

NUEVA POLÍTICA MIGRATORIA ARGENTINA Y DERECHOS DE LA MOVILIDAD: APROXIMACIÓN DESDE LAS ACCIONES PROMOVIDAS POR O CONTRA DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES (2004-2010). Trabajo presentado en el V Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población, Montevideo, Uruguay, del 23 al 26 de octubre de 2012.

AUTORA: LILA GARCÍA

RESUMEN. Este trabajo presenta una investigación en curso que tiene como objetivo conocer y evaluar la aplicación de la Nueva Política Migratoria argentina (NPMA) en términos de derechos humanos de migrantes y extranjeros a través del análisis de las acciones planteadas ante el Poder Judicial y la respuesta dada por el operador jurídico.

El análisis se centra en lo que puede denominarse “política migratoria en sentido estricto” (ingreso, permanencia, circulación, residencia y egreso de personas) y desde el punto de vista de los sujetos destinatarios, “derechos de la movilidad” -en consonancia con el derecho a migrar que les reconoce la nueva legislación- mediante el análisis de los expedientes promovidos por o contra Dirección Nacional de Migraciones ante el fuero federal durante el período 2004-2010.

Palabras clave. Política migratoria. Movilidad. Derecho a migrar. Poder Judicial. Argentina.

Planteo

Con la entrada en vigencia de la ley nacional 25.871 (enero de 2004) se estableció el primer pilar de un ambicioso proyecto en materia de migraciones en Argentina que, junto con el posterior programa de regularización documentaria denominado “Patria Grande”, forman lo que se ha dado en llamar Nueva Política Migratoria argentina (NPMA). En particular, esta NPMA tiene dos aspectos novedosos y sobresalientes: (i) el reconocimiento a migrantes y extranjeros/as de un derecho (humano) a migrar, junto con otros derechos que superan, incluso, los parámetros fijados a nivel internacional.¹ Las consecuencias a nivel nacional e internacional para el Estado argentino a raíz de la elevación de estos estándares fueron

¹ Los instrumentos generales de derechos humanos, pese a la indiferencia hacia la nacionalidad (“no discriminación por razones de nacionalidad”) como punto de partida, no logran superar la lógica estatal de las fronteras y la ciudadanía. Así, hablan de la “legalidad” de la estadía y de los derechos políticos de los ciudadanos. Por ello la jurisprudencia interamericana parte para su análisis de la facultad de los Estados de fijar su política migratoria, y no de los derechos (humanos) de las personas sometidas a jurisdicción del Estado de que se trate. Los instrumentos específicos como la Convención para la protección de todos los trabajadores migratorios (y sus familiares) puede ser vista, por algunos puntos que recoge, como una protección menor a la que podría lograrse de cierta interpretación de los instrumentos generales y, en particular, tiene algunos estándares menores a los que reconocerá la ley argentina de 2004.

analizadas en la tesis de maestría: esta investigación retoma aquellas conclusiones a los fines de evaluar esta nueva política.²

Una segunda novedad es la asignación de competencias al Poder Judicial en dos grandes esferas: (i) como operador de la política migratoria, autorizando “retenciones” y/o expulsiones de extranjeros residentes; (ii) como revisor de las decisiones de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM), competencia que bajo el régimen anterior la práctica judicial trataba como excepcional. Incluso en las actuales legislaciones migratorias latinoamericanas que incorporan una perspectiva de derechos humanos, la expresa intervención del Poder Judicial no está prevista.

En este marco, el problema en investigación es cómo se está aplicando la NPMA en términos de derechos humanos, teniendo en cuenta los problemas bajo el régimen anterior y los altos estándares en derechos humanos fijados por la nueva política. Para ello, esta propuesta se centra en los “derechos de la movilidad” (política migratoria en sentido estricto: admisión e ingreso, permanencia, circulación, residencia y egreso) puestos en juego en las acciones planteadas ante el cuerpo competente del Poder Judicial para conocer de ellas en la Ciudad de Buenos Aires: el fuero Contencioso Administrativo Federal.³

² Entre las conclusiones, la tesis afirmarí que: (i) los derechos reconocidos en la legislación interna con mayor amplitud que en la legislación internacional constituyen el contenido del derecho humano también en la esfera internacional, (ii) son un piso mínimo sobre el cual se aplican los principios de progresividad y no regresividad; lo mismo vale para (iii) el conjunto de acciones emprendidas, que en tanto piso mínimo es además, no susceptible de derogación o retraimiento por otros tratados, legislaciones subsiguientes o normas inferiores. Por demás, concluye asimismo que “el mismo reconocimiento del *derecho a migrar* dentro de un plan de derechos humanos vuelve a la política migratoria en un derecho humano en sí misma”, siendo la “enumeración de derechos meramente enunciativa” y “los derechos reconocidos forman parte de los *bienes* adquiridos por la persona, lo cual impide la adopción de una política migratoria que los desconozca”, so pena de, por ejemplo, incurrir en responsabilidad internacional.

³ El problema en investigación se justifica, en primer lugar, por los altos parámetros en derechos humanos planteados por la NPMA que, a juzgar por las prácticas administrativas, judiciales e incluso sociales de los últimos veinte años, lucen como de difícil implementación. En segundo lugar, el análisis centrado en la política migratoria en sentido estricto encuentra basamento en el marco legal en el cual las políticas migratorias y su relación con los derechos humanos tienen lugar. En el marco nacional, la nueva ley reconoció dos grandes grupos de derechos cuyo goce era reclamado por los grupos de migrantes y asociaciones civiles: (i) derechos económicos, sociales y culturales (DESC); (ii) derechos relacionados con la movilidad: derecho a migrar, criterios no discriminatorios de ingreso, libertad de circulación, posibilidad de regularizar, revisión de las decisiones de expulsión, etc. La gran diferencia entre ambos es que respecto a los derechos relacionados con la movilidad, la Administración parece haber reservado un margen de apreciación bastante amplio: por ejemplo, junto con el derecho a migrar y la obligación del Estado argentino de regularizar plasmados en la ley, se establece que la DNM puede expulsar a una persona “por no cumplir con los requisitos previstos en la legislación” (art. 29). Es este balance entre los derechos y las facultades de la Administración el que debe ser sopesado por el Poder Judicial a través de las nuevas competencias que le fueran reconocidas. Por último, en análisis centrado en las acciones planteadas ante el Poder Judicial se relacionan con un umbral de gravedad: para las acciones iniciadas contra DNM, la judicialización sirve como un parámetro de la gravedad

Entre los resultados esperados, se ubica (i) la posible identificación de estándares de protección del Poder Judicial en materia de derechos humanos de los y las migrantes a partir de las respuestas judiciales (entendiendo respuesta en un sentido amplio) dadas a los casos en concreto. Estos estándares serán cotejados con las conclusiones arrojadas por la tesis de maestría (sobre las consecuencias para el Estado argentino de realizar una política migratoria bajo el DIDH) para evaluar la performance del Estado desde el punto de vista del derecho y la posible responsabilidad internacional; (ii) la identificación de las cuestiones que presentan desafíos para la implementación de esta nueva política, en particular problemas emergentes o subsistentes para la efectividad de los derechos reconocidos en torno al derecho a migrar y la eventual existencia de patrones sistemáticos de menoscabos o situaciones estructurales que directa o indirectamente atenten contra la efectividad de los derechos en estudio, y así elaborar recomendaciones para una mejor implementación.

Los derechos de la movilidad y el derecho humano a migrar

El derecho internacional público y en particular el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) planea escasos lineamientos sobre cómo debe aplicarse la política migratoria de un Estado respecto a las personas que no son sus nacionales; tradicionalmente, la migración era considerada parte de la esfera doméstica de los estados y su posicionamiento en la agenda internacional es apenas reciente (Mármora, 1997).

