual la Dirección Nacional de Migraciones le otorgó una autorización que le permitía realizar tareas remuneradas. El señor De la Torre vivió en territorio argentino por 24 años con su familia hasta que el 28 de noviembre de 1996 fue detenido, sin orden judicial, por oficiales de la Policía Federal Argentina y trasladado a la Comisaría N° 12 de la Capital Federal. Durante su detención, el señor De la Torre no fue notificado de los cargos por los cuales permanecía detenido. El 3 de diciembre de 1996, dos abogados presentaron una acción de habeas corpus ante el Juzgado Nacional de Instrucción N° 40, a favor del señor De la Torre, al enterarse de que sería expulsado del país esa misma noche. En el habeas corpus se planteó la inconstitucionalidad de la Ley General de Migraciones (N° 22349) y su decreto reglamentario (N° 1023/94) que habilitaban la detención de un extranjero, sin orden judicial competente, y la posterior expulsión dictada por autoridad administrativa, así como tampoco contemplaba la asistencia letrada necesaria ni la posibilidad de ofrecer pruebas de descargo o de impugnar judicialmente la decisión administrativa adoptada. El habeas corpus fue desestimado ese mismo día a las 21:20 y, a las 00:00 del 4 de diciembre de 1996, el señor Juan Carlos De la Torre fue expulsado de Argentina, con prohibición de reingresar al país. El tribunal de grado confirmó la decisión de la jueza de primera instancia, una vez que el señor De la Torre ya había sido expulsado.

2 En la ley se establecen tres tipos de residencia: (1) la residencia transitoria, principalmente para turistas o para visitantes, que no se extiende por más de 90 días; (2) la residencia temporal, para migrantes que vienen a instalarse en el país de modo temporario (trabajadores, deportistas, estudiantes, ciudadanos de países del Mercosur, etc.), que puede otorgarse por hasta 3 años; y (3) la residencia permanente, que es para aquellos que decidan instalarse definitivamente en el país, esencialmente, si tienen hijos, padres o cónyuges argentinos. Cuando se inicia el trámite para la residencia temporaria o permanente, se le otorga a la persona un certificado de “residencia precaria”, hasta que concluya el trámite ante la DNM.

3 Véase el informe estadístico del programa “Patria Grande”, disponible en http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/Patria_Grande.pdf (último acceso marzo de 2017). Allí se detalla que iniciaron los trámites 423.697 personas, se otorgaron 98.539 residencias permanentes y 126.385 radicaciones temporarias. El resto de los trámites iniciados caducaron en virtud de que no fue acompañada la documentación requerida antes del vencimiento del programa.

4 Esto es concordante con el régimen de ejecución penal que, al cumplirse la mitad de la pena, comienza el

3. El comienzo del cambio. Expulsiones, xenofobia y cárcel

El endurecimiento de la política migratoria fue acentuándose en los últimos años. Según las estadísticas de la propia DNM, a partir de 2014, comenzó una escalada de actos administrativos donde se dictaron expulsiones. El gráfico 1 muestra el desarrollo histórico de las expulsiones decididas desde la adopción de la Ley N° 25871 (el dato para el año 2016 está proyectado a partir de los datos disponibles hasta septiembre de 2016).

Las personas con una orden de expulsión firme fueron conminadas a salir del país. Sin embargo, muchas de esas expulsiones no se ejecutaron, ya sea por falta de contratación del transporte o porque el migrante decidió no cumplir con la orden, y tampoco existió una decisión firme de ejecutar las expulsiones.⁵

Luego de la asunción del presidente Macri, el cambio de política fue un hecho. El discurso político comenzó a asociar a los migrantes con la delincuencia, y parte de esta construcción fue realizada con datos sacados de contexto,⁶ o con discursos xenófobos de dirigentes de varios partidos políticos.⁷ Por su parte, el presidente Macri centró su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, en que el país colaboraría con la recepción de refugiados, pero, así, dejó fuera la problemática de los migrantes que también estaba siendo debatida.⁸

El 19 de agosto de 2016 se firmó un convenio entre la Dirección Nacional de Migraciones, el Ministerio de Seguridad y el Ministerio de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, por el que la Ciudad cedió un inmueble a la Nación para que allí funcionase el Centro de Detención de Migrantes. Esta cárcel alojaría a los migrantes que tuvieran una orden de expulsión firme, a la espera de un transporte para abandonar el país.

La construcción de la primera cárcel de Latinoamérica para migrantes constituye un retroceso severo

período de salidas transitorias y libertad condicional. Para el supuesto de migrantes, pueden sustituir los egresos anticipados que prevé la ley de ejecución penal por la salida del país. Para un análisis detallado véase Monclus Masó, M. y Brandariz García, J. A. (2015). *Políticas y prácticas de control migratorio. Estudio comparativo del control de los migrantes en el contexto latinoamericano y europeo*. Buenos Aires: Didot, pp. 131-134.

