



De raíces y expulsiones

IGNACIO ODRIOZOLA (UBA/UNIVERSITY OF BRISTOL)
4 DE MAYO DE 2021

En Uruguay no tengo nada ni a nadie. Viví toda mi vida en este país, llegué con 3 años y nunca me fui. Mi mamá falleció, pero acá están mis hermanas y mis sobrinos. Todos mis amigos de la escuela, del barrio. Tengo un laburo. Ahora me quieren expulsar por un error del pasado que ya pagué y que no volví a cometer... ¿qué voy a hacer allá?

Cuando se ejerce la defensa de personas migrantes en procesos de expulsión de la Argentina, testimonios como el del Sr. N.A.M. son habituales. Se reproducen una y otra vez, como la necesidad de aclarar que, pese al arraigo que la persona tenga al país, la legislación migratoria argentina no brinda soluciones concretas para quien no tiene familia –léase padres, cónyuge, hijos menores solteros e hijos mayores con capacidades

diferentes— o no alegue razones humanitarias. Así, ciertas personas que transcurrieron *toda* su vida en Argentina deben “regresar” a su país “de origen”.

Sin embargo, puede que el 5 de marzo de 2021 se haya inaugurado una nueva etapa en materia legislativa migratoria. Ese día se publicó en el Boletín Oficial el Decreto N° 138/21 que derogó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17, poniendo así fin a cuatro años de vigencia de una normativa “de emergencia”, que se encargó de modificar severa y regresivamente a la Ley de Migraciones (Ley N° 25871) y a la Ley de Ciudadanía.

En la exposición de motivos del Decreto N° 138/21, el Poder Ejecutivo explicó las razones jurídicas que lo impulsaron a restituir la vigencia de las dos leyes modificadas, y —en lo que aquí nos interesa— también destacó la creación de una Comisión encargada de actualizar la Ley N° 25871 con el objeto de elaborar un proyecto de ley sobre la temática.

La Ley N° 25871, sobre cuyos méritos no existen objeciones,¹ tiene dieciocho años de vida. Los aprendizajes y experiencias de su ejercicio, como las nuevas dinámicas migratorias y los avances en materia de derechos humanos, tornan oportuno *remasterizar* algunos de sus postulados y alcanzar un proyecto de ley superior.

En este contexto, deberá prestarse especial atención a los institutos de dispensa que buscan prevenir la expulsión de personas migrantes de la Argentina. Actualmente, el artículo 29 *in fine* de la Ley N° 25871 establece tan sólo dos razones que “excepcionalmente” podrán impedir que la expulsión suceda: la reunificación familiar y las razones humanitarias. Ambos mecanismos, además de necesitar serias mejoras, deben complementarse con otros (¿nuevos?) dispositivos. Entre ellos, creo importante considerar la incorporación de un instituto de dispensa por “arraigo social”. Este mecanismo tendrá el objetivo de proteger frente a su expulsión a aquellas personas migrantes, como el Sr.

1 Sancionada unánimemente por el Congreso de la Nación en diciembre de 2003 y promulgada en enero de 2004, la Ley N° 25871 definitivamente representó un paso adelante en el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes en la Argentina. Además de ser celebrada por las Naciones Unidas y reproducida por otros Estados, su sanción trajo consigo el establecimiento de la migración como un derecho humano, la garantía del acceso a derechos fundamentales sin importar el estatus migratorio de la persona y el fin de la denominada “Ley Videla”. Para más detalles, ver: Hines, B. (2010). El derecho a migrar como un derecho humano: La actual ley inmigratoria argentina. *Revista Derecho Público*, (2), 1. Recuperado de <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/06/Doctrina3646.pdf>

N.A.M., cuya situación personal no encuadra en ninguna de las dos categorías mencionadas anteriormente pero que cuentan con razones legítimas para permanecer en el país.

En este artículo abogo por la inclusión de una dispensa por “arraigo social” en un futuro proyecto de ley migratoria. En primer lugar, explico el concepto de arraigo desde un punto de vista social y legal, para luego adentrarme en cómo fue éste abordado por distintos tribunales supranacionales en materia de derechos humanos. Seguidamente, analizo el arraigo en clave doméstica y, por último, propongo cómo podría incorporarse dicha dispensa en la normativa migratoria argentina.

El concepto de arraigo

La Real Academia Española define al término “arraigarse” como: “(e)char o criar raíces” y “(e)stablecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas o cosas”.