En el plano del DIDH los desarrollos son aún más recientes, al punto que las pocas referencias en los instrumentos internacionales de derechos humanos supeditan el goce de derechos de la movilidad a la situación de legalidad en el Estado del que se trate. En tal marco, hay dos grandes lineamientos en el DIDH a nivel regional: (i) se reconoce la facultad del Estado de fijar su propia política migratoria (Corte IDH, 2003 y 2010); (ii) se identifica un límite en su aplicación: debe respetar el principio de igualdad y no discriminación (Corte IDH, 2003).

A resultas de tal principio es que se plasmó como principio general la no discriminación entre nacionales y extranjeros (Comité 1989), se reconoció el derecho a la asistencia consular, incluyendo el derecho a la información sobre ese derecho (Corte IDH, OC-16/99; 2010 párrafo 149 y ss.) y al acceso efectivo a comunicarse con el funcionario consular (2010

del problema planteado, que ha atravesado las instancias administrativas; para el caso de las acciones promovidas por ONGs, los criterios de judicialización de una situación sugieren que esta es particularmente grave o representativa de un problema extendido o estructural.

párrafo 153), medida positiva para corregir la desigualdad de hecho entre otras medidas “especiales” que se deben tomar (Corte IDH 2010, párrafo 99), a un recurso sencillo y rápido (Corte IDH, 2003, párrafo 107, 2010 párrafo 127) incluyendo la posibilidad de recurrir el fallo (2010 párrafo 180), especialmente en casos de expulsión; debido proceso legal y garantías judiciales y administrativas (párrafo 121, Corte IDH 2010 párrafo 100, 143), derechos laborales (párrafo 136), a ser llevado ante un juez “u otro funcionario autorizado” (Corte IDH 2010, párrafos 102 a 111), a la decisión fundada de detención, contra las prácticas automáticas de “aprehensiones”, “retenciones”, “aseguramientos” de personas migrantes y otros eufemismos (Corte IDh 2010 párrafo 117), a la asistencia legal (Corte IDH 2010 párrafo 132) gratuita (2010 párrafo 145), la prohibición de detención, con fines punitivos, de personas por incumplimiento de las normas migratorias (2010 párrafo 171), por lo cual deben estar separadas de los procesados por delitos penales (2010 párrafo 207) en lugares especialmente diseñados en virtud de su situación legal, evitando en lo posible la desmembración familiar (2010 párrafo 209). En todos estos casos, una conducta contraria a estos parámetros implica “discriminación”.

Sin embargo, entre aquella facultad estatal y este último límite basado en el principio de igualdad y no discriminación queda un gran trecho de indefinición: qué debe entenderse, respecto de los y las migrantes, que es un trato discriminatorio por oposición a un trato que no lesiona el principio de igualdad y no discriminación. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque la aplicación del principio no depende del estatus migratorio, dicho principio no impide, en definitiva, otorgar un trato distinto a documentados respecto a los indocumentados, si dicho trato no lesiona aquél principio (OC-18/03, párrafos 118 y 119).

A estos tres aspectos (movilidad bajo condición de legalidad, facultad del Estado de fijar su política migratoria y respeto al principio de igualdad y no discriminación) se suma la falta de reconocimiento a nivel internacional de un derecho a migrar o al menos, a ingresar en un Estado distinto al de la propia nacionalidad; el trasfondo legal internacional supedita varios derechos a la situación de legalidad, particularmente los derechos de la movilidad, habilitando diferenciaciones que caen bajo la órbita de la discrecionalidad del Estado.⁴

⁴ Me he referido a los derechos “discutibles” y al margen de apreciación del Estado en García 2005 y 2009.

En este marco surge el reconocimiento argentino de un derecho humano a migrar (art. 4 de la ley 25871)⁵ y, dentro del mismo plan, una obligación del Estado argentino de regularizar como una de las formas de acotar(se a sí mismo) la aludida discrecionalidad (art. 17)⁶, dos aspectos medulares del plan migratorio argentino si tenemos en cuenta el contexto internacional referido, las actuales tendencias de las políticas migratorias europeas y estadounidenses –criminalizadoras, discriminatorias, ilegalizantes- y la historia migratoria argentina, entre la xenofilia europea y la xenofobia limítrofe.

El examen de los derechos de la movilidad por la vía del Poder Judicial

Fundamentación

Los antecedentes de hecho y de derecho de la política migratoria argentina de los últimos veinte años proveen un panorama preocupante sobre el rol del Estado en la migración. Sobre la historia nacional, tanto informes del CELS (informes 1997-2007) como relatos académicos han sido bastante claros para mostrar los problemas que afrontaban los migrantes: imposibilidad de regularizar, trabas burocráticas, redadas, tasas exorbitantes, exigencia de contrato laboral en todos los casos, exclusión de la residencia por cuestiones de salud, discapacidad, etc. Devoto (2001), por ejemplo, ha señalado muy acertadamente el papel que jugaron las prácticas administrativas al margen de las disposiciones legales, que tampoco se han caracterizado por ser especialmente protectivas.

Este panorama hace posible prever que la simple adopción de una legislación protectora que además fija altos estándares en materia de derechos humanos no barrerá con las prácticas administrativas de las últimas décadas, lo cual pone en primer plano el rol del Poder Judicial para encauzarlas, “enmendarlas” y, en definitiva, garantizar los derechos. Así, la elección del análisis a través de la respuesta dada por el operador jurídico obedece a varias razones, entre ellas: (i) antecedentes y prácticas administrativas y judiciales de la política migratoria argentina

⁵ “El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”. Aunque no se lo define como humano, ya he referido en otro lugar que las características con que se lo define (esencial, inalienable, universal) hacen indudable que se refieren a un derecho “humano”.

⁶ “El Estado proveerá lo conducente a la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros”. Existe acuerdo en la comunidad especializada en que se trata de una obligación del Estado, contrapartida de los derechos humanos reconocidos. Véase por ejemplo: Ceriani Cernadas, Pablo (2004), “Nueva ley: un paso hacia una concepción distinta de la migración”, en Giustiniani, R. (comp.), *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires, Prometeo.

(últimos 20 años)⁷; (ii) ausencia, hasta 2003, de revisión judicial reglada y menos, de una competencia expresamente reconocida en la política migratoria⁸; (iii) el rol del Poder Judicial como garante de derechos así como para establecer parámetros a la discrecionalidad estatal; (iv) el secretismo de los expedientes administrativos: a diferencia de los judiciales, los expedientes administrativos no son públicos; (v) la judicialización como umbral de gravedad.⁹

En este contexto se explica que la nueva legislación reconociera expresas competencias al Poder Judicial como corolario necesario del reconocimiento de derechos a extranjeros y migrantes; por otro lado, dado que a priori no parece posible decidir qué configura -en la relación extranjeros/as-nacionales; legales-ilegales- un trato discriminatorio frente a un trato desigual “permitido”, se titula al Poder Judicial para que pueda sopesar los intereses en juego entre el sujeto de derechos (extranjeros y migrantes) y las facultades de la Administración. Viene, entonces, o debería venir, a fijar el margen de apreciación en algunos casos y a revisar el uso de dicho margen por Dirección Nacional de Migraciones y otras instancias de ejercicio. En particular, resolviendo la tensión entre el derecho a migrar y ciertos intereses estatales.