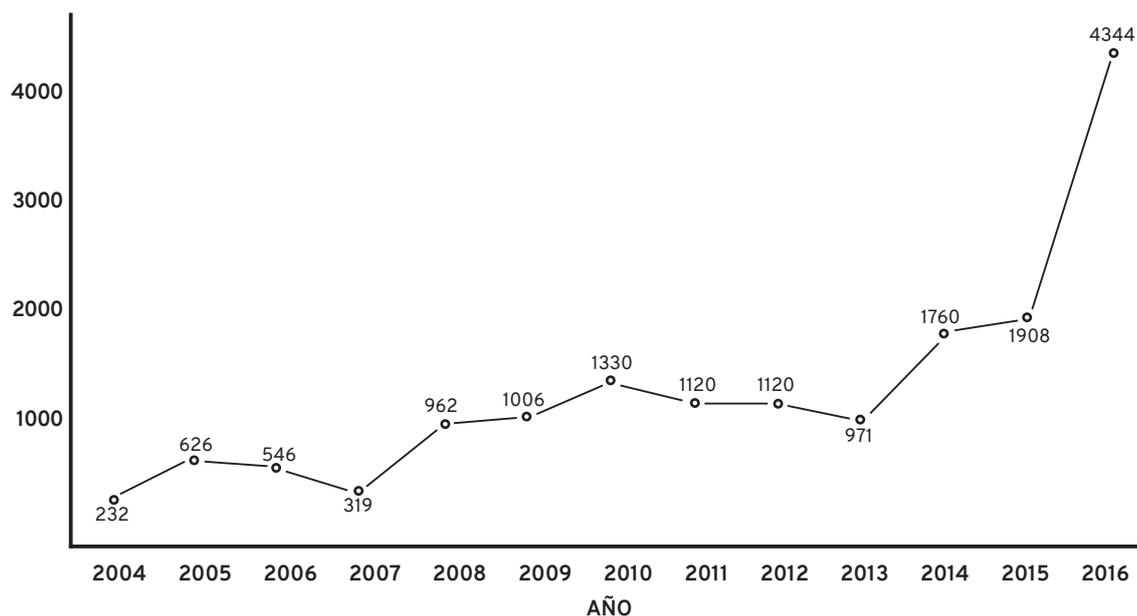
5 Según datos oficiales de la DNM, en el año 2014 se ejecutaron 22 expulsiones, en el 2015 solo 4 y en el 2016, 31 (datos a septiembre de 2016). Datos de la respuesta de la DNM al pedido de informes que realizó el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús.

6 La Ministra de Seguridad, Patricia Bullrich dijo que “En el sistema penitenciario federal, y en el tema de las drogas, el 33% de los detenidos son extranjeros”. Diario *La Nación*, 24/1/17. Si hubiera tenido en cuenta los datos de todos los presos del sistema penitenciario federal y local, vería que solo el 6,5% son extranjeros, lo que no sobrerrepresenta la muestra en relación al total de extranjeros en el país. Asimismo, en dichas declaraciones agregó que “Acá vienen ciudadanos paraguayos y se terminan matando por el control de la droga; no tanto bolivianos”, agregó. “Y, sí, además, muchos ciudadanos paraguayos, bolivianos y peruanos se comprometen, como choferes, mulas, partes de una cadena, en los temas de narcotráfico. Es un tema que tenemos que trabajar”. Esta generalización sin datos resulta en un estereotipo discriminatorio y alimenta el discurso xenófobo.

7 Uno de ellos fue el senador Miguel Piccheto quien, el 2 de noviembre de 2016, acusó a la “cultura igualitaria” y dijo que “Tenemos que dejar de ser tontos. El problema es que siempre funcionamos como ajuste social de Bolivia y ajuste delictivo de Perú. Perú resolvió su problema de seguridad y transfirió todo el esquema narcotraficante a las principales villas de la Argentina, están tomadas por peruanos. La Argentina incorpora toda esta resaca”. Recuperado de <https://youtu.be/P2t-RlojmNg>.

8 Discurso del 20 de septiembre de 2016 ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.casarosada.gob.ar/informacion/discursos/37344-discurso-del-presidente-de-la-nacion-mauricio-macri-en-la-71-asamblea-general-de-las-naciones-unidas-sala-de-la-asamblea-general-nueva-york>

Gráfico 1: expulsiones dictadas por la DNM.



en la protección de derechos de los migrantes. Como tiene dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁹

la Comisión enfatiza que los migrantes en situación irregular no son criminales. El hecho de que un migrante se encuentre en situación irregular en un país –ya sea porque ingresó sin la documentación requerida evadiendo los puertos de entrada autorizados, porque ingresó con documentación fraudulenta, o porque ingresó con la documentación requerida pero permaneció más allá del tiempo que tenía autorizado– no lesiona bien jurídico fundamental alguno que requiera ser protegido a través del poder punitivo del Estado, tal como podría ser atentar contra la vida o integridad de una persona o sustraer bienes del Estado.