En materia migratoria, según Campos Hellin, la noción social de “arraigarse” supone que la persona carece de vínculos con su país de origen y que cuenta con cierto grado de integración en las diversas estructuras sociales de una determinada sociedad.² Para Joseph Carens, este concepto es más amplio y responde a una densa red de relaciones y asociaciones que suceden naturalmente con la residencia en un país y con el paso del tiempo, creando así un sentido de pertenencia a partir de la conexión entre la persona migrante y la sociedad de acogida.³

El echar raíces, entonces, se genera paulatinamente a partir de una conjunción de factores que cambiarán de persona a persona. Así, mientras el paso del tiempo podrá “desarraigar” a una persona de su país de origen, el mismo proceso podrá “arraigar” más y más a la persona dentro del territorio de acogida, tanto a partir de la prolongación de su estadía como de los lazos y relaciones personales, sociales, educativas y laborales que forje en el país de recepción.

2 Campos Hellin, R. (2019). El arraigo como factor impeditivo de una expulsión tras la reforma de la LO 1/2015. *Boletín Criminológico del Instituto andaluz Interuniversitario de Criminología*, 185, 5. Recuperado de: <https://revistas.uma.es/index.php/boletin-criminologico/article/view/6835/6372>

3 Carens, J. (2013). *The Ethics of Immigration* (p. 158). Oxford: Oxford University Press.

Por contraste, el concepto de arraigo en materia legal es una categoría científico-jurídica indeterminada. Es decir, no hay una definición legal que explique al “arraigo” sino, por el contrario, un número abierto de circunstancias que constituyen su significado, buscando reconocer las particularidades y necesidades de la persona en el caso concreto. Ese universo de condiciones es justamente el que permite evaluar si el arraigo a un país está presente. También, su indeterminación es útil porque, como veremos a continuación, dio pie a la jurisprudencia desarrollada por distintos tribunales supranacionales con competencia en materia de derechos humanos.

El arraigo en el derecho internacional de los derechos humanos

Ningún tratado de derechos humanos incorporó al arraigo como tal. No obstante, al vincularlo al proceso de expulsión de personas migrantes, tribunales internacionales y regionales con competencia en la materia se valieron de esta indeterminación para establecer (algunos de) los elementos que nutren de contenido y forma a este concepto.

A nivel internacional, los aportes más sustanciales fueron desarrollados por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité), al analizar los alcances del artículo 12.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que “(n)adie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país”.

El Comité reconoció que hay factores distintos de la nacionalidad que pueden forjar vínculos estrechos y duraderos entre una persona y un país (*Stewart v. Canadá*, 1996). Asimismo, partiendo de la premisa de que toda expulsión de un país conlleva una prohibición de reingreso, destacó que el mencionado artículo 12.4, al referirse a “nadie”, no hace diferencia entre nacionales y extranjeros y que, por lo tanto, la expresión “su propio país” es más amplia que el “país de su nacionalidad”. No se limita únicamente a la nacionalidad de una persona en el sentido formal, es decir, y retomando el ejemplo propuesto, a la nacionalidad uruguaya que el Sr. N.A.M. recibió al nacer. Para el Comité, por lo tanto, no puede expulsarse de “su propio país” a aquella persona que tiene vínculos especiales con un país determinado y por ende lo convierten en algo más que “un simple extranjero” (*Observación General N° 27*, 1999). Más aún, el Co-

mité ahondó en detalles sobre aquellos factores que deben evaluarse para ponderar el concepto de “propio país”. Al examinar la expulsión de Jama Warsame, un migrante de nacionalidad somalí radicado en Canadá desde los cuatro años, el Comité entendió que su residencia prolongada, la solidez de sus vínculos personales, el hecho de haber sido educado en ese país y la intención de permanecer allí, en contraste con la ausencia de ese tipo de vínculos en otro lugar, constituían elementos sobrados para reflejar el arraigo de esta persona a “su propio país” y por tanto la ilegitimidad de su expulsión (*Warsame v. Canadá*, 2011).

El Comité también explicó que tales expulsiones son arbitrarias cuando se presentan “elementos de improcedencia, injusticia, imprevisibilidad y falta de garantías procesales” y tornan la expulsión en una medida irrazonable, innecesaria y desproporcionada (*Budlakoti v. Canadá*, 2018).