La selección de casos

La ley de migraciones 25.871 prevé que la autoridad judicial de aplicación sea el fuero federal de la jurisdicción que correspondiera (art. 98). Considerando la imposibilidad de llevar en tiempo y forma una investigación que relevara la aplicación de la NPMA en todo el país, se concentró la investigación en la Ciudad y Gran Buenos Aires. La justificación para él provino de la mayor concentración de migrantes por jurisdicción: según los datos más recientes, más

⁷ La práctica judicial de revisión de los actos administrativos de los principales operadores migratorios ha sido muy limitada: la legislación anterior no preveía la posibilidad de acudir a la instancia judicial y los casos planteados por la vía del amparo tuvieron resultados muy limitados, resolviéndose mayormente mediante el rechazo por requisitos formales (véase por ejemplo la revisión de Ceriani, Ricart, Morales, 2006).

⁸ Aunque el Poder Judicial tiene algún largo reconocimiento como actor de la política migratoria en países como Francia, Alemania, Gran Bretaña y Estados Unidos, es prácticamente desconocido en los países latinoamericanos. La experiencia y trabajo en la temática migratoria en América Latina ha prácticamente soslayado el rol del Poder Judicial, muy probablemente por el rechazo que usualmente han enfrentado los migrantes y extranjeros al intentar acceder a instancias que garanticen el derecho a una revisión judicial. Esto es predicable con respecto a la Argentina, donde hasta la nueva ley de migraciones, la falta de un recurso judicial previsto para revisar las decisiones que afectaran derechos de migrantes y extranjeros limitó no sólo el papel garantista del Poder Judicial sino el acceso mismo a un recurso.

⁹ No todos los casos llegan a la vía judicial: en este sentido se tiene en cuenta que la judicialización implica un umbral de gravedad además de la imposibilidad de resolver la cuestión por otros canales, situación que se ve ratificada cuando los casos son patrocinados por instancias ad-honorem (ONGs, patrocinio letrado de la Universidad de Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, etc.).

del 50% de los migrantes de las nacionalidades más numerosas en el país (boliviana, paraguaya, peruana) se concentra en la Ciudad de Buenos Aires y el Gran Buenos Aires; es además la DNM de la Capital Federal la que tramita casi el 90% de la totalidad de los pedidos de radicación.

Esta cantidad de población con vocación de permanencia en un escenario tan visible como la ciudad hace pensar en una alta probabilidad para el afloramiento de conflictos (Parque Iberoamericano) que pueden encontrar vías para su judicialización sobre todo si tenemos en cuenta la oferta de asesorías jurídicas gratuitas y defensorías que hay en la Ciudad y en el GBA.

Seleccionada así las jurisdicciones de la Ciudad y del GBA, se identificó el fuero federal: en primer lugar, el Contencioso Administrativo y Federal nacional (donde DNM tiene recurso directo para por ejemplo, solicitar la retención de un extranjero a los fines de su expulsión), sito en Capital Federal¹⁰.

El trabajo se centra en dos tipos de reclamos: casos promovidos por DNM (retenciones, expulsiones y otros trámites) y contra DNM (mayormente amparos, recursos directos, etc.). En ambos casos, la contraparte debe ser una persona física. Aunque esto implica una importante delimitación de todas las posibles fuentes de conflicto en la aplicación de la política migratoria, no es posible conocer “de primera mano”, dada la manera de registrar los expedientes en la mesa de entradas del sistema judicial argentino, si un expediente determinado refiere a la aplicación de la política migratoria. Incluso sólo muy limitadamente puede conocerse si en estos casos que incluyen a DNM, la contraparte es extranjera. Bajo esta premisa, se espera que los tipos de casos seleccionados sean los más representativos, ya que involucran a la autoridad nacional de aplicación en materia migratoria.

El universo total de casos judiciales consta de más de 600 causas. Para esta investigación se relevó el 50% (entre expedientes¹¹ y sentencias¹²) de cada bloque (causas promovidas por DNM y

¹⁰ Es una práctica reiterada de este fuero enviar las causas para que el fiscal se expida sobre la competencia, que ha sido objetada por alguna judicatura de primera instancia por entender que estando en juego la libertad ambulatoria de un habitante, correspondería remitir a la justicia penal. No obstante, de manera sistemática los dictámenes fiscales se han expedido ratificando la competencia del fuero para entender en la ley 25.871.

¹¹ La revisión de los expedientes incluye: recolección cualitativa a través de un formulario diseñado a partir de la vista de los primeros 20 expedientes, así como el análisis de la respuesta dada (sentencia u otro tipo). Muchos expedientes, particularmente aquellos iniciados en 2004, no están disponibles al público puesto que han sido “paralizados” o archivados. Sobre ellos se efectuaron algunos pedidos de “saque de paralizados”, a la fecha sin respuesta. En cuanto a los expedientes, se diseñaron dos formularios diferentes para dar cuenta de los dos tipos

promovidas contra DNM) a través de un procedimiento aleatorio que tuvo en cuenta una adecuada representación de juzgados de primera instancia y salas de la Cámara del fuero, así como una distribución relativamente equitativa a través del tiempo.

Finalmente, la investigación cubre el período entre enero de 2004 y diciembre de 2010 y excluye tres tópicos principales: (i) procedimientos o sentencias referidas a tráfico de personas; (ii) procedimientos o sentencias referidos a delitos migratorios; (iii) refugiados y asilados. Los dos primeros tópicos responden a cuestiones que son problemáticas en sí mismas de carácter penal pero que, además, se inscriben en fenómenos más amplios que exceden la implementación de una política migratoria en sentido estricto. En el caso de refugiados y asilados, cuentan con un régimen internacional propio del cual emergen otras obligaciones para el Estado de que se trate.

El nuevo rol del Poder Judicial bajo la ley de migraciones

Una muy necesaria novedad, decía, que trajo la ley de migraciones es la participación del Poder Judicial en ciertas instancias claves de la aplicación de la política migratoria en sentido estricto. Pueden identificarse cinco formas de intervención: (i) por agotamiento de la vía administrativa; (ii) por opción frente a la vía administrativa; (iii) revisión por expulsión de una persona residente; (iv) autorización de retención; (v) por demora de la administración.

La primera forma de intervención judicial es la usual: contra el acto que agota la vía administrativa puede interponerse recurso judicial, pudiendo la primera ser abandonada en cualquier momento del recurso de alzada (art. 84 de la ley¹³). En este caso, se estipula que el recurso queda limitado al control de legalidad, debido proceso y razonabilidad¹⁴. La segunda forma podría llamarse “amplia”. Es una revisión en sede judicial (que ingresa como “recurso

de casos relevados: expedientes promovidos por DNM, o contra ella. En ambos casos, la lista total se limitó a personas físicas como contraparte. Entre la ítems incluidos en los formularios se encuentran: año de promoción de la acción, nacionalidad de la persona, fecha de ingreso al territorio, existencia (o mención) de vínculos familiares, existencia (o mención) de antecedentes penales, etc.

¹² En relación a las sentencias, todas las etapas judiciales fueron incluidas en el análisis: desde la primera instancia hasta la Corte Suprema, de corresponder. El tiempo transcurrido entre la promoción de la acción y la fecha de la/s sentencia/s, así como la respuesta dada (de fondo o de forma) son dos aspectos, entre varios, que se evalúan. El texto de la sentencia se dividió a priori en tres secciones: (i) descripción del reclamo/pedido; (ii) consideraciones del juzgador en torno a los derechos e intereses en juego; (iii) decisión.

¹³ “Agotada la vía administrativa a través de los Recursos de Reconsideración, Jerárquico o Alzada, queda expedita la vía recursiva judicial. El plazo para la interposición del respectivo recurso, será de treinta (30) días hábiles a contar desde la notificación fehaciente al interesado”.

¹⁴ Sobre esta “limitación”, debe consultarse el capítulo “Apuntes jurídicos sobre la nueva ley de migraciones”, de Gabriel Chausovsky, en el libro *Migración: un derecho humano*.

directo para juzgado”) al optar frente a la revisión administrativa: se elige la vía judicial directa y se pierde la administrativa¹⁵. Se trata de una forma novedosa ya que la regla es transitar todas las instancias de la vía administrativa.

