

Las personas migrantes y el discurso de la seguridad ciudadana

MARIANA KOHAN (UNPAZ/UBA)
24 DE JULIO DE 2018

Ya en 1956 el sociólogo Lewis Coser explicó que, dentro de las funciones del conflicto social, las enemistades con otros grupos contribuyen a establecer y reafirmar la identidad del grupo propio, y mantiene sus fronteras con relación al mundo social que lo rodea.

Las personas tienen una enorme necesidad de pertenecer a algún grupo. Se organizan, crean sus códigos, lenguajes, valores comunes, y todo aquello que los identifica como parte de ese grupo social. También crean e identifican enemigos comunes, como la forma más fácil o rápida de delimitar la inclusión: a través de la exclusión de otros. Si hay otros, lo que ellos no sean, somos nosotros.

Las clases políticas que buscan acceder y/o mantenerse en el poder necesitan tanto de cierta unidad interna del grupo como de cierta enemistad frente a la otredad para fortalecerla. Esto sería más o menos así: lo otro es lo malo, y lo nuestro es lo bueno, nuestra clase política representa los intereses de lo bueno y combatirá lo malo. Este tipo de construcción del imaginario social tan polarizada, es una maniobra generalmente eficaz para evitar el abordaje de las problemáticas internas más complejas del grupo, cuyo tratamiento resulta muchísimo más engorroso y puede demandar medidas que dividan a los votantes, o bien implicar una erogación de gasto público en áreas que no se encuentran entre las prioridades de la agenda política de la clase empoderada.

Frente al “enemigo”, las cosas que el grupo social entiende como intrínsecamente negativas –por ejemplo en la mayoría de las sociedades occidentales las torturas u otras violaciones de derechos humanos– pueden ser aceptadas por sus miembros o incluso llegar a ser percibidas en algunos casos como algo positivo o necesario. En este trabajo, realizaré un repaso sobre cómo esta (i)lógica ha afectado recientemente la política migratoria en Argentina.

La Ley N° 25871 y el DNU N° 70/2017

La sanción de la Ley N° 25871 y su Decreto reglamentario N° 616/2010 fueron el final de la ley de migraciones que había sido sancionada durante la última dictadura militar. La nueva ley migratoria, con un enfoque más inclusivo y guiado por principios de derechos humanos, prevé las formas de adquisición de residencias, así como también los impedimentos para la permanencia en el territorio argentino –por ejemplo la existencia de condenas penales de determinada cuantía; y también contempla las excepciones de reunificación familiar y de razones humanitarias, para aquellos casos en que las personas migrantes que se ven inmersas en estos supuestos de expulsión sean familiares de argentinos o de residentes permanentes de Argentina; o cuando existan razones humanitarias suficientes que justifiquen la necesidad de que no sean expulsadas –por ejemplo enfermedades graves u otras situaciones excepcionales que hicieran de su expulsión un trato inhumano.

En su redacción original, la Ley N° 25871 incluía para los procedimientos de expulsión de extranjeros las garantías del debido proceso. Pero frente a una sociedad tan polarizada como la que ha caracterizado a Argentina en los últimos años, el discurso político ha recurrido (entre otras) a dos estrategias para acceder y permanecer en el poder que han mostrado su eficacia en todo el globo, en prácticamente cualquier momento histórico: la (in)seguridad ciudadana; y el señalamiento de un otro como culpable, como enemigo (en este caso, los migrantes). Así, como corolario de esta situación, la Ley N° 25871 fue modificada mediante un decreto de necesidad y urgencia (DNU), que entró en vigencia el 31 de enero de 2017. Este Decreto, entre otras cuestiones, estableció un procedimiento especial sumarísimo –que en castellano no jurídico podríamos traducir a procedimiento especial rapidísimo– para los casos de expulsión de personas migrantes del territorio argentino.

En el nuevo sistema establecido por el DNU N° 70/2017 se restringen notoriamente las excepciones de reunificación familiar y razones humanitarias, quedando prácticamente libradas a la sola voluntad de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) que las rechaza en prácticamente todos los casos, sin atender o siquiera analizar las circunstancias particulares de cada uno.

En el nuevo procedimiento, una vez notificada al migrante la expulsión dispuesta por la DNM, éste tiene solo 3 días para apelarla en sede administrativa, ante la misma DNM, que rechaza casi la totalidad de los recursos. Notificado el migrante de ese rechazo, cuenta nuevamente sólo con 3 días para impugnar la expulsión en sede judicial. Esto es, 3 días para contactar a un abogado e iniciar una demanda, con todo lo que ello implica: tomar vista del expediente administrativo que se encuentra en la DNM, estudiar el caso, recabar prueba para ofrecer, etc. Así, a partir del DNU los plazos razonables que regían para la interposición de recursos administrativos y judiciales, pasaron a un plazo irrisorio de 3 días hábiles para todos los casos, que afecta enormemente el derecho de defensa y las demás garantías del debido proceso legal de las personas migrantes.