Y agregó que

En el contexto de la migración internacional hay diversas situaciones en que las personas migrantes, en situación regular o irregular, son privadas de su libertad. No obstante, la Comisión considera relevante destacar que la violación de leyes migratorias nunca puede ser per se equiparable a la violación de las leyes penales, como para que la primera respuesta que den los Estados frente a la migración irregular sea la detención. En esencia, la migración en situación

⁹ Comisión IDH (2015). *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, párrafos 381, 382 y 383. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MovilidadHumana.pdf>.

irregular constituye una violación a una norma de carácter administrativo, que no debe ser entendida como un delito penal.

Y que

Con base en el principio de excepcionalidad en el ejercicio del poder punitivo del Estado, la aplicación de medidas privativas de la libertad debe ser limitada a aquellas situaciones que afectan bienes jurídicos fundamentales. Las múltiples afectaciones que genera la privación de la libertad sobre los derechos de las personas demuestran por qué estas son medidas a las que los Estados solo pueden recurrir como una última ratio. Sin embargo, tal como ya lo señalara la Relatoría de la CIDH sobre Derechos de los Migrantes, la principal medida con la que países de tránsito y destino, entre los cuales se encuentran países con altos niveles de desarrollo, buscan desalentar la migración irregular es a través de la detención migratoria, que representa una forma de criminalización de la migración.

Queda claro, entonces, que la detención migratoria no puede ser la regla ni uno de los pasos del procedimiento de expulsión y que encarcelar migrantes por el solo hecho de la irregularidad migratoria es parte de la construcción de la idea de que los migrantes son delincuentes, lo que vulnera los derechos humanos.

4. La reforma a la Ley de Migraciones por el DNU N° 70/2017

El aumento de la cantidad de expulsiones, el discurso xenófobo y la creación de una cárcel para alojar a los migrantes fue solo el comienzo del cambio de la política migratoria democrática. El 27 de enero de 2017, a través de un Decreto de Necesidad y Urgencia, el Poder Ejecutivo Nacional sancionó el Decreto N° 70/2017 que modificó la Ley N° 25871. El decreto se sustentó en una supuesta emergencia en seguridad y en la sobrerrepresentación de la comisión de delitos por parte de los migrantes, con estos datos parciales y descontextualizados.

El DNU amplió las causales por las cuales se podrá impedir el ingreso al país y, concordantemente, las causales por las cuales se podrá expulsar a un migrante. Al mismo tiempo, creó un procedimiento expreso para las expulsiones, en el que se limita severamente el derecho de defensa y el acceso a la justicia del migrante.

La ley establecía que era un impedimento para obtener la residencia haber sido condenado o estar cumpliendo condena por un delito que tuviera una pena privativa de libertad de más de 3 años (art. 29, inc. c), y que era una causal de cancelación de la residencia haber sido condenado por un delito que tuviera una pena mayor a 5 años (art. 62, inc. b). En ambos supuestos, para denegar la residencia o para cancelar la residencia ya otorgada, había que esperar la condena penal firme y, para la cancelación, había que esperar que se cumpliera la condena más un plazo de dos años. A esta sentencia se

llegaría, desde ya, luego de un debido proceso legal, garantizando el principio de inocencia, la defensa en juicio y el derecho a la doble instancia.

El nuevo DNU modificó estos supuestos y estableció que para denegar una residencia será suficiente haber sido condenado o tener antecedentes o condena no firme de cualquier delito que tuviera pena privativa de libertad (art. 29, inc. c). A su vez, modificó lo que debe entenderse por “antecedente” al establecer que “entiéndase por antecedentes a todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable”. De este modo, cualquier persona que esté tramitando su residencia (que cuente con una residencia “precaria”) o que deba renovarla y que sea procesada por cualquier delito, ya sea culposo o doloso, grave o no grave, verá rechazado su trámite y será expulsada del país. Por caso, un procesamiento por un accidente de tránsito será, así, suficiente para expulsar al migrante con su residencia en trámite.

