



UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA

ESCUELA DE DERECHO

Revista Argentina de Teoría Jurídica, Volumen 18 (Octubre de 2017)

La reforma de la Ley de migraciones mediante Decreto de Necesidad y Urgencia: un retroceso en la política de derechos humanos

Por Marta Monclús Masó¹

El pasado 30 de enero de 2017 se publicó en el Boletín Oficial el Decreto de Necesidad y Urgencia n° 70, que modifica la Ley de Migraciones 25.871, aprobada en diciembre de 2003 y promulgada el 20 de enero de 2004.

En este artículo se hará un breve repaso del proceso de aprobación de la Ley de Migraciones 25.871, para a continuación analizar las principales modificaciones introducidas por el reciente Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU) 70/2017, valorando en particular su pertinencia en términos de necesidad y urgencia, así como el impacto que pueden tener sobre los derechos de los migrantes que viven en la Argentina.

El proceso de aprobación de la Ley de Migraciones 25.871 y su modificación unilateral mediante DNU

La Ley de Migraciones 25.871 derogó el Decreto-Ley n° 22.439, de 23 de marzo de 1981, titulado “Ley General de Migraciones y Fomento de la Inmigración”, aprobado durante la última dictadura militar y conocido como “Ley Videla”, que se caracterizó por un enfoque discriminatorio, policial y represivo de la migración (Giustiniani, 2004: 34; Morales, 2012: 326). Con la recuperación de la democracia, varios actores sociales señalaron la necesidad de dotarse de un nuevo marco legal en el que cimentar una nueva política migratoria de carácter integrador. No obstante, ello no se logró hasta luego de transcurridas casi dos décadas (Oteiza, 2004: 92)

La nueva Ley de Migraciones de 2004 fue fruto de un profundo debate con las organizaciones de la sociedad civil, las cuales habían conformado una red para abogar por los derechos de los migrantes -la “Mesa de organizaciones en defensa de los derechos de los inmigrantes”- que multiplicó el impacto de las acciones emprendidas por cada una de las organizaciones y se involucró desde el inicio en el proceso de

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona y Directora del Observatorio de Cárceles Federales de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

elaboración de una nueva Ley de Migraciones (Correa, 2004: 173-177). El proyecto legislativo que se convirtió en ley fue presentado a fines del año 2001 por el entonces diputado Rubén Giustiniani y sometido a una rica discusión en el marco de la Comisión de Población y Recursos Humanos de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación. Finalmente la Ley 25.871 fue aprobada por el Congreso en diciembre de 2003².

También la redacción de su norma reglamentaria –el Decreto 616/2010- fue efectuada en consulta con organizaciones de la sociedad civil. Indica Morales (2012: 327) que el texto fue elaborado por una comisión asesora conformada en junio de 2008 por el Poder Ejecutivo con organismos internacionales (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados —ACNUR— y Organización Internacional para las Migraciones —OIM—), organizaciones de derechos humanos (entre ellas el CELS) y organizaciones religiosas (Centro de Estudios Migratorios Latinoamericanos).

Esta Ley de Migraciones fruto del diálogo y el consenso ha sido modificada de forma unilateral por el Poder Ejecutivo mediante un DNU.

El reciente dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia n° 70/2017 se justifica en su exposición de motivos en las dificultades para concretar órdenes de expulsión de personas extranjeras con antecedentes penales o involucradas en actividades delictivas, lo que se sostiene que “*configura una situación crítica que amerita la adopción de medidas urgentes*”. Resulta difícil valorar estas afirmaciones, pues no se publican datos sobre expulsiones dictadas ni ejecutadas³.

El decreto también refiere un incremento de los presos extranjeros en cárceles federales y la incidencia de éstos en los detenidos por delitos de drogas –usando el término de “narcocriminalidad”-, lo que no hace más de transmitir una identificación entre migración y criminalidad. Discursos xenófobos y estigmatizantes de los migrantes, que además no encuentran correspondencia en datos empíricos contrastables, pues no existen estadísticas oficiales confiables que sostengan tales discursos (Monclús / García, 2011, 323-365).