En ambos casos, las decisiones impugnables son aquellas en las cuales (definitivas y contra interlocutorios de mero trámite que lesionen derechos subjetivos o intereses legítimos, lo usual): se deniegue la admisión o permanencia de un extranjero; se cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria; se conmine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión; se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución (art. 74).

La tercera intervención está dada por el artículo 61: cuando DNM decrete la expulsión de un extranjero residente luego de haberlo intimado a regularizar sin que tal regularización se produzca, debe dar intervención ante el juez o tribunal para que revea la decisión; para esta “consulta judicial”, al decir de Chausovsky (2004), el mismo jurista notaba que no era necesario que el interesado haya interpuesto recurso alguno. Entre tanto, la expulsión queda suspendida¹⁶.

La cuarta intervención es la normada en el artículo 70, bajo el título “De las medidas cautelares”. Con la nueva ley, sólo el Poder Judicial puede autorizar la “retención” de un extranjero, y ello sólo con vistas a su expulsión.¹⁷

¹⁵ ARTICULO 79: “Contra los actos dispuestos por la Dirección Nacional de Migraciones en los términos del Artículo 74, procederá a opción del interesado, el recurso administrativo de alzada o el recurso judicial pertinente”. ARTICULO 80: “La elección de la vía judicial hará perder la administrativa; pero la interposición del recurso de alzada no impedirá desistirlo en cualquier estado a fin de promover la acción judicial, ni obstará a que se articule ésta una vez resuelto el recurso administrativo”.

¹⁶ Art. 61: “Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la Dirección Nacional de Migraciones deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la Dirección Nacional de Migraciones decretará su expulsión con efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión”.

¹⁷ Art. 70: “Firme y consentida la expulsión de un extranjero, el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, solicitarán a la autoridad judicial competente que ordene su retención, mediante resolución fundada, al solo y único efecto de cumplir aquélla. Excepcionalmente y cuando las características del caso lo justificare, la Dirección Nacional de Migraciones o el Ministerio del Interior podrán solicitar a la autoridad judicial la retención del extranjero aún cuando la orden de expulsión no se encuentre firme y consentida. Producida tal retención y en el caso que el extranjero retenido alegara ser padre, hijo o cónyuge de argentino nativo, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado con anterioridad al hecho que motivara la resolución, la Dirección Nacional de Migraciones deberá suspender la expulsión y constatar la existencia del vínculo alegado en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas hábiles. Acreditado que fuera el vínculo el extranjero recuperará en

Este procedimiento no está reglamentado y normalmente funciona con un escrito de inicio de DNM solicitando la retención sin motivos particulares (“las circunstancias que rodearon la detección del extranjero hará presumir que eludiría la medida de expulsión”, aunque las circunstancias han sido de lo más disímiles), acompañando todo o parte del expediente administrativo. El operador judicial, en la mayoría de los casos, sólo se limita a valorar si la medida ha sido notificada, con independencia de si las condenas penales son ínfimas (inferiores al mínimo del 29.c o del 62.b), si tiene familia, si se ha tramitado efectivamente el recurso administrativo o no, aunque algunos casos muy ponderables han denegado la retención –aunque no la expulsión- por falta de intimación a regularizar previa, existencia de hijos menores, notificación al o la extranjero cumpliendo condena penal o notificación dudosa (ausencia total o cursada en lugar donde se dijo no conocer al extranjero)¹⁸.

La última es un aspecto usual en las competencias del fuero contencioso administrativo: la resolución de recursos interpuestos por los particulares que se agravan ante la demora de la Administración en resolver reclamos, entregar documentación, etc. No da lugar a verdaderas respuestas que resuelvan un problema de aplicación de la política migratoria por lo cual es una función cuyo análisis ha sido soslayado (en suma, nuestra que DNM está tan atrasada y colapsada como antes).

Algunos problemas relevados a raíz de la investigación

Generalidades

Los primeros resultados, aun considerando el acotado universo de casos (recortado sobre la totalidad de reclamos administrativos, que a su vez se recorta sobre la totalidad de conflictos que enfrentan los y las migrantes en el ejercicio de su derecho a la movilidad), parece mostrar más

forma inmediata su libertad y se habilitará respecto del mismo, un procedimiento sumario de regularización migratoria.

En todos los casos el tiempo de retención no podrá exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero. Producida la retención, se dará inmediato conocimiento de la misma al Juzgado que hubiere dictado la orden a tal efecto.”

¹⁸ Es interesante apuntar que la mayoría de estas cuestiones que dieron origen a sendas denegaciones hayan sido relevadas en sólo tres juzgados: Contencioso 3, 8 y 11.

continuidades que rupturas respecto a las respuestas judiciales dadas bajo el régimen de la ley anterior.

Evalrados los hallazgos frente a las obligaciones en derechos humanos asumidas por el Estado, el panorama es más bien preocupante.

Por lo que se ha visto en los casos ventilados ante el Poder Judicial, las facultades de expulsión o revocación de la residencia y más aún, denegación del ingreso, de la DNM, son omnipotentes frente a los derechos de las personas en cuestión si estas se ven alcanzadas por alguna causal prevista en el artículo 29 de la ley. A más de la falta de armonización por el Poder Judicial entre derechos –de las personas extranjeras involucradas- y facultades del Poder Ejecutivo –en la persona de DNM- lo que se nota es una total ausencia de ponderación de la situación. No se trata ya de que la balanza se incline “bien o mal” a favor de una u otra parte, sino de una casi total negación a acceder a valorar la situación. Esto ha operado por varias vías: (i) so color del incumplimiento de los requisitos del amparo por parte del extranjero, con lo cual no se entra a juzgar la cuestión de fondo; (ii) arguyendo que se trataría de una intromisión en esferas propias de la Administración, entre otros.

En este sentido, de las sentencias publicadas puede concluirse de manera preliminar que las cuestiones formales del amparo pesan más que la cuestión de fondo. Esto debe ser analizado a la luz de un eventual incumplimiento del recurso sencillo y eficaz previsto en el art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, la situación expuesta representa una continuidad con el régimen anterior, donde Ceriani, Morales y Ricart (2006) en uno de los pocos trabajos que analizan la jurisprudencia relativa a los migrantes, notan la prevalencia de los requisitos formales del amparo por sobre la cuestión de fondo.

Un eje central de preocupación y de autoevaluación de los operadores involucrados lo constituye el derecho a la reunificación familiar; en algunos casos, más bien el derecho a la no desmembración familiar. Esto ha sido señalado por distintas personalidades abocadas al estudio de la migración en Argentina y se ratifica en los casos relevados: la existencia de familia e incluso de hijos menores no “purga”, para emplear los términos de DNM, el impedimento de permanencia en el territorio cuando el extranjero en cuestión cuenta con antecedentes penales.

La separación de familias en razón de la irregularidad de uno o más de sus miembros o la deportación de los padres de personas menores de edad es un hecho que ha sido objeto de

mayor atención en los últimos años, al punto que se encuentra en trámite una solicitud de opinión consultiva ante los órganos del sistema interamericano sobre, precisamente, la niñez migrante y el rol de los Estados. Sin ánimo de reseñar los antecedentes respecto a su conformación como derecho y su papel en la política migratoria, hay consenso en reconocer el rol que le cabe al Poder Judicial al respecto, reconociéndose incluso que ha sido su intervención la que ha permitido elaborar y proteger la familia en el diseño o la aplicación de políticas migratorias (Guiraudon, 2001; Hollifield, 2006).

Por otra parte, hay una ausencia notoria y extendida, registrada en todos los casos: la falta de notificación del derecho a la asistencia consular. La falta de constancia de la notificación ratifica lo escuchado en fueros de la especialidad, donde se ha hecho patente la ausencia de los cónsules en todos los procesos relativos a los extranjeros.