Por otro lado, a nivel regional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) falló en contra de Estados que, al expulsar a una persona migrante de su territorio, obviaron considerar la red de relaciones personales, sociales y económicas que conforman la vida privada de todo ser humano (*Slivenko y otros v. Letonia*, 2003). También estableció una serie de parámetros que deben analizarse caso por caso para determinar si tal expulsión es necesaria en una sociedad democrática. Una limitación de espacio impide ahondar en estos aspectos, pero se destacan, en este sentido, parámetros como la duración de la estancia en el país de recepción y en el país al que debe ser deportada la persona, la cantidad de tiempo que ha transcurrido desde la ofensa y el comportamiento de la persona durante ese período, la fuerza de sus lazos con el país de acogida y el país de destino, el hecho de haber sido educado en ese territorio o el carácter definitivo de la expulsión, entre muchos otros (*Boultif v. Francia*, 2001; *Üner v. Países Bajos*, 2006; *Bousarra v. Francia*, 2010).

Por su parte, para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los elementos que componen al concepto de arraigo responden a “consideraciones humanitarias” (*Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros v. Estados Unidos*, 2010) mientras que, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, obedecen a “circunstancias particulares” (*Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas v. República Dominicana*,

2014). Sobre este punto, ambos órganos coinciden en que el Estado que pretende expulsar a una persona migrante debe ponderar su tiempo de estadía en ese territorio, los efectos nocivos de la eventual ruptura de las relaciones familiares o la conexión de la persona con el país receptor, entre otras.

En cualquier caso, los estándares relevados dan cuenta que, si bien ninguno de los tribunales mencionados hace referencia explícita a la palabra arraigo, conceptualmente todos la abordaron e incluso delinearón aspectos precisos que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la expulsión de la persona migrante con una fuerte conexión a un país es legítima. A su vez, todos los tribunales reflejan que las circunstancias particulares de la persona hacen que la medida de expulsión pueda resultar en una desproporción tal que no se corresponde con el fin que se persigue (seguridad, orden público, etc.) y, por lo tanto, que debe primar la permanencia de la persona en ese país.

Lo dicho, entonces, sirve de pie para examinar al arraigo desde una perspectiva doméstica y para demostrar lo poco receptivo que es nuestro país a los estándares internacionales en la materia; estándares que permean al ordenamiento jurídico argentino y que sustentan la consideración de la dispensa por “arraigo social”.

El arraigo en la legislación nacional y en la jurisprudencia local

En primer lugar, la Ley N° 25871 no menciona en ninguno de sus 126 artículos la palabra arraigo ni tampoco variaciones de este término. Las únicas referencias indirectas surgen en el artículo 62 de manera contradictoria: por un lado, se faculta a la Dirección Nacional de Migraciones, bajo ciertas circunstancias, a cancelar una residencia “cualquiera fuese su antigüedad” –da igual que la persona se encuentre radicada en la Argentina un día o más de la mitad de su vida–, mientras que, por otro, el artículo da destellos confusos de la relevancia que pueden tener “las circunstancias personales y sociales del beneficiario”. El Decreto N° 616/10, que reglamenta la normativa migratoria, en su exposición de motivos menciona al arraigo como uno de “los principios internacionalmente reconocidos” hacia las personas migrantes, pero

luego alude a él en tan solo dos ocasiones que parecen alegóricas ya que no detallan el contenido que da cuerpo al concepto.⁴

Por su parte, la Dirección Nacional de Migraciones reconoció al concepto de arraigo no a los fines de prevenir la expulsión de personas migrantes sino en materia de regularización. En este sentido, dos casos emblemáticos fueron las Disposiciones DNM N° 1/13 y 2/13 del 4 de enero de 2013. Ninguna de ellas se refiere a los estándares analizados previamente o a las escasas referencias normativas del Decreto N° 616/10 pero, aun así, al establecer los respectivos regímenes de regularización de personas dominicanas y senegaleses en la Argentina, ambas disposiciones señalaron la “voluntad de arraigo” de estas comunidades en el país, reflejada en el desarrollo de “diversas actividades en los ámbitos económicos y sociales de los que forman parte”.

