



Una Corte anti-inmigrantes: comentario al fallo de la CSJN “Barrios Rojas”

MARTA MONCLÚS MASÓ (UNPAZ) Y JENNIFER WOLF (UBA)
10 DE NOVIEMBRE DE 2020

Introducción

El pasado 24 de septiembre de 2020 la Corte Suprema dictó sentencia¹ en el caso de una mujer extranjera, avalando el accionar de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) que decretó su expulsión por haber sido condenada por un delito de drogas hace más de 20 años.

¹ Barrios Rojas, Zoyla Cristina c/ EN -DNM resol. 561/11 (exp. 2091169/06 (805462/95)) y otro s/ recurso directo para juzgados. Sentencia del 24 de septiembre de 2020. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Magistrados: Rosenkrantz, Highton de Nolasco, Maqueda (según su voto), Lorenzetti (según su voto) y Rosatti (según su voto). Id SAIJ: FA20000132.

Se trata sin dudas de un fallo muy regresivo en relación al reconocimiento de los derechos humanos de las personas migrantes, contrario a principios constitucionales y convencionales de protección de la familia.

El pronunciamiento hace lugar a un recurso de la Dirección Nacional de Migraciones, anulando una jurisprudencia garantista de la Sala V de la Cámara Federal Contencioso Administrativa; es decir, la Corte decide entrar a conocer un caso en el que no estaban en juego los derechos de la mujer migrante, puesto que ya habían sido preservados por el fallo de Cámara. El recurso extraordinario había sido interpuesto por la Dirección Nacional de Migraciones, que consideraba que el control judicial de sus facultades le producía un “agravio”. El resultado de la intervención de la Corte es el fortalecimiento de la discrecionalidad –o arbitrariedad– de la DNM para dictar expulsiones de personas migrantes, facultad del poder ejecutivo que la Ley de Migraciones del año 2004 trató de limitar para promover un cambio de las peores prácticas de la autoridad migratoria que se habían instalado bajo el amparo de la “Ley Videla”.

La “Ley Videla” (Ley general de migraciones y de fomento de la inmigración N° 22.439, aprobada por el Poder Ejecutivo en marzo de 1981) preveía restricciones severas a los derechos de las personas migrantes indocumentadas e impedía su integración en la sociedad argentina al otorgar muy pocas posibilidades de regularización migratoria, especialmente a aquellas provenientes de países limítrofes, y delegaba en funcionarios de la Dirección Nacional de Migraciones potestades discrecionales casi ilimitadas para denegar, demorar o impedir solicitudes de legalización. Esta norma, que mantuvo su vigencia durante 20 años tras la vuelta de la democracia, generó una “fábrica de inmigrantes irregulares” por sus criterios restrictivos y xenófobos.

Recién en el año 2004 se saldó la “deuda” de la democracia con la población migrante, mediante la sanción de la Ley Nacional de Migraciones N° 25.871, que reconoce a la migración como un derecho humano, extiende la protección de nuestra Constitución a todas las personas migrantes más allá de su estatus legal y les garantiza el derecho de igualdad de trato, no discriminación y acceso a servicios médicos, educativos y sociales.

En enero de 2017 el Poder Ejecutivo emitió el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/1017, modificando unilateralmente la Ley de Migraciones N° 25.871 que había sido apro-

bada por el pleno del Congreso luego de un largo proceso democrático con participación de la sociedad civil.

Las organizaciones de la sociedad civil CAREF, CELS y COPADI presentaron el 13 de febrero de 2017 un amparo ante la Justicia para que declare la inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia que reforma la Ley Nacional de Migraciones, entendiéndolo que representa una fuerte restricción a los derechos de las personas migrantes y constituye un retroceso en la construcción de una sociedad más inclusiva.

La actuación de la Corte merece una crítica adicional por cuanto se pronuncia en el caso que comentamos para hacer lugar a la pretensión de la Dirección Nacional de Migración de expulsar a una mujer migrante que vive en la Argentina desde el año 1994, en base a sus antecedentes por un delito no violento cometido hace más de 20 años. En cambio, nuestro máximo tribunal sigue sin dictar sentencia sobre la (in)constitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) emitido unilateralmente por el Poder Ejecutivo.

No podemos pasar por alto que el dictado del DNU 70/2017 se justificó en su exposición de motivos en las dificultades para concretar órdenes de expulsión de personas extranjeras con antecedentes penales. El hecho de que la Corte se pronuncie en este caso ¿será un anticipo de lo que vaya a fallar sobre la constitucionalidad del DNU? ¿O bien es una forma de “compensar” a la Dirección Nacional de Migraciones ante un futuro fallo adverso, rescatando del DNU alguna ampliación de sus facultades?