En otro orden de ideas (y solo para terminar de exponer algunas conclusiones de la investigación en curso), hay dos modalidades de DNM que deben ser tenidas en cuenta: lo que podríamos denominar “razzias” administrativas, llevadas a cabo a pedido de algunas fiscalías bajo investigaciones de oficio o bien, en supermercados chinos en la modalidad control de permanencia de extranjeros (o verificación de que una persona determinada trabaja en el lugar luego de haberse presentado las constancias pertinentes) y por otra, el inicio sorpresivo de nuevos trámites de regularización: se notifica a una persona x al domicilio dado en el trámite (trámite 1) que debe iniciar un nuevo trámite (trámite 2). Si la persona no lo inicia –la mayoría de las notificaciones se fijaron en la puerta, por lo que no existe constancia de que efectivamente la persona se haya anoticiado- se inicia el proceso de expulsión.

Por último, un problema a abordar lo constituye la imposibilidad de regularizar cuando no hay constancias del ingreso “legal”. Aún pese a la consagración del derecho a migrar, cuando no puede acreditarse el ingreso por paso habilitado, las opciones de DNM son menos que muy pocas: ninguna. De hecho ni siquiera se intima a la persona que se pretende expulsar a regularizar su situación, ya que como la misma DNM ha explicado en sede judicial, la falta de ingreso legal obsta totalmente a la posibilidad de regularización alguna. Huelga decir que esto no sólo deja en letra muerta el mentado derecho a migrar –donde una retorcida interpretación de los requisitos formales de la ley se consagran superiores a los derechos de fondo- sino que omite totalmente considerar otras situaciones, tal como la trata de personas o el tráfico de migrantes.

Particulares

Los principales problemas notados y contados a partir de la nueva ley pueden pasar desapercibidos si tenemos en cuenta solamente el racconto hecho en las respectivas sentencias judiciales¹⁹; en este sentido, el relevamiento de los expedientes judiciales confirma el relato de informantes claves y relatores en congresos y jornadas de protección a extranjeros y migrantes. Dada que la misma extensión de estos problemas ha ameritado toda una tesis, me propongo exponer sucintamente algunos de los más importantes.

-El derecho a ser oído

El dato más preocupante lo constituye la falta de defensa en juicio y en suma, de representación letrada alguna en asistencia a extranjeros y migrantes, lo cual se traduce principalmente en un altísimo porcentaje (superior al 98%) de sentencias no revisadas por segunda instancia²⁰. Las poquísimas intervenciones letradas relevadas en los juicios de “retención” han sido mayormente aisladas (en el sentido de no acompañar el proceso sino presentaciones puntuales, como un pronto despacho en sede administrativa, o un pedido de libertad ambulatoria) y, en los casos de asistencia del defensor oficial, puede notarse que la misma llega, con frecuencia, en una etapa tardía del proceso de expulsión²¹.

Prácticamente todo el proceso administrativo de expulsión se dicta, en un sentido amplio, inaudita parte, y absolutamente todos los casos judiciales de “retención” se dictan sin intervención alguna del extranjero.

En cuanto al proceso administrativo, este dictado “inaudita parte” tiene dos grandes causas: por un lado, la notificación a domicilios “constituidos”, con indiferencia de la presencia o no de la persona buscada en él, trátase de domicilios cerrados, abandonados o incluso con constancia en la notificación que quien vive allí no conoce al encausado; por otro lado, el (no) trámite de los recursos interpuestos en sede administrativa, por lo cual es posible hablar de una participación cuasi-ficticia.

¹⁹ Por lo cual y en pos de seguir haciendo agradecimientos, la simple nota de “¿sólo sentencias?” insertada en un trabajo para el taller de tesis ha sido más que esclarecedora (Nancy, Ana).

²⁰ De todas formas, aunque la segunda instancia es una garantía no sólo constitucional sino que se arraiga a nivel de los tratados internacionales de derechos humanos, las pocas sentencias tratadas por la Cámara Contencioso Administrativo federal de la Capital federal arrojan un panorama aún más preocupante en términos de derechos de extranjeros y migrantes.

²¹ Aunque en alguna oportunidad el Defensor Oficial ha podido suspender el proceso de expulsión mediante presentación judicial en el mismo expediente de la “retención”, no todos los jueces se han hecho eco de sus argumentos referidos, básicamente, a una falta primordial: el informar que contaban con asistencia jurídica gratuita. En la mayoría de los casos de intervención del defensor, estaban en juego además el derecho a reunificación familiar o, más bien, el derecho a la no fracturación de la unidad familiar: la familia es argentina o bien reside en territorio argentino y se expulsa a uno de sus miembros, con alarmante frecuencia la madre o el padre.

El tema de los domicilios “constituidos”. El asunto de los domicilios “constituidos” tiene base en un artículo ubicado al final del decreto reglamentario (616/10), el número 9 del anexo II de la mencionada norma: “todo extranjero que tramite su residencia deberá fijar y mantener actualizado su domicilio en el país. Asimismo deberá constituir domicilio en jurisdicción de la autoridad migratoria, donde se tendrán por válidas las notificaciones cursadas por la Dirección Nacional de Migraciones...”.

Esto es lo que dice la ley y lo previsto para el litigio tanto administrativo como judicial: constituir un domicilio una vez presentado uno al trámite de que se trate. Veamos que pasa cuando las personas son, por definición, “migrantes”.²²

No escapa siquiera al ojo inexperto que los trabajos donde se insertan los migrantes son casi por regla aquellos que han sido definidos como “tres D”: *demanding, dirty, dangerous* (exigentes, sucios y peligrosos). Normalmente se trata de trabajos precarios (servicio doméstico, agricultura, construcción, talleres textiles, entre otros²³) y “en negro”. Esto lo referimos pues es una situación que dificulta el acceso a una vivienda de algún largo plazo, supongamos alquilada (requisitos: recibo de sueldo, garantía hipotecaria, etc.)

Puede apuntarse que para casi todas las experiencias migratorias, el primer domicilio será con frecuencia el de un pariente lo que determinará que tal residencia sea siempre, con más o menos duración, transitoria. Apunta Pacecca (2010: 325) en referencia a los migrantes peruanos, que la vivienda no sólo goza de un alto porcentaje de demanda, sino que se caracteriza por una “interminable rotación por hoteles, pensiones, casas compartidas, etc.”. En particular –y por razones que sería muy largo relatar- la mayoría de los migrantes llega directamente a las grandes ciudades, principalmente a la Ciudad de Buenos Aires, donde la oferta habitacional es reducida y más costosa, lo cual provoca, particularmente, que entre “los migrantes recientes...la proporción de hogares en viviendas precarias sea significativamente más alta” (Cerruti, 2009).

²² Aunque la noción “migrante” incluye migraciones internas, nos referimos a su entendimiento acotado: migrantes internacionales. Por otra parte, el término “migración” también incluye profesionales (“circulación de talentos”) y hasta refugiados; sin embargo, nos referiremos a una noción estricta: migrantes internacionales con exclusión de lo que Bauman refiere “turistas” y, en razón del plano normativo específico de que gozan los refugiados, se excluye también esta categoría.

²³ Véase sólo por ejemplo: Cerruti, Marcela, *Diagnóstico de las poblaciones de inmigrantes en Argentina*, Serie de Documentos de la Dirección Nacional de Población, marzo 2009.

De manera que de una forma u otra, el domicilio que se solicita a un migrante reciente será casi sin excepciones transitorio o precario.