En efecto, la Argentina no publica datos sobre detenciones policiales y condenas penales que permitan sostener un incremento de la criminalidad atribuible a los

² Cabe señalar que además tuvo un papel relevante para el dictado de la nueva Ley el caso “De la Torre” que llegó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a partir de una petición presentada por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en el año 1999. Ese proceso de solución amistosa dio lugar asimismo a la ratificación en el año 2007 de la “Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares”. Para mayor detalle, ver CELS, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 206 y ss.

³ Hasta mitad del año 2015 la Dirección Nacional de Migraciones publicaba en su página web una “Estadística de expulsiones”, diferenciando aquellas dictadas por irregularidad migratoria de las dictadas por causas penales. De los informes periódicos surge que en el año 2014 se dispusieron un total de 1.615 expulsiones. De ellas, 562 estuvieron motivadas en la condena penal de los migrantes y 1053 estuvieron motivadas en la irregularidad migratoria. Es importante enfatizar que el 71% de las expulsiones dispuestas en el año 2014 tuvieron como destinatarios ciudadanos del Mercosur o países Asociados, lo que resulta muy contradictorio con el proceso de integración regional y el reconocimiento de la libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Región. Debemos lamentar que en la actualidad no se publiquen los datos de expulsiones, habiendo además desaparecido de la web de la DNM el último informe de expulsiones actualizado hasta el primer semestre de 2015.

migrantes⁴. Si observamos la evolución de los datos de extranjeros detenidos en el conjunto de las cárceles de nuestro país podemos concluir que no ha habido incremento alguno del porcentaje de migrantes presos, pues se mantiene en el 6% desde el año 2005. Lo mismo podemos sostener con respecto a los presos extranjeros en cárceles federales, que constituyen el 21% de los detenidos desde hace una década⁵.

En consecuencia, no hay datos empíricos que sostengan la afirmación plasmada en el DNU según la cual *“ante la aparición de las nuevas modalidades de fraude a la ley migratoria precedentemente señaladas y la necesidad de llevar adelante nuevas estrategias contra el delito y la violencia, deviene imprescindible ajustar la legislación migratoria a la nueva realidad...”* y menos aún *“que la naturaleza excepcional de la situación planteada hace imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la Constitución Nacional para la sanción de las leyes”*.

Estos y otros argumentos han motivados que varias organizaciones de derechos humanos impugnen judicialmente el Decreto de Necesidad y Urgencia⁶.

A continuación analizaré las modificaciones más relevantes a la Ley 25.871 introducidas por el DNU n° 70/2017.

Modificación del art. 29: impedimentos para ingresar o permanecer en el país y restricción de la dispensa por motivos humanitarios o de reunificación familiar

Se modifica el art. 29 que contempla las causas impeditivas del ingreso y permanencia en el país. El artículo 29 en su redacción original preveía a la condena penal y los antecedentes por delitos castigados en Argentina con pena privativa de libertad de 3 años o más como impedimento para el ingreso y permanencia en el país. Habíamos señalado que era un precepto confuso, con una casuística excesiva (Monclús / Brandariz, 2015: 123). Las modificaciones introducidas por el DNU no resuelven los problemas, pese a modificar la redacción de algunos incisos. Y extienden el alcance del impedimento, pues ahora abarca a la condena o los antecedentes por delitos castigados en Argentina con pena privativa de libertad de cualquier duración, eliminando el mínimo de 3 años. Lo que significa que se extiende el impedimento para ingresar y permanecer en el país a cualquier tipo de ilícito penal, incluyendo los más leves y no solo los delitos graves.

⁴ Para un análisis detallado de la información estadística sobre criminalidad y sistema penal en relación con los migrantes, ver Monclús / García, 2011, 323-365.