Las intrigas palaciegas de tribunales darán respuesta algún día a nuestro interrogante. Por el momento, no hay duda que con su fallo la Corte refuerza decididamente una de las más sombrías herencias de la teorización de la soberanía estatal que enfrenta la universalización de los derechos humanos: la potestad del Estado de expulsar a personas migrantes.

Los hechos del caso y la tramitación de la expulsión en sede administrativa y judicial

Cristina es una mujer peruana que ingresó a la República Argentina en el año 1994 junto con su madre, en busca de oportunidades laborales y de una vida mejor.

En el año 1999 fue condenada por un delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización, luego de pasar mucho tiempo en prisión preventiva en una cárcel de mujeres del Servicio Penitenciario Federal. En noviembre del año 2000 salió de prisión con libertad condicional.

A lo largo de sus años en el país formó pareja con un hombre también peruano con radicación definitiva en Argentina. En la actualidad convive con él, junto a otros miembros más de su familia: su madre, su hermano, su hermana y su sobrina. También tiene otra hermana con dos hijos. Los integrantes de su núcleo familiar tienen radicación definitiva en el país, y todos sus sobrinos nacionalidad argentina. En Perú no posee ningún vínculo ni familiar ni social, y tampoco manera de subsistir.

En el año 2006 Cristina solicitó la residencia legal en Argentina en el marco del Programa Nacional de Normalización Documentaria Migratoria para nativos de países del Mercosur y Asociados, conocido como “Patria Grande”. Sin embargo, en marzo de 2009 la Dirección Nacional de Migraciones canceló su residencia precaria en el país, le denegó su solicitud de residencia permanente, decretó su irregularidad migratoria y dictó una orden de expulsión del territorio nacional con prohibición de reingreso a la Argentina por 15 años. Todo ello fundado en el impedimento de ingreso y permanencia previsto en el artículo 29 inciso c de la Ley de Migraciones N° 25.871. Es decir, una expulsión basada en el antecedente penal de una única condena penal del año 1999.

Los recursos administrativos que interpuso Cristina contra la orden de expulsión fueron todos desestimados. Entonces acudió a la justicia solicitando la anulación de su expulsión alegando su arraigo en la Argentina, donde reside toda su familia, y apelando también a motivos humanitarios. Señaló que la medida de expulsión resulta excesiva y desproporcionada, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, su escasa gravedad y el hecho de que ya cumplió su condena y se reinsertó en la sociedad.

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3 rechazó el recurso judicial contra la orden de expulsión de Migraciones, con fundamento en el antecedente penal de Cristina, por la condena impuesta en el año 1999. Jurídicamente el fallo fue fundamentado en el inciso c del Artículo 29 de la Ley N° 25.871.

Luego de un recurso de apelación, en marzo de 2015 la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo Federal, revocó esa sentencia y declaró la nulidad de la orden de expulsión dictada por la autoridad migratoria.

La Cámara consideró que se presentan en el caso dos circunstancias que resultan inatracables. La primera de ellas es que Cristina tiene su grupo familiar en la Argentina; y la segunda es que una vez cumplida su condena penal se ha reinsertado en la sociedad, donde trabaja y convive con su marido, su madre y el resto de su familia.

Señala que un test de razonabilidad debe sopesar el derecho humano a la unidad familiar con la norma que ordena expulsar del país a quien haya cometido un delito; y que la propia norma faculta a la autoridad migratoria a hacer una excepción por razones de unidad familiar. Si además se toma en consideración el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, y el dictamen favorable a la ‘reunificación familiar’ del Ministerio Público Fiscal, entiende la Cámara que la solución tomada por la autoridad administrativa no resulta razonable.

Por último, agrega que si bien la Ley N° 25.871 en su artículo 29 dispone que la autoridad migratoria “podrá” conceder la dispensa de la expulsión, atribuyendo una facultad discrecional a la DNM, no se puede asimilar discrecionalidad a irrazonabilidad. En otras palabras, lo discrecional debe ser razonable, y en el caso de Cristina, no lo es.