Por su parte, el DNU también estableció que para cancelar una residencia ya otorgada será suficiente una condena no firme por cualquier delito que merezca pena privativa de prisión (art. 62, inc. c). De este modo, un migrante que estuvo viviendo de modo regular durante muchos años de su vida en este país, puede ver cancelada su residencia con una condena no firme en sede penal, por cualquier delito, grave o no grave, culposo o doloso. Este migrante no tendrá derecho al recurso para poder discutir una condena errada ya que será expulsado con la condena no firme. Estas modificaciones vulneran gravemente el principio de inocencia y el derecho a la doble instancia.

Esta ampliación de los supuestos en los cuales se puede rechazar una solicitud de residencia, o en los cuales se puede cancelar una residencia ya otorgada, se complementan con un procedimiento expreso para tramitar la expulsión que limita severamente el derecho de defensa y el acceso a la justicia. Este procedimiento limita los recursos administrativos que podrán interponerse ante una decisión de expulsión, únicamente al jerárquico, eliminando la reconsideración y la alzada. Este recurso jerárquico podrá interponerse solo en el plazo de 3 días, y no en el de 15 días como rige en general en el procedimiento administrativo. Frente a su confirmación por el superior, el migrante tendrá 3 días para impugnar la decisión ante la Justicia en lo contencioso administrativo federal, y no 90 días como establece la Ley N° 19549. Para llevar su caso a la justicia, requerirá conseguir un abogado o abogada que entienda en su causa y prepare su defensa en este plazo demasiado exiguo. No impugnar las decisiones en el plazo de tres días será entendido como consentimiento de la decisión de expulsión.

A su vez, el trámite expreso también limita la intervención del Ministerio Público de Defensa de la Nación, al establecer que solo se le dará intervención al defensor de turno (y no a la Defensoría General para que ella decida quién o quiénes intervendrán, entre los que estará, por ejemplo, la Comisión de Migrantes de la DGN, especializada en esta temática), solo si la DNM tiene por probado “fehacientemente” que el migrante no puede costearse un abogado particular. A su vez, tendrá por notificados los actos administrativos en el último domicilio declarado y, si no existiese, se notificará por ministerio de ley en la sede de DNM. Asimismo, desde el comienzo del procedimiento, la administración podrá solicitar la detención del migrante en la cárcel de migrantes.

Como puede observarse, este procedimiento vulnera el derecho de defensa y de acceso a la justicia. Complementado con la ampliación de supuestos que vulneran el principio de inocencia y el derecho a la doble instancia, vemos que este decreto es muy deficiente en términos de garantías procesales para los migrantes.

5. Conclusiones

La Ley N° 25871 fue discutida y consensuada por muchas organizaciones sociales y de migrantes, garantiza el derecho humano a migrar (art. 4) y establece las obligaciones del Estado en acompañar y ayudar al migrante para obtener su residencia regular (art. 9). Esta política fue complementada con el programa “Patria Grande” que permitió la radicación de más de 200.000 personas de los países de la región.

Sin embargo, a partir del año 2014, pudo verse un giro con un aumento en la cantidad de trámites de expulsión, que se hizo evidente con el cambio de gobierno en diciembre de 2015. El nuevo gobierno comenzó una campaña para asociar a la migración con la delincuencia, tanto en lo discursivo como en lo simbólico. La construcción de una cárcel de migrantes es la expresión más clara de esta transformación.

Finalmente, con el dictado del DNU N° 70/17 este cambio de paradigma fue un hecho. Cualquier migrante podrá ser expulsado del país sin garantizársele el principio de inocencia. Ante un procesamiento firme, o una condena no firme (dependiendo de la situación del migrante), se pondrá en marcha un procedimiento administrativo expreso, sin garantizar la defensa ni la revisión judicial y, en pocos días, el migrante será expulsado del país.

Por supuesto, esta expulsión tendrá severas consecuencias. Tanto para el migrante, que no podrá reingresar por el término de 8 años, como para sus lazos y vínculos en el país. Asimismo, tendrá consecuencias para todo el resto de la sociedad, ya que el proceso penal que da origen a la expulsión, que solo llegó a un procesamiento firme o a una condena no firme, se verá interrumpido por la expulsión del imputado y la imposibilidad de realizar un juicio penal en ausencia. Así, a partir del dictado del Decreto N° 70/17 no habrá más condenas firmes en juicios contra extranjeros, ya que serán expulsados antes de finalizar el proceso penal. Esto es una vulneración también al derecho de las víctimas de saber qué pasó en su caso y nunca podrá fijarse la verdad de lo sucedido que realiza el proceso penal.

Este DNU modifica de una forma muy peligrosa e inconstitucional una política migratoria democrática, inclusiva y que garantizaba los derechos humanos de toda la sociedad, tanto de los migrantes como de los nacionales. Es la sociedad en su conjunto la que se beneficia con la migración. Sin embargo, este cambio de paradigma contraviene todos los principios en los que descansábamos como una sociedad igualitaria.