⁵ Ver estadísticas del Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución Penal elaboradas por la Dirección Nacional de Política Criminal, último informe disponible SNEEP 2015. Para el ámbito federal ver estadísticas actualizadas en <http://www.spf.gov.ar/www/estadisticas-indicadores-mapa/catcms/91/Mapa-Indicadores>

⁶ Las organizaciones 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 70/2017 que reforma la Ley Nacional de Migraciones 25871/2004, entendiéndose que representa una fuerte restricción a los derechos de las personas migrantes y constituye un retroceso en la construcción de una sociedad más inclusiva. Ver <http://www.caref.org.ar/amparo-para-que-la-justicia-declare-inconstitucional-el-decreto-que-modifica-la-ley-de-migraciones.html>

Otra de las modificaciones que hace el DNU de este precepto y que puede tener impacto sobre los derechos humanos de los migrantes es la relativa a la dispensa del impedimento que puede efectuar la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante DNM)⁷.

La nueva redacción restringe la posibilidad de la dispensa, excluyendo su concesión a los que hayan sido condenados o tengan antecedentes por delitos dolosos castigados en Argentina con pena privativa de libertad superior a 3 años. Es decir, la nueva redacción impediría conceder la dispensa a una persona condenada a una pena de prisión superior a 3 años, aunque tenga a toda su familia viviendo en la Argentina, e incluso aunque tuviese hijos argentinos. Será trabajo de los abogados y defensores de derechos humanos sostener ante la justicia que ello vulnera el principio de reunificación familiar consagrado en la Convención Americana de DDHH y en la legislación nacional.

En tercer lugar, el precepto incorpora una nueva causal de dispensa –junto a las razones humanitarias y la reunificación familiar– motivada en el “auxilio eficaz a la justicia” para la investigación de delitos contra el orden migratorio. Es decir se pretende que la víctima de redes de migración irregular delate a las personas que participaron en su ingreso a la Argentina, una figura similar a la del arrepentido en los delitos de tráfico de drogas, lo cual resulta polémico por su potencial de poner en riesgo la integridad física de las víctimas de organizaciones criminales.

Modificación del art. 62: cancelación de la residencia y restricción de la dispensa de reunificación familiar

El art. 62 en su redacción original establecía diversas causas de cancelación de la residencia y de posible expulsión, que incluían determinadas conductas de la persona extranjera –ilegales o no– o simplemente algunas situaciones sobrevenidas, lo que había sido objeto de comentarios críticos (Monclús / Brandariz, 2015; Gordillo, 2004).

Entre dichas previsiones se incluía el hecho de haber recibido una condena penal superior a cinco años de privación de libertad. La nueva redacción dada al precepto por el DNU extiende la cancelación de la residencia y la expulsión a los condenados por delitos castigados con pena privativa de libertad de cualquier duración, “*aunque dicha condena no se encuentre firme*”. Si la cancelación de la residencia ya resultaba controvertida por violar el principio *ne bis in idem*, esta última previsión debe considerarse inconstitucional por vulnerar además el principio de inocencia.

A mayor abundamiento, el precepto señala que “*en los casos en que sobre el extranjero recayere sentencia condenatoria firme en la República Argentina, la misma operará automáticamente cancelando la residencia cualquiera fuese su antigüedad,*

⁷ La redacción original establecía que “*La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo*”.

categoría o causa de admisión, y llevará implícita la expulsión. El trámite recursivo se regirá por lo reglado en el título V, Capítulo I bis –Procedimiento Migratorio Especial Sumarísimo-“, al que luego nos referiremos.

Además, en la redacción del encabezado del precepto se elimina la previsión original del “efecto suspensivo” de la cancelación y la referencia de “sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondieran deducir”. Lo que daría a entender que los redactores del DNU pretenden que se cancele la residencia y se expulse al migrante sin que haya tenido la oportunidad de que un juez revise la legalidad de las actuaciones de la Dirección Nacional de Migraciones, o que como mucho se haga una revisión en el marco de un procedimiento sumarísimo. Ello es violatorio del derecho de defensa y del derecho al debido proceso, además de vulnerar potencialmente muchos otros derechos en el caso concreto (a la reunificación familiar, al trabajo, a la educación, a la salud, entre otros).

Tengamos en cuenta que la cancelación de la residencia afecta a cualquier tipo de categoría, antigüedad y causa de admisión, de modo que se puede cancelar una residencia de carácter permanente de una persona extranjera que lleva muchos años residiendo en la Argentina, con su familia, trabajo, estudios, propiedades en el país. Es decir, el migrante puede tener su proyecto vital plenamente arraigado en la Argentina.