Contra ese fallo que protege los derechos de la mujer migrante, la Dirección Nacional de Migraciones interpuso el Recurso Extraordinario Federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación a fines de marzo del año 2015.²

El fallo de la CSJN

La Corte en su fallo por unanimidad avala la expulsión dictada por la DNM motivada en el delito por el que fue condenada Cristina en el año 1999, es decir, hace más de 20 años. El caso contaba con el dictamen de la Procuración General, que abogaba por

² En el proceso Cristina estuvo patrocinada por la Defensoría General de la Nación. La Procuración Penitenciaria presentó un *amicus curiae* ante la Corte Suprema con el objeto de proteger los derechos fundamentales de la afectada, el cual no fue considerado en el fallo que comentamos.

rechazar el recurso de la DNM y confirmar la sentencia de la Cámara Contencioso Administrativa Federal que anuló la orden de expulsión.

El fallo de la Corte es contrario al derecho de reunificación familiar y a la protección de la familia, que está reconocido tanto en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos a ella incorporados, como en la propia Ley de Migraciones N° 25.871.

La Corte adopta un criterio legalista, aplicando lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Migraciones sin tener en cuenta que Cristina vivía en la Argentina desde el año 1994, tiene todo su núcleo familiar en este país y ningún vínculo con el país en el que nació.

El máximo tribunal consideró que “la dispensa por razones humanitarias o de reunificación familiar cuya concesión por parte de la administración es discrecional, constituye una excepción a la regla de la expulsión y como tal debe ser especialmente motivada”. Y que “la decisión de la cámara implicó una indebida sustitución de las facultades que la ley atribuyó a la administración”³ (argumentos suscriptos por los jueces Rosenkrantz y Highton).

Lorenzetti y Maqueda en los argumentos de su voto señalan que “la perturbación de las relaciones familiares per se, como consecuencia necesaria de la orden de expulsión del migrante, dictada en un procedimiento legítimo con las debidas garantías procesales, no alcanza para considerar afectado el derecho de reunificación familiar”. Por su parte Rosatti sostiene en su voto que “la reunificación familiar no es un derecho absoluto”, “que la obtención de una dispensa como la pretendida es excepcional y, por ende, de procedencia restrictiva”, y “que no se probó en autos la irrazonabilidad del fundamento que sostiene a la decisión administrativa, ni su carácter discriminatorio”.

El fallo de la Corte pasa por alto numerosas circunstancias fácticas y jurídicas del caso, y prescinde del enfoque de derechos humanos en su interpretación de la Ley de Migraciones, en franca contradicción con los principios constitucionales y convencionales.

3 Agrega que “de acuerdo con la ley, es la administración quien debe decidir en cada caso concreto el otorgamiento de la dispensa, y justificarlo si así lo decide. Correspondía a la administración decidir si, por ejemplo, los vínculos familiares de la actora o su conducta posterior al cumplimiento de la pena, eran razones suficientes para exceptuar la obligación establecida en el artículo 29 de la Ley N° 25.871 de expulsar a quien hubiera cometido los delitos que cometió la recurrente. Consecuentemente, la sentencia apelada ingresó en el núcleo de discrecionalidad que la ley atribuyó a la autoridad administrativa”.

Cristina no tenía residencia legal en Argentina debido a que fue víctima de leyes migratorias injustas, que condenaban a la irregularidad y a la exclusión social a gran cantidad de personas.⁴ La legislación procedente de la última dictadura militar mantuvo vigencia hasta la aprobación de la Ley de Migraciones N° 25.871 en el año 2004. Reconociendo esa deuda histórica, en el año 2006 se aprobó el programa de regularización migratoria conocido como “Patria Grande”, al cual Cristina se inscribió, recibiendo como respuesta por parte de la DNM una orden de expulsión, en vez de su permiso de residencia legal.

La Ley de Migraciones de la democracia nunca persiguió la expulsión de personas como Cristina. Para los casos de personas que vivían en la Argentina y eran condenadas por un delito se estableció el artículo 62, que prevé la expulsión de forma mucho más excepcional y solo en el caso de condenas mayores a 5 años de prisión.

La expulsión en base al artículo 29 que aplica la DNM y avala la Corte, constituye una mala interpretación de la Ley de Migraciones. Ese precepto lo que prevé es un impedimento para ingresar y radicarse en la Argentina, pero no debería aplicarse a las personas que ya viven en el país y tienen acá su núcleo familiar. La expulsión de una persona que vive en la Argentina hace 25 años es una pena de extrema gravedad, más aun en casos como el de Cristina que ya cumplió la pena privativa de libertad que se le impuso por el delito por el que fue condenada. Este caso pone de manifiesto que el derecho administrativo sancionador puede tener consecuencias aún más graves para las personas migrantes que el derecho penal, lo cual es absolutamente irrazonable puesto que subvierte los pilares del Estado de Derecho.