A ello se suma que muchos de estos domicilios “constituidos” donde se cursan notificaciones son aquellos declarados en el acta migratoria, con frecuencia el primer contacto que tienen los migrantes en Argentina, antes incluso de contactarse con familiares o conocidos. Nada ilustra esto mejor que la peripecia de Ricardo Darín y el “chino” en la película “Un cuento chino”: una dirección garabateada en un papel donde ya no conocen a la persona que dijo vivir ahí, o bien provista por el traficante que los trasladaba en combi. El tema de la trata de migrantes es justamente un aspecto que se soslaya por completo en los expedientes relevados y su importancia merecería todo un análisis aparte.

La falta de participación efectiva en los procesos de expulsión. Otra de las causas de estos procesos de expulsión donde los y las extranjeros no participan tiene que ver con la tramitación de los recursos. Si bien en casi todas las notificaciones puede leerse que DNM informa el derecho a interponer recursos en el plazo de 10 días, hay dos grandes detalles que obstan a la efectividad de este derecho.

El primer aspecto tiene que ver con el cómo recurrir la disposición de que se trate (cancelación de la residencia o denegación de ella, conminación a salir del país, expulsión, etc.). Las notificaciones usualmente llevaban insertas dos opciones al pie: “En este mismo acto el nombrado manifiesta su voluntad de: () Desistir de la vía recursiva, no impugnando la medida migratoria ordenada, asistiéndola en todos sus términos y atento su voluntad de retornar a su país de origen; () Recurrir la medida notificada en el día de la fecha”.

De más está decir que la mayoría de las personas marcaban con una cruz la segunda opción. Lo que pocos podían suponer, y de allí la importancia de la asesoría letrada, es que no bastaba con tildar la opción “recurrir”, pues era necesario presentar pruebas, fundar el recurso, etc., ante DNM, en los 10 días siguientes, aunque ello no se informaba. Por regla, DNM asentaba en todos los expedientes, pese al recuadro que informaba de la voluntad de recurrir, que el recurso se declaraba desierto atento que en el plazo estipulado –casi obviamente- no se ha presentado documentación alguna ante esa repartición.

Otra variante de notificación ha tenido lugar en tiempos más recientes, donde DNM hace saber que “contra el mencionado acto podrá interponer los recursos pertinentes conforme

prevé el título VI Cap. I de la citada ley [25871], el que deberá ser fundado y presentarse en el Sector de Mesa de Entradas...”. Aunque esto pueda parecer suficiente, esta leyenda se cruza con dos grandes obstáculos: uno, el referido a la notificación a un domicilio constituido. Aunque no he calculado en términos numéricos este aspecto, reitero que la gran mayoría de las notificaciones no son recibidas por persona alguna (incluso la leyenda de “DOMICILIO CERRADO” es la única que está preimpresa en los formularios de notificación), lo cual es un problema para que la persona ejerza sus derechos recursivos.

El otro gran obstáculo es que si al mismo tiempo no se informa que tiene la posibilidad de un patrocinio gratuito en virtud de su escasez de recursos económicos (art. 86 de la ley), ello atenta gravemente contra la eficacia del derecho en examen (el derecho a un recurso efectivo, a ser oído, etc.) ya que la ley se presumirá conocida pero no los derechos, y ello sólo ratifica la denunciada falta de una verdadera campaña de difusión de la nueva ley de migraciones para que sus verdaderos destinatarios puedan ejercer unos derechos que, hasta donde se puede ver, están brillantes e impolutos, pero por no haber sido usados.

- La falta de intervención judicial en los términos del Art. 61 de la ley

Como se ha referido en un apartado previo, una de las nuevas intervenciones previstas para el fuero federal tiene que ver con la decisión de cancelación de la residencia y posterior decreto de expulsión. El artículo en cuestión, bajo el título V “De la ilegalidad e ilegalidad de la permanencia”, dice:

“Al constatar la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la DNM deberá conminarlo a regularizar su situación en el plazo perentorio que se fije a tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión. Vencido el plazo sin que se regularice su expulsión, la DNM decretará su expulsión con **efecto suspensivo y dará intervención y actuará como parte ante el Juez o Tribunal con competencia en la materia, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión**” (énfasis agregado).

Sin embargo, es gravísimo constatar que ninguno de los más de cientos expedientes relevados se trata de la revisión judicial de la expulsión. Claramente, no se trata de no haber dado con los expedientes correctos (esto es, (i) personas que residían en el territorio irregularmente, (ii)

intimidadas a regularizar y (iii) ante la falta de regularización, decretada su expulsión) aunque en principio, la esperanza de encontrar tales trámites salía sobrando ya que en el listado provisto por la Cámara (del cual es posible saber que el universo total estudiado de trámites iniciados por DNM en la Capital Federal ronda los 300), aunque todos revistieran el carácter de “recurso directo para juzgados”, se distinguía si se trataba de una “expulsión” o de una “retención de persona”, entre otros.

Aún suponiendo que algún expediente por ver se refiera a la aplicación del artículo 61, lo cierto es que se han encontrado incontables expedientes que cumplían los requisitos (i), (ii) y (iii) que han tramitado como retenciones “comunes” bajo los supuestos del artículo 29, esto es, **como si se tratara de personas que estuvieran tramitando su admisión.**

Esto último es importante de aclarar. El artículo 29 se halla metodológicamente bajo el título II: “De la **admisión** de extranjeros a la república argentina y sus excepciones” (énfasis agregado). Los tres primeros capítulos que lo componen se refieren a la “admisión” (Cap. I: de las categorías y plazos de admisión; Cap. II: De los impedimentos, Cap. III: De los documentos) y, en este orden progresivo, recién el título III se referirá al “Ingreso y egreso de personas”, para el IV abordar “De la permanencia de los extranjeros” y el V, ya citado, “De la legalidad e ilegalidad de la permanencia”.

De allí también que el trámite para declarar la ilegalidad de la permanencia de una persona extranjera residente (aunque sea irregular) tenga sus propias causales, enumeradas en el artículo 62.

Estas son tan independientes de las causales del art. 29 (referidas a “la admisión”) que el mismo artículo 62 se encarga de establecer las relaciones de referencia con aquel artículo, en vez de remitir genéricamente. En efecto, la única recepción del artículo 29 se da en el inciso e) del artículo 62, que establece que podrá disponerse la cancelación de una residencia permanente o temporaria y la expulsión de todo extranjero, cualquiera sea la situación de residencia, cuando realizare en el país o en el exterior cualquiera de las actividades previstas en los incisos d) y e) del artículo 29 (resumiendo: actividades terroristas y comisión de delitos susceptibles de ser juzgados por la Corte Penal Internacional).

E incluso en estos casos de crímenes realmente graves, podrá dispensarse la cancelación si el extranjero fuera padre, hijo o cónyuge de argentino (art. 62.e. segundo párrafo). Esto refuerza la interpretación dada, ya que el tema de la reunificación familiar ya estaba previsto en el

artículo 29, último párrafo. Es que, claramente, un caso se refiere a la “admisión” y otro a la “cancelación de residencia que se hubiese otorgado”.

¿Qué ocurre en la práctica? Todos los trámites de “recurso directo para juzgados” que bajo la leyenda “retención” o “expulsión” está llevando a cabo DNM se basan en el artículo 29, aunque las personas se hallen residiendo en el país. En alguna oportunidad los escritos de inicio de DNM han mencionado los artículos 61 y 63 (casos “García Lizama”, ante el juzgado 9; “Villanueva”, ante el juzgado 11) pero ello alcanzó para cambiar el carácter del pedido o de la intervención del Poder Judicial, ya que se tramitaron como retenciones “comunes”.

Ergo, DNM está obviando deliberadamente, al menos hasta donde ha llegado la investigación, la necesaria intervención judicial que debe dar, conforme al art. 61, para los casos de cancelación de la residencia de una persona extranjera residente, incluso en situación irregular. ¿Qué debería evaluar el Poder Judicial? Pues como mínimo: “las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales” que menciona el mismo artículo.