Eventualmente, podría suponerse que el Poder Judicial de la Nación (PJN) se encargaría de nutrir a las pocas referencias normativas y administrativas al arraigo con elementos que ayuden a comprender su alcance o a “crear” pretorianamente la figura. Sin embargo, no se hicieron grandes esfuerzos al respecto. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), al menos en su jurisprudencia reciente, revela severas inconsistencias. Por un lado, indicó que dos años de residencia continua en el territorio nacional son suficientes para demostrar una “leal voluntad de arraigo” al país, y así recibir la ciudadanía argentina (*Ni I-Hsing*, 2009). Pero, por otro lado, recientemente avaló la expulsión de una persona migrante que residía en este territorio desde 1994, que contrajo matrimonio en Argentina, que tenía a su madre, hermanas

4 La primera de las otras dos referencias al arraigo en el Decreto N° 616/10 se encuentran en el artículo 22 inc. c) que indica que: “El extranjero que solicite su residencia permanente deberá acreditar: c) Tener arraigo por haber gozado de residencia temporaria por DOS (2) años continuos o más, si fuere nacional de los países del MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR) o Estados Asociados...”. A modo de inquietud para futuros debates, sería interesante profundizar si el plazo de 2 años, que se alinea con el tiempo necesario para adquirir la ciudadanía argentina –cfr. art. 20 CN–, podría establecerse como plazo a considerar en la inclusión de la dispensa por “arraigo social”. Por su parte, la otra se halla en el artículo 70 *in fine*, relativo a la retención de migrantes sobre los cuales pesa una orden de expulsión firme y consentida. El artículo 70 del Decreto N° 616/10 podría decirse que es la única excepción normativa que brinda ciertas pistas sobre qué entender por arraigo al indicar que éste se determinará “por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios o trabajo”. Sin embargo, dado que la redacción de este dispositivo es ambigua, la incorporación del arraigo parece tener un objetivo negativo: el artículo dispone que el arraigo funcionará como un termómetro para evaluar si la persona migrante, sobre la cual pese una orden de expulsión, cumplirá o no con dicha medida. En otras palabras, de manera contraintuitiva la norma indica que cuanto mayor sea el arraigo al país, mayor será la posibilidad de que la persona migrante cumpla con la orden de la Dirección Nacional de Migraciones de abandonar el territorio nacional.

y sobrinos aquí, que se encontraba inscrita en la AFIP, que tenía un trabajo formal y que había generado una extensa red de relaciones sociales en su comunidad. Todos esos elementos de arraigo quedaron opacados por la comisión de un solo delito por el cual dicha persona había sido condenada en 1999 y por el cual había cumplido la pena impuesta, a pesar de que no había vuelto a delinquir y ese único antecedente penal había caducado (*Barrios Rojas*, 2020).

En la misma línea, y como regla general, ninguna de las cinco Salas de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, contribuyó en este sentido. De hecho, los casos encontrados en el Sistema de Consultas Web del PJN que mencionan al arraigo son pocos, y en la gran mayoría de expedientes analizados en que la defensa hace expresa referencia a la relevancia del asunto, se aplica la premisa de que el Tribunal no está obligada a responder a cada uno de los planteos propuestos por las partes. En cambio, un grupo menor de casos revela que el debate es encarado tangencialmente y, en rigor, se “pasa la pelota” al poder legislativo. En ellos se explica que no hay forma de impedir la expulsión de la persona migrante que viola la normativa migratoria porque “el legislador no ha establecido criterios que subsanen tal extremo a raíz de su arraigo, del tiempo transcurrido en la República o su resocialización”.⁵

Evidentemente, el arraigo surge a nivel local como una noción formal e inutilizada. Tanto la legislación en la materia, como la autoridad migratoria y la justicia doméstica *mencionan* –sin nutrir– al concepto de arraigo de un modo zigzagueante, esquivo, e incluso incongruente. Las referencias a su contenido son escasas –por no decir nulas– y en ningún caso se siguen los estándares de los tribunales internacionales o regionales; esto es grave, porque demuestra que ninguna instancia lleva a cabo el respectivo control de convencionalidad. Entonces, ¿qué debemos hacer para que supuestos como el del Sr. N.A.M. sean alcanzados por la normativa migratoria argentina?

⁵ A modo de ejemplo, ver: “*N.R., E. W. c/ EN-M Interior, OP y V-DNM s/ Recurso Directo DNM*”, Expte. 42631/2019, rta: 29/10/20; “*T. E. B. c/ E.N. – M. Interior, OP y V-DNM s/ Recurso Directo DNM*”, Expte. 50974/2019, rta: 10/12/20; “*C.M., O.K. c/ EN-DNM s/ Recurso Directo DNM*”, Expte. 59449/2019, rta: 22/12/20.