Por otro lado, nuevamente en este precepto, el DNU ha venido a restringir la dispensa prevista en su redacción original de la Ley de Migraciones. Ahí se establecía una dispensa obligatoria “*cuando la persona extranjera fuese padre, hijo o cónyuge de argentino*”, es decir, en los casos de familia nuclear argentina⁸ (Monclús / Brandariz, 2015: 127).

Además se preveía una dispensa facultativa en caso de extranjeros sin tanto arraigo pero que llevasen al menos dos años residiendo legalmente en la Argentina, teniendo en cuenta las circunstancias personales y sociales del beneficiario.

La nueva redacción del precepto prevé la dispensa solo “excepcionalmente” y en forma facultativa por parte de la DNM (dice “podrá dispensar” en vez de “dispensará”), únicamente en caso de migrantes que sean padres, hijos y cónyuges de ciudadanos argentinos, siempre y cuando no hayan sido condenados por delito doloso a pena de prisión superior a los 3 años.

Queda así configurada una dispensa de un alcance limitadísimo, cuya concesión además es discrecional de la Dirección Nacional de Migraciones. Incluso el Decreto incorpora un art. 62 bis disponiendo que “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

⁸ Decía el precepto que “*el Ministerio del Interior dispensará el cumplimiento de la cancelación de la residencia cuando la persona extranjera fuese padre, hijo o cónyuge de argentino, salvo decisión debidamente fundada por parte de la autoridad migratoria*”.

un acto gracioso del soberano y no un acto administrativo que debe responder a criterios de legalidad, razonabilidad y respeto de los derechos humanos⁹.

Frente a ello, es necesario señalar que el otorgamiento o no de la dispensa puede y debe ser objeto de revisión judicial, pues su aplicación debe armonizarse con el objetivo de la Ley de Migraciones de “*Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar*” (art. 3), con la previsión del art. 10 que dispone que “*El Estado garantizará el derecho de reunificación familiar de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes*” y con los derechos consagrados en la Constitución Nacional, en la Convención Americana de DDHH y el resto de tratados internacionales incorporados a nuestra Carta Magna.

Introducción de un procedimiento migratorio especial sumarísimo

Una de las novedades de la Ley de Migraciones 25.871 fue introducir el control judicial en los procedimientos administrativos que pueden resultar en una detención y expulsión de migrantes, pues la “Ley Videla” atribuía al Poder Ejecutivo la facultad de llevar a cabo la detención y expulsión de extranjeros sin ningún tipo de control judicial (Giustiniani, 2004: 34; Ceriani y Asa, 2002:429 ss.).

La introducción del control judicial ha implicado que las decisiones administrativas de expulsión no se ejecuten en forma inmediata, dado que se prevé la revisión judicial con efectos suspensivos. Ello ciertamente conlleva mayores dificultades para que la Dirección Nacional de Migraciones concrete las órdenes de expulsión, pero los derechos humanos precisamente existen para establecer límites al poder absoluto del Estado y eso constituye la principal característica de los Estados de Derecho.

El DNU ha incorporado un procedimiento migratorio especial sumarísimo (Capítulo I bis del Título V de la Ley), aplicable a las expulsiones que se dicten en aplicación de los impedimentos previstos en el art. 29 y de la cancelación de la residencia prevista en el art. 62, en particular en todos los supuestos en que el migrante sea condenado por un delito o tenga antecedentes penales (art. 69). Dicho procedimiento sumarísimo se caracteriza por la reducción de los plazos en su tramitación, tanto del procedimiento administrativo como de los recursos judiciales. Así, el plazo para interponer recurso jerárquico ante la orden de expulsión se reduce a tres días (art. 69 quinquies), y agotada la vía administrativa el plazo para la interposición de recurso judicial también se reduce a tres días (debiendo presentarse el recurso “por escrito, fundado y con patrocinio letrado ante la Dirección Nacional de Migraciones” (art. 69 septies). El organismo gubernamental remitirá las actuaciones al juez competente dentro de los tres días, acompañando su informe. Ello a los fines de que el juez resuelva el

⁹ Como señala García (2017), 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, y que por ejemplo deja sin efecto la expulsión de una migrante que vivía en el país desde hacía 20 años. Ver CNCAF, Sala V, “Barrios Rojas, Zoyla Cristina c. EN-DNM Res. 561/2011 y otro s/ recurso directo para juzgados”.

recurso en el plazo de tres días, previa vista al fiscal. También se prevé un plazo de tres días para interponer y fundar el recurso de apelación ante la Cámara Federal correspondiente, que deberá resolver en el mismo plazo (art. 69 nonies).