Además, el DNU N° 70/2017 modificó el art. 86 de la ley migratoria, que establecía la obligación de la DNM de dar intervención en estos casos al Ministerio Público de la Defensa para garantizar a los migrantes el acceso a un abogado. Ahora, el DNU N° 70/2017 dispone que para que la autoridad migratoria notifique a la Defensa Pública,

el migrante debe solicitarlo expresamente. Es decir, que ya no se le informa a la persona que tiene derecho a un Defensor Público, sino que se le exige a un extranjero –mayormente pobre y vulnerable– que conozca el funcionamiento de nuestro sistema de justicia y específicamente del Ministerio Público de la Defensa. Si no lo conoce, tiene sólo 3 días para enterarse, acercarse, solicitar la asistencia, y luego sus defensores contarán sólo con el tiempo restante para preparar la defensa. De lo contrario, será expulsado sin haber tenido la oportunidad de defenderse.

Si se logró acceder a la etapa judicial, el DNU también establece plazos irrisorios en los que los operadores de justicia deben resolver la cuestión. Esto ha derivado en que, en una enorme mayoría de los expedientes iniciados, las garantías del debido proceso son casi inexistentes. Por ejemplo, no se abren a prueba los expedientes (es decir, que pueden promover una acción de revisión judicial pero, una vez iniciada, no se respeta su derecho a producir la prueba que ofrecen para demostrar las circunstancias y derechos que alegan), o incluso en muchos casos en los que se denuncia la afectación de derechos de niños, niñas y adolescentes, no se da intervención al Defensor de Menores, siendo confirmadas las órdenes de expulsión en una mayoría arrasadora de casos, mediante sentencias que suelen ser llamativamente similares, sin atender a las circunstancias del caso concreto. De este modo, en la gran mayoría de los casos, el acceso a la justicia y el debido proceso, se han convertido para las personas migrantes en Argentina en meros actos formales que no garantizan derecho alguno.

El DNU fue declarado inconstitucional por la Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal el pasado 22 de marzo, en el marco de un amparo presentado por varias organizaciones sociales y al que se han adherido organismos como la Procuración Penitenciaria de la Nación.¹ El Poder Ejecutivo apeló esa decisión y actualmente el expediente se encuentra pendiente de resolución por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

1 Sala V de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (22/03/2018). “Centro de Estudios Legales y Sociales y otros c/ EN-DNM s/ Amparo Ley 16.986”. Disponible en <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2018/03/fallo-camara-migrantes.pdf>

Los fundamentos del DNU N° 70/2017

La división de poderes establecida en la Constitución Nacional no es un mero capricho de los convencionales constituyentes, sino que se basa en la necesidad de establecer un sistema de frenos y contrapesos al poder, para que ninguno de los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) lo concentre, y evitar así abusos por parte de las autoridades públicas –al menos en la medida de lo posible–. En ese contexto, legislar es una facultad, en principio, privativa del Poder Legislativo. El Poder Ejecutivo puede hacerlo únicamente en ciertos casos excepcionales establecidos en la Constitución Nacional, entre los que se encuentran los supuestos de necesidad y urgencia, que hagan imposible esperar el complejo trámite legislativo para la sanción y promulgación de leyes. ¿Cuál ha sido entonces la fundamentación que ha esgrimido el Poder Ejecutivo para esquivar el trámite legislativo constitucional y legislar por cuenta propia en este caso?: Que hay una emergencia en seguridad ciudadana que debe ser atendida sin demoras y que los migrantes son, básicamente, delincuentes, y por lo tanto los culpables de la inseguridad en nuestro país. Al señalar a los migrantes como el enemigo común de la sociedad argentina, el Poder Ejecutivo no necesita esforzarse demasiado para fundamentar adecuadamente un DNU porque, frente al “enemigo”, pocos argentinos prestarán atención a los requisitos constitucionales, y mucho menos a la violación de derechos y garantías establecidos en la Constitución. Mayormente, tampoco prestarán atención a los problemas reales que causan violencia e inseguridad, como la inadecuada e inequitativa distribución de recursos que deja a un enorme porcentaje de la sociedad en situación de vulnerabilidad social y desesperación, la discriminación, la desigualdad, la falta de políticas públicas en materia de educación e inserción laboral, etc. Pero todo esto es muchísimo más difícil de abordar y requiere soluciones integrales y socialmente estructurales más complejas, cuyo resultado se vería reflejado en el mediano o largo plazo. Las agendas políticas no tienen tanto tiempo.