En este sentido, el plan Patria Grande (que, recordemos, estaba destinado en principio a personas residiendo irregularmente en el territorio con anterioridad a 2006) ha operado como una gran excusa para expulsar a personas respecto de las cuales debería aplicarse el artículo 61 (ya que residían en el territorio) y la consecuente revisión judicial, so pretexto de que se trata de “admisiones” bajo el artículo 29.

Veamos por último, brevemente, algunos casos concretos. En “Mendoza García”, tramitado ante el juzgado nro. 3, la extranjera contaba con una residencia temporaria obtenida al amparo del convenio argentino con la República del Perú, prorrogada hasta mediados de 2000. En tiempo oportuno se presenta al programa Patria Grande, ya que no había podido regularizar su situación con posterioridad a 2000. Al momento de presentar su certificado de antecedentes penales, surge que tiene una condena de 3 meses en suspenso (lo cual, valga decir, es inferior al mínimo de 3 años fijado por el 29.c para una admisión o al mínimo de 5 años fijado por el artículo 62, que es el que debiera haberse aplicado ya que se trataba de una residente irregular y no de una persona que buscaba ser admitida).

Pese a ello, en 2008 DNM cancela su residencia precaria con todas las demás consecuencias: declara irregular y ordena su expulsión con una prohibición de reingreso de cinco años, hartos superior, huelga decir, al delito penal y al “delito” administrativo cometido.

Un caso que podría haber tramitado bajo el art. 61 y siguientes es el de “Casa, José Antonio” (tramitado ante el juzgado 5), quien ingresó en Argentina a mediados de los noventa y fue condenado a unos 4 años de prisión. Tiene tres hijos argentinos aparentemente mayores y otro hijo, también argentino, nacido en 2009. Sin embargo, su expulsión se decreta en base al art. 29.c y se prohíbe su reingreso por 8 años.

Huelga decir que en todos los casos se trata de condenas cumplidas –incluso hace muchos años, pese a que el artículo 64 establece como derecho de los extranjeros que la expulsión de los condenados tendrá lugar cumplida la mitad de la condena, cumplida la expulsión la condena se tiene por cumplida²⁴-, que es lo que pasa cuando no se trata de una admisión sino de una persona residente. ¿Dónde queda el acceso igualitario a servicios sociales, bienes públicos, justicia y reunificación familiar –entre ellos la “reinserción social” de los condenados- reconocidos a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los nacionales?

Existen casos más graves, donde al “detectarse” extranjeros en situación irregular ni siquiera hay constancia de que se haya intimado a regularizar, aunque se trataba de personas ya presentes en territorio argentino: esto es, no se trataba de rechazos en frontera, como ya lo ha explicado magistralmente el Dr. Chausovsky. Las prohibiciones de reingreso, incluso en gravísimos casos donde era obvio que estábamos frente a trata de personas, rondan los 8 años (ejemplo: caso “Li Wei”, ante el juzgado 3).

El argumento que DNM ha provisto en algún caso en torno a esta falta de intimación a regularizar -a requerimiento judicial- ha sido que la falta de ingreso legal (de la persona

²⁴ El art. 64 dispone: Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de:

- a) Extranjeros que se encontraran cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acápites I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente;
- b) Extranjeros sometidos a proceso, cuando sobre los mismos recayere condena firme de ejecución condicional. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente;
- c) El procesamiento de un extranjero sobre el que pesa orden administrativa de expulsión firme y consentida, en cuyo caso no procederá el otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a prueba o de medidas curativas, las que serán reemplazadas por la ejecución del extrañamiento, dándose por cumplida la carga impuesta al extranjero.

traficada, aunque ello no lo menciona) obsta a que pueda regularizar en manera alguna: la revictimización de la víctima, aún con causa abierta contra el traficante de migrantes en cuestión. En caso de duda, se supone debería estarse a la solución más favorable a la persona; no por nada el decreto reglamentario se inaugura declarando una “progresiva facilitación de los procedimientos legales y una adecuada contemplación de las necesidades reales de los extranjeros que transitan o residen en el territorio” y declara que es supletorio respecto a las disposiciones de la ley de trata.

Por último (aunque hay más modalidades de DNM) preocupan las expulsiones por no cumplir un trámite nuevo. Esto es: sorprendentemente (y es posible decirlo así pues DNM no da mayores motivaciones) se pide al extranjero que inicie una nueva solicitud de regularización. En varios casos, estos extranjeros ya eran residentes temporarios hace algunos años y se encontraban a la espera de una residencia permanente. Todos los casos vistos atañen a personas que además son nacionales del MERCOSUR, generando sobradas dudas sobre el mentado objetivo de privilegiar a los nacionales del bloque. Estas personas son expulsadas sin la revisión del artículo 61, como si se tratara de admisiones rechazadas (29.k).

Para cerrar y seguir (punto y coma)

De lo visto una primera conclusión forzosa es que el fuero judicial en examen no está operando como la instancia de garantía que se planteó desde la normativa; esto debería ser analizado a la luz de los propios prejuicios de los operadores judiciales, la tradición conservadora que atraviesa la mayoría de los jueces de juzgados y cámaras del fuero y, cómo no, lo novedoso para dichos operadores de las competencias atribuidas.

Por otro lado, los problemas referidos en el apartado anterior constituyen apenas una muestra de lo que está ocurriendo en la práctica con la aplicación de esta nueva política migratoria. Son probablemente los más urgentes: la falta de participación de la persona extranjera involucrada, o su participación “precaria” a través de notas de puño y letra que expresan sus deseos de no ser expulsadas, constituyen apenas el primer eslabón para conculcar su derecho a ser oídas y a que se les asegure un recurso judicial efectivo ante los trámites migratorios que atentan contra su derecho a migrar.

Es prácticamente imperativo que se asegure su participación efectiva en los procesos administrativos, lo cual obliga al Estado a arbitrar las medidas necesarias para que una cuestión procesal –tal como el carácter constituido de los domicilios- no sea más importante que el ejercicio del derecho de fondo mismo, para que no frustre el derecho de defensa.

En suma, aunque sea incluso posible comprender la solicitud de un domicilio constituido para el trámite migratorio, deberían arbitrarse medidas para corregir la desigualdad que enfrentan los migrantes al momento de tener que definir un domicilio que, por su misma situación, es enteramente precario. Por otra parte, no alcanza con esgrimir la obligación de la persona de tener siempre actualizada su dirección: no condice con una lógica de derechos –sino con una de control-, menos si sus consecuencias generan una grave conculcación como la expulsión. Si ninguna sentencia penal se dicta inaudita parte, no es posible ver donde la expulsión de un territorio –que es reconocida como una pena de tipo administrativa- tiene menos requisitos al punto de no designarse siquiera representación de ausentes.

En el mismo sentido, es necesaria prever la participación de los defensores oficiales (no por nada se ha creado una Comisión del Migrante dentro de la Defensoría nacional) desde el mismo momento en que la persona es “detectada”, para asegurar todos los derechos que nacen desde el mismo momento en que toma contacto con el Estado argentino (asistencia por un intérprete, libertad ambulatoria, derecho a estar en el territorio argentino y de manera legal, etc.).

Además del proceso administrativo y de ser oída por la autoridad de aplicación, la persona –huelga decirlo pero parece haber sido pasado enteramente por alto- cuenta con el derecho a ser oída por un juez, incluso durante su proceso de “retención”. Es tan obvio que una persona tiene derecho a ser oída en cualquier proceso que afecte sus derechos y pese a ello, la ley de migraciones actual prevé todas las instancias de intervención judicial habida cuenta de la historia anterior, donde los amparos planteados por extranjeros eran rechazados casi sistemáticamente. Sin embargo, el relevamiento llevado a cabo para conocer la aplicación de la política migratoria por el Poder Judicial deja que desear –sobre todo en torno a la aplicación del artículo 61- y mucho por hacer.