Ya ha sido advertido que este procedimiento sumarísimo con plazos tan breves impide el ejercicio del derecho de defensa y priva a la persona migrante del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, por lo que deberá ser discutida su constitucionalidad (García, 2017).

El DNU también prevé que al inicio del procedimiento migratorio especial sumarísimo se pueda solicitar al juez la retención preventiva del migrante conforme al art. 70 de la Ley de Migraciones, *“a efectos de asegurar la medida de expulsión. La retención preventiva podrá ser pedida en todo momento del procedimiento administrativo o del proceso judicial”* (art. 69 bis). Y para el caso que no se haya solicitado con anterioridad, el art. 69 sexies indica: *“Firme la expulsión del extranjero, la Dirección Nacional de Migraciones procederá a la solicitud de retención conforme lo dispuesto en el artículo 70 de la presente”*. Ello será analizado a continuación.

Modificación del art. 70 relativo a la detención migratoria

El art. 70 de la Ley de Migraciones desde su redacción original preveía que la Dirección Nacional de Migraciones solicite a un Juez autorización para detener (la ley habla de “retener”) a una persona extranjera para hacer efectiva una orden de expulsión que se encuentre firme. También que excepcionalmente la DNM solicite al Juez la retención del migrante sin orden de expulsión firme.

El DNU ha venido a modificar algunas cuestiones de redacción de este precepto. La modificación fundamental tiene que ver con las disposiciones acerca del tiempo en que se puede privar de la libertad a un migrante en el marco de un procedimiento de expulsión. La Ley de Migraciones en su redacción original no había establecido plazo, limitándose a indicar que el tiempo de retención no podía exceder el “estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero”. El Reglamento de migraciones (Decreto 616/2010) vino a paliar las imprecisiones e indeterminaciones de la Ley, estableciendo entre otras cosas un plazo máximo de retención de 15 días, prorrogable por 30 días más, para el supuesto en que haya una resolución de expulsión firme. Este plazo ha sido ampliado por el DNU a 30 días, prorrogables por disposición judicial por idéntico término, en caso que haya disposición firme de expulsión.

Pero lo más grave en cuanto a afectaciones de derechos humanos de los migrantes son las nuevas previsiones en ausencia de orden firme de expulsión, pues las mismas están encaminadas a disuadir a los migrantes de ejercer su derecho de defensa y de tutela judicial efectiva. Dice el nuevo art. 70 tras su reforma por el DNU: *“Ante medidas expulsivas no firmes, el plazo de retención será el estrictamente necesario para materializar la expulsión hasta que se encuentren agotadas las vías recursivas”*. Por si quedase alguna duda de la intención de los redactores del DNU, más adelante el precepto indica que *“las acciones o procesos recursivos suspenderán el cómputo del*

plazo de retención hasta su resolución definitiva”. O sea, que si el migrante ejerce su legítimo derecho a recurrir una orden de expulsión, la consecuencia será la prolongación de su detención sin límite alguno. Así pues, el DNU habilita a someter al migrante a una extorsión: al inicio de un procedimiento de expulsión puede ser detenido, y el plazo de privación de libertad dependerá del tiempo que demore la orden de expulsión en adquirir firmeza, de modo que cualquier recurso que interponga el afectado implicará prolongar su detención.

Por lo demás, la nueva redacción del art. 70 dada por el DNU también restringe la previsión original de suspender la retención del migrante que alegue ser progenitor de un ciudadano argentino, sometiéndola a los estrechos límites de las dispensas de los modificados artículos 29 y 62.