Vinculado a lo dispuesto en los arts. 29 y 62, la Ley de Migraciones también prevé en su artículo 64 la expulsión como sustitutivo penal a mitad de la condena para las personas en situación de irregularidad migratoria.⁵ La Corte tenía la oportunidad de

4 Ceriani, P. y Asa, P. (2002). “Migrantes: ley inconstitucional y práctica arbitraria”, en Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2002*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 421 y ss. Morales, D. (2012). “Política migratoria y derechos humanos: consolidación de una agenda para proteger los derechos de los migrantes”, en Centro de Estudios Legales y Sociales, *Derechos Humanos en Argentina. Informe 2012* (pp. 325-349). Buenos Aires: Siglo XXI.

5 Se establece que los migrantes en situación irregular que tengan una orden administrativa de expulsión firme pueden ser expulsados pese a estar involucrados en una causa penal, habilitando de este modo declinar el ejercicio del poder penal a favor de la política migratoria. Para un análisis en profundidad ver Monclús 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* (p. 131 y ss). Buenos Aires: Didot.

hacer una interpretación armónica de la Ley, estableciendo que la expulsión de personas condenadas debe hacerse en el plazo que establece el artículo 64, es decir, a mitad de la condena. Una vez cumplida la pena, la expulsión se constituye en una doble condena, infringiendo el principio *non bis in idem*.

La expulsión también es contraria a la finalidad resocializadora y de reinserción social de la pena, puesto que Cristina salió de prisión hace exactamente 20 años y no ha vuelto a entrar en conflicto con la ley penal. Agreguemos que la Corte omite el dato de que la orden de expulsión se basa en un antecedente penal que se encuentra caducado. De acuerdo al artículo 51 del Código Penal, los registros de antecedentes penales caducan “a todos sus efectos” transcurridos 10 años desde la extinción de la condena, por lo que la pena impuesta a Cristina y que cumplió en su totalidad ya no podía tener ningún efecto. La Corte no contempla esa caducidad de los antecedentes penales y hace valer la condena en el ámbito del derecho administrativo sancionador, de modo que avala una discriminación en perjuicio de las personas migrantes puesto que, si para ellos los antecedentes penales nunca caducan, se les está imponiendo una muerte civil.

El fallo de la Corte además refuerza la discrecionalidad de la DNM para disponer expulsiones y rechazar dispensas, avalando las peores prácticas de una burocracia formada al amparo de la normativa migratoria de la última dictadura. El rechazo automático de las dispensas ha constituido una práctica habitual de la autoridad migratoria luego de la sanción de la Ley N° 25.871 y se ha mantenido a lo largo del tiempo a pesar de los intentos de alguna jurisprudencia por revertirlo. Sobre esta cuestión también avanzó el Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017.

Recordemos que el DNU incorporó un nuevo artículo 62 bis estableciendo que la denegación de la dispensa no pueda ser controlable judicialmente: “el otorgamiento de la dispensa establecida en los artículos 29 y 62 de la presente Ley será una facultad exclusiva de la Dirección Nacional de Migraciones, no pudiendo ser otorgada judicialmente”. Es decir, pretende evitar la revisión judicial de la facultad de otorgar la dispensa, como si la misma fuese una decisión “de gracia” del soberano y no un acto

administrativo que debe responder a criterios de legalidad, razonabilidad y respeto de los derechos humanos.⁶

La Corte con este fallo abona esa postura, al limitar el control judicial de la discrecionalidad de la Dirección Nacional de Migraciones.

Nuevamente nos preguntamos si el fallo “Barrios Rojas” será anticipo o compensación del que debe dictar sobre el DNU 70/2017. Tendremos que esperar a que sus señorías consideren oportuno fallar sobre la constitucionalidad o no de ese Decreto del Poder Ejecutivo que modificó la Ley de Migraciones de la democracia. A diferencia del caso objeto de este comentario en el que no estaba en juego la vulneración de derechos humanos hasta que intervino la Corte, en el litigio sobre el Decreto de Necesidad y Urgencia de 2017 sí hay apuro para que la Corte se pronuncie, pues van ya casi tres años de aplicación de esa norma que vulnera todos los días los derechos humanos de las personas migrantes.

6 Lila García señala que la previsión se dirige contra una jurisprudencia protectora que busca un balance entre las facultades de expulsión del Estado y los derechos de las personas migrantes, citando precisamente como ejemplo el fallo de la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativa en este caso. García, L. (2017). El año que (ahora sí) vivimos en peligro. *Bordes, Revista de Política, Derecho y Sociedad*. Recuperado de <http://revistabordes.unpaz.edu.ar/el-ano-que-ahora-si-vivimos-en-peligro/>