Veamos entonces de qué forma se ha intentado justificar el dictado de este DNU. Entre sus fundamentos encontramos las siguientes aseveraciones: “en relación a los delitos vinculados a la narcocriminalidad, se observa que el TREINTA Y TRES POR CIENTO (33%) de las personas bajo custodia del SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL son extranjeros. Ello denota que la población extranjera detenida en dependencias del SER-

VICIO PENITENCIARIO FEDERAL por infracción a la Ley N° 23737 está altamente representada entre los detenidos, teniendo en cuenta que, conforme el último censo nacional, la participación de la población extranjera como porcentaje de la población total es del CUATRO COMA CINCO POR CIENTO (4,5%).” A esta afirmación le falta una gran cantidad de información: según el último censo, la población total de Argentina es de 40.117.096, y dentro de ella, la de extranjeros es de 1.805.957.² Según el informe anual del año 2010 de la Procuración Penitenciaria,³ en ese momento había en total 9.524 personas bajo la custodia del Servicio Penitenciario Federal (SPF), de las cuales 1.902 eran migrantes. Es decir, que la población migrante que se encontraba bajo la custodia del SPF en el año 2010 (para utilizar el mismo año que toma como referencia el Poder Ejecutivo), representaba sólo un % 0,0011 del total de personas migrantes en Argentina. A su vez, según la información publicada por el INDEC en el año 2016,⁴ la población bajo custodia del SPF es de 10.968 personas, y dentro de aquellas, la cantidad de extranjeros es de 2.106 personas. Es decir, que sobre el total de 1.805.597 personas migrantes que se encuentran en el territorio argentino (que hoy en día probablemente haya variado un poco), esas 2.106 personas bajo custodia del SPF representarían sólo un % 0,0012.

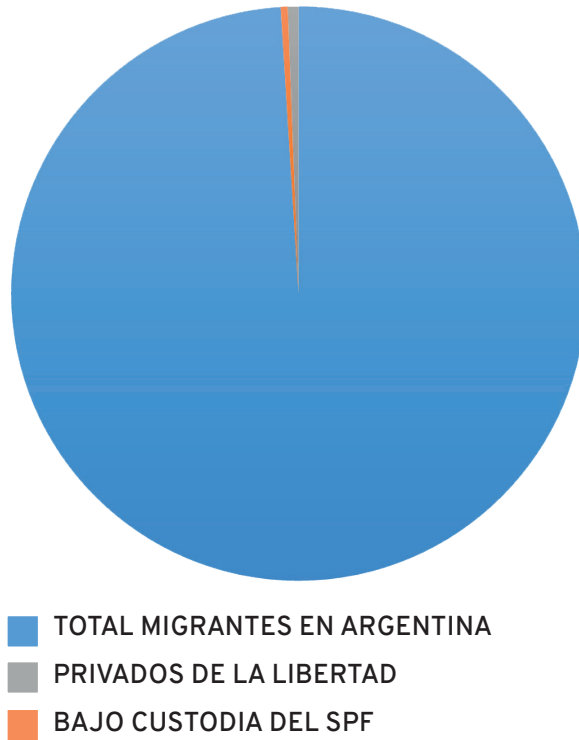
Más aún, según la información publicada por el INDEC en el año 2016, la cantidad total de migrantes privados de la libertad en Argentina –y no sólo ya bajo custodia del SPF– es de 4.246 personas, es decir sólo un % 0,0024 del total aproximado de extranjeros que se encuentran en nuestro territorio. Difícilmente podríamos entonces concluir que las personas migrantes que se encuentran en Argentina son una amenaza para la seguridad pública de nuestro país. Gráficamente, esto se vería así:

2 Disponible en https://www.indec.gov.ar/censos_total_pais.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=41&id_tema_3=135&t=0&s=0&c=2010

3 Disponible en http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/INFORME%20ANUAL%202010_0.pdf

4 Disponible en https://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=4&id_tema_2=34&id_tema_3=108

POBLACIÓN MIGRANTE EN ARGENTINA



Respecto del nuevo Procedimiento Especial Sumarísimo, el Poder Ejecutivo esgrime argumentos supuestamente en favor de las personas migrantes. Refiere a la necesidad de que el migrante pueda definir rápidamente su situación jurídica, respetando su derecho al debido proceso, y dice específicamente que los procedimientos de expulsión de personas de nacionalidad extranjera deben sustanciarse de manera expedita ya que “la razonabilidad del plazo de duración de un proceso reviste gran importancia para el efectivo respeto del derecho al debido proceso legal garantizado en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país”. Pero ¿cómo podría interpretarse que este cambio introducido por el DNU garantiza su derecho al debido proceso, cuando implica pasar de tener plazos razonables para defenderse, a plazos irrisorios; de contar con las mismas garantías procesales que el resto de la población, a no

poder siquiera producir la prueba necesaria en sus expedientes; y de tener derecho a ser informados sobre su derecho a contar con un abogado defensor, a una nueva situación en la que esto ya no se les informa y ni siquiera se pone en conocimiento del proceso al organismo facultado para representarlo jurídicamente? Parecería que, nuevamente, la fundamentación deja mucho que desear.