Las modificaciones del art. 70, dirigidas a ampliar las posibilidades de detención migratoria, deben ser leídas teniendo en consideración las prácticas irregulares que ya venía ejerciendo la Dirección Nacional de Migraciones con anterioridad, las cuales han sido denunciadas reiteradamente por la Procuración Penitenciaria de la Nación¹⁰.

En la práctica observamos que la intervención judicial es muy deficiente, tornándose en muchos casos en una legitimación aparente de la detención migratoria llevada a cabo bajo la órbita de la autoridad gubernativa¹¹. Ello en tanto los jueces que autorizan la detención nunca toman contacto directo con la persona migrante, no analizan adecuadamente su situación ni garantizan el respeto de sus derechos humanos, limitándose a avalar un pedido por escrito efectuado por la Dirección Nacional de Migraciones.

Frente a ello la Procuración Penitenciaria se ha pronunciado señalando que “la retención de extranjeros sólo debería ser dispuesta por la autoridad judicial en el marco de una audiencia contradictoria donde siempre se garantice el derecho de defensa y asistencia letrada, a los efectos de respetar los estándares de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y los criterios que estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vélez Lóor vs. Panamá” (Recomendación N° 847/PPN/2016).

En efecto, en el referido fallo la Corte IDH consideró que las detenciones migratorias deben respetar la garantía establecida en el art. 7.5 de la Convención (“*Toda*

¹⁰En su Informe Anual 2016, así como en informes presentados ante organismos internacionales de protección de derechos humanos, la PPN da cuenta de detenciones llevadas a cabo sin notificación a la autoridad judicial que en su día las autorizó, lo que las convierte en detenciones a disposición del Poder Ejecutivo. También denuncia las situaciones de indefensión y las vulneraciones al derecho de defensa y asistencia letrada que sufren los migrantes detenidos (PPN, 2017: 467 y ss).

¹¹ Ello fue verificado también en otros contextos. Ver la investigación realizada en el año 2003 desde el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona para el caso español, donde se señala que la autorización judicial de la detención migratoria consiste en una mera homologación judicial formal de una medida administrativa privativa de libertad dictada dentro de un procedimiento administrativo de expulsión. La intervención judicial sirve para dar una cobertura garantista a una práctica administrativa autoritaria y discrecional (OSPDH, 2003).

persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez [...]”, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal¹².

Además recordemos que la Corte también señaló que “*serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas que sean efectivas para alcanzar aquellos fines*”¹³.

La polémica en torno a la creación de un Centro de Detención de Migrantes

En el mes de agosto del año 2016 se anunció la creación de un Centro de Detención de Migrantes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, lo que generó un amplio rechazo por parte de las organizaciones de derechos humanos¹⁴. Tal vez debido a esas críticas, o quizá por otros motivos, lo cierto es que transcurrido casi un año desde el anuncio, el centro de detención no ha sido inaugurado¹⁵.

Ello no significa que el Estado haya renunciado a recurrir a la detención migratoria, sino simplemente que dichas privaciones de libertad se siguen desarrollando en las dependencias de la policía migratoria auxiliar, que son los escuadrones de Gendarmería Nacional, de Prefectura Naval, Comisaría de la Policía Federal o dependencias de Policía Aeronáutica¹⁶. De hecho, la creación de un centro de detención para migrantes en la CABA de ninguna forma evitaría que se siga deteniendo a migrantes en lugares como los escuadrones de Gendarmería, pues todos aquellos extranjeros interceptados cerca de la frontera del norte del país, o en otras provincias argentinas, difícilmente sean trasladados a Buenos Aires.

Entendemos que la discusión no debe girar en torno a si un centro de detención para migrantes tendría o no mejores condiciones de detención que los precarios lugares de las policías migratorias auxiliares en los que actualmente se aloja a migrantes sometidos a procedimientos de expulsión. Frente a esta falsa alternativa que en ocasiones ha planteado la DNM hay que sostener firmemente la ilegitimidad de toda detención migratoria, cualquiera sea el lugar en que se lleve a cabo.

La Argentina tiene una larga tradición como país de recepción de migrantes y la Ley 25.871 consagra el derecho a migrar¹