Propuesta de dispensa por “arraigo social”

La inclusión de la dispensa por “arraigo social” en un eventual proyecto de ley, apunta a complementar a las dispensas por reunificación familiar y por razones humanitarias ya existentes en la normativa migratoria. Como regla, no busca solaparse o converger con ellas sino, siendo una dispensa autónoma, alcanzar a las personas migrantes con razones legítimas para permanecer en el país debido a su especial conexión con la sociedad –de allí el término “social”– que no ingresan dentro de las categorías restantes. También, busca poner nombre al plexo de estándares internacionales y regionales en la materia.

El “arraigo social”, por ejemplo, está contemplado en la normativa migratoria española (Real Decreto N° 557/2011, art. 124) y persigue los mismos fines preventivos de expulsión que aquí propongo. Allí, no se explica qué es el “arraigo social” –siguiendo la idea de que representa un concepto indefinido–. Esta técnica legislativa permite que un universo amplio de circunstancias pueda ser contemplado, sin reducirse a un *numerus clausus* de opciones. Sin embargo, podría ser útil detallar –sea en la norma o en su reglamentación– un piso mínimo de estándares “entre otros”, a considerar por la autoridad competente. Luego, la jurisprudencia será la encargada de dar contornos a la aplicación de este instituto.

Por otro lado, el recurso al “arraigo social” debería ser alegado, sin que esto signifique que la carga de la prueba deba recaer sobre la persona migrante. Por el contrario, su demostración debe resultar de un esfuerzo conjunto, entre el Estado y la persona, tendiente a documentar los hechos alegados. Sería muy útil el trabajo interdisciplinario o la visión que puede proveer un informe social. De igual manera, se deberá garantizar un debido proceso, brindando un tiempo razonable para la producción de pruebas que respalden la alegación y/o, cuanto menos a petición de parte, asegurando a la persona migrante el derecho a ser oído por la autoridad migratoria o judicial.

Al margen de lo dicho, la dispensa por “arraigo social” sí debe incluir ciertos supuestos donde inequívocamente ésta pueda –y de ser alegada, deba– ser aplicada. Propongo, a modo de ejemplo y sin obviar que son categorías que merecen un debate más profundo, incorporar a quienes arribaron al país en etapa preescolar, a quienes se radicaron de hecho en la Argentina hace más de 10 años o a quienes, teniendo una residencia temporal o permanente, alcanzaron la edad de persona mayor (60 años) en el país.

Por último, en todos los casos la autoridad migratoria o judicial tendrá que llevar a cabo un examen de proporcionalidad, la llamada “prueba de equilibrio”, para lograr una decisión justa que contemple tanto los derechos humanos de la persona migrante como las necesidades fijadas por el Estado. El examen en cuestión deberá demostrar por qué el “arraigo social” alegado es suficiente o en su defecto cuál es la necesidad apremiante que refleja que la expulsión de la persona migrante del país es razonable, objetiva y necesaria en una sociedad democrática.

Consideraciones finales

La propuesta del Poder Ejecutivo de actualizar la Ley N° 25871 y elaborar un proyecto de ley sobre la temática es oportuna y necesaria. Partiendo de los pilares asentados por la norma actual, podrán perfeccionarse sus dispositivos, podrán aclararse ambigüedades y, como en el caso de esta propuesta, que vale aclarar funciona como disparador a un debate más profundo, podrán incluirse nuevos mecanismos que amplíen la protección de las personas migrantes ante procesos de expulsión.

La jurisprudencia de tribunales internacionales y regionales refleja un extenso catálogo de circunstancias personales que deben ser ponderadas al momento de decidir sobre la legitimidad de la expulsión de una persona migrante. Sin embargo, estos estándares no han logrado permear el ordenamiento jurídico interno. La dispensa por “arraigo social”, busca aglutinar y poner nombre a estos parámetros, con el objetivo de reforzar el entramado de dispensas ya previsto en la Ley N° 25871. Al dotar de sentido a un concepto legal invertebrado, como el de “arraigo social” se limitará el accionar estatal en materia de expulsión y se protegerán derechos humanos de primer orden, como aquellos que detenta el Sr. N.A.M. y, en definitiva, toda persona.