También dicen los fundamentos de este DNU que “que este procedimiento sumarísimo es respetuoso del artículo 22 inciso tercero de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto se orienta a la protección de la seguridad y el orden público.” Bien, el artículo 22 de la Convención establece el derecho de las personas que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado a circular y residir en él; y su inciso tercero dice “el ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”.

Veamos entonces cómo el Poder Ejecutivo realiza un intento de justificación legal con base en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que es sencillamente incorrecta: La CADH es uno de los Tratados Internacionales a los que el artículo 75, inciso 22 de la Constitución le otorga jerarquía constitucional. Esos tratados, dice nuestra Constitución, tienen rango constitucional “*en las condiciones de su vigencia*”. ¿Qué significa esto? Significa que, para su implementación en nuestro sistema jurídico interno, sus cláusulas deben interpretarse de acuerdo a la forma en que los órganos internacionales especialmente designados para su seguimiento e implementación las interpreten. En el caso de la CADH, este órgano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y ante la duda de cómo debe interpretarse alguna de sus cláusulas, los Estados pueden solicitar a la Corte Interamericana que se expida formalmente sobre cuál es la interpretación correcta, y la Corte emite su respuesta en un documento formal que se llama “Opinión Consultiva”.

El 14 de agosto de 1985 Uruguay le consultó a la Corte Interamericana cómo debe interpretarse la palabra “leyes” en el artículo 30 de la CADH, que se refiere a las restricciones de derechos humanos y dice “las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no

pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

La pregunta del Estado uruguayo consistía en si el término “Leyes” debía interpretarse como cualquier tipo de normativa jurídica, sin importar su forma de elaboración (como por ejemplo Decretos del Poder Ejecutivo, resoluciones ministeriales, etc.) o si debía entenderse como Leyes en sentido formal, es decir estrictamente las leyes emanadas del Parlamento y promulgadas por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución para la sanción y promulgación de leyes. Y la respuesta de la Corte Interamericana fue contundente: Ley formal. En la Opinión Consultiva N° 6/86, explicó la importancia de que las restricciones a los derechos humanos se encuentren rodeadas de una fuerte serie de garantías para evitar que los derechos fundamentales de las personas puedan ser violados por el abuso del poder público, y que dentro de esas garantías la más relevante debe ser que las limitaciones a esos derechos se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, que es que cuenta con la mayor representatividad popular. La Corte Interamericana agregó que la interpretación que realiza en esta Opinión Consultiva para el término “*leyes*” del artículo 30 de la Convención, será aplicable a todos los casos en que la expresión *ley* o locuciones equivalentes sean empleadas en los artículos de la CADH para autorizar restricciones a los derechos humanos.

Explicado todo esto, queda claro que una restricción de derechos fundamentales como la que implica el DNU N° 70/2017, no podría jamás en nuestro sistema jurídico considerarse un acto estatal legal o siquiera legítimo habiéndose realizado mediante un Decreto, en vez de por una Ley emanada del Congreso a través del procedimiento constitucionalmente previsto su sanción y promulgación. Menos aún, cuando ni siquiera se ha fundamentado adecuadamente la urgencia.

A modo de conclusión

Para abordar la compleja problemática de la seguridad ciudadana en el marco de un Estado de Derecho democrático, respetuoso del principio republicano, es necesario que el Poder Ejecutivo se abstenga de legislar cuando no le corresponde, y que comencemos

a pensar en políticas públicas relacionadas con la seguridad ciudadana que tengan visión de realidad y aporten soluciones integrales aunque sus resultados no sean inmediatos. Si existe una voluntad real de abordar este problema, estas políticas públicas deberán tener como objeto la disminución de las desigualdades que generan vulnerabilidad y exclusión, para evitar así el incremento de la violencia y el delito, en vez de concentrarse en la creación de un falso enemigo a quien culpar en el imaginario social, fomentando la represión, exclusión y estigmatización de sectores empobrecidos que, además de ilegítima, resulta sencillamente contraproducente.