El argumento de DNM para oponerse a algún traslado que han dado los jueces (ej. “Ardaya Vargas”, ante el juzgado 9) son elocuentes de una lógica de securitización que todavía permean la actuación de este organismo.

Primero, se arguye que el traslado no corresponde por no corresponder: la imposibilidad de pensar que una persona pueda participar en su proceso expulsión. Segundo, porque de darse traslado se ocasionaría un “grave perjuicio operativo pudiendo eludir la orden de retención”.

Acto seguido se da cuenta del sinsentido de esta afirmación, ya que la persona extranjera en cuestión debe necesariamente estar notificada administrativamente de su expulsión para procederse al trámite judicial, con lo cual reconoce que “ya tenía conocimiento que esta DNM se encuentra facultada para pedir su expulsión por haber sido ya notificada”. O sea que el problema no es que se entere porque en rigor, ya sabía y además, debía saber. Sin embargo a párrafo seguido regresa con el primer argumento de que si la persona sabe del proceso podría darse a la fuga, para terminar el mismo párrafo con “extremos todos conocidos por el causante”.

La verdad está a continuación: “el traslado dispuesto no suma”. En rigor, entonces, no se trata de un problema operativo porque hace tiempo la persona “sabe” que se la busca para expulsarla (las expulsiones usualmente tienen, de manera previa, una conminación a salir del país, que también se notifica). O más bien, la persona debe de haber sabido, puesto que muchas expulsiones se tramitan inaudita parte sea por las notificaciones a domicilios “constituidos”, cerrados o donde se manifiesta expresamente no conocer a la persona. O debe haber impugnado y no lo hizo, pero no sé le notificó que no bastaba con llenar el recuadro. O debe haber presentado prueba, pero no se le notificó que tenía derecho a patrocinio gratuito sino podía pagar un abogado (y tampoco se dio intervención al defensor oficial que correspondiere).

De lo que se trata, es de que el juzgador no proceda como ocurre cada vez que se busca a una persona cuyo domicilio real se desconoce (oficios, edictos, etc.), puesto que el domicilio “constituido” que permite a DNM seguir sus procesos sin intervención de la persona extranjero no tiene los mismos alcances en sede judicial y todo el proceso se vería suspendido hasta que efectivamente la persona tome razón (física y jurídicamente) de lo que está pasando.

Sin embargo, la intervención judicial es obligatoria, como mínimo, en los casos de cancelaciones de residencia, aunque DNM está omitiendo suspender la ejecución para dar la intervención prevista al fuero federal (art. 61). De allí lo saludable de muchos requerimientos judiciales que intiman a DNM a presentar las actuaciones administrativas completas (y no sólo el decreto de expulsión y el acta de notificación), pues de esta manera están en condiciones de evaluar si debían haber actuado bajo el artículo 61 de la ley.

En el mismo sentido y aunque la ley no lo prevea (ya que el procedimiento del artículo 70 por el cual se pide la retención de una persona no está reglamentado), el derecho a ser oído por un juez tiene raigambre superior a la ley migratoria, ya que muchas de las cosas que tienen las

personas extranjeras para decir se relacionan con la familia que dejan en Argentina si se materializa su expulsión y es necesario que la judicatura erradique algunas malas interpretaciones –que por falta de revisión judicial, se trata de derechos cuya definición y extensión están quedando peligrosamente en las manos unilaterales de la Administración- en torno al artículo 29.c y el 62.b (antecedentes y condena penal), o bien que la falta de ingreso legal es un obstáculo insalvable para las víctimas de tráfico –incluso con casos penales contra el traficante en trámite- o, más aún, que el tener familia en Argentina “no purga” el (mal aplicado) impedimento del artículo 29.c: los y las/os extranjeros/as “purgan” su condena en la cárcel pero necesitan, además, otra “purga” para que su derecho a la no desmembración familiar sea efectivo.

Bibliografía

Informes y sentencias

-DNM 2010.a: Informe estadístico Programa Patria Grande. Agosto 2010. Disponible en: www.migraciones.gov.ar

-DNM 2010.b; Informe estadístico “Radicaciones iniciadas permanentes y temporarias período 2004-2010). Agosto 2010. Disponible en: www.migraciones.gov.ar

-Dirección Nacional de Población (2010), *Encuesta a inmigrantes en Argentina 2008-2009*, serie de Documentos de la Dirección nacional de Población nro. 4. Mayo 2010. Disponible en:

http://www.mininterior.gov.ar/poblacion/pob_otrasPublicaciones.php?idName=poblacion&idNameSubMenuDerPrincipal=pobPublicaciones&idNameSubMenu=&idNameSubMenuDer=pobPublicaciones

-Corte IDH (2010), *Caso Velez Loor vs. Panama*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Serie C nro. 218.

-Corte IDH (2003), *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003. Serie A nro. 18.

Autores

- Cerrutti, M., *Diagnóstico de las poblaciones de inmigrantes en la Argentina*. Serie de Documentos de la Dirección Nacional de Población, nro. 2, marzo 2009.

-Chausovsky, G (2004), “Apuntes jurídicos sobre la nueva ley de migraciones”, en Rubén Giustiniani, *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires: Prometeo.

-Ceriani Cernadas, Pablo (2004), “Nueva ley: un paso hacia una concepción distinta de la migración”, en Giustiniani, R. (comp.), *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires, Prometeo.

-Ceriani, P.; Morales, D.; Ricart, L.T. (2006) “Los derechos de los migrantes en la jurisprudencia argentina”, en Abramovich V. / Bovino, A. / Courtis, C. (comps.), en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires: Del Puerto-CELS, pp.855-861.

-Courtis, C; Pacecca, M. (2008), *Inmigración contemporánea en Argentina: dinámicas y políticas*. Serie Población y Desarrollo nro. 84, Santiago de Chile: CEPAL.

-Devoto, Fernando (2001), “El revés de la trama: políticas migratorias y prácticas administrativas en la Argentina (1919-1949)”, *Desarrollo económico*, vol. 41 nro. 162 (julio-septiembre de 2001), Buenos Aires.

-García, L. (2010), *Migración y derechos humanos. Implicancias de la Nueva Política Migratoria argentina*, Serie tesis nro. 22, La Plata: Instituto de Relaciones Internacionales.

García, L (2009), “Extranjería, ilegalidad y la medida entre la discriminación y la distinción permitida”, *Migraciones*, nro. 26, pp. 11-40.

-Giustiniani, R. (2004), *Migración: un derecho humano*, Buenos Aires: Prometeo.

-Guiraudon, V. (2000), “De-nationalizing control. Analyzing state responses to constraints on migration control”, en V. Giuraudon and C. Joppke, *Controlling a new migration World*, Londres: Routledge.

-Hollifield, J. (2006), “El emergente estado migratorio”, en A. Portes and J. DeWind, *Repensando las migraciones. Nuevas perspectivas teóricas y empíricas*, México: Porrúa, pp. 67-96.

-Mármora, L. ([1997]2004), *Las políticas de migraciones internacionales*, Buenos Aires: OIM-Paidós.

-Pacecca, María I (2010), “Trabajar y vivir en Buenos Aires. Migrantes peruanos en el área metropolitana”, en Enrique Oteiza (comp.), *Patrones migratorios internacionales en América Latina*, Buenos Aires: EUDEBA, pp. 317-342.

-San Juan, C. (2004) “Control Migratorio y Derechos Humanos” (2005), *Rev. Argentina de Derechos Humanos*, Año 2 –Número 1, pp. 278 y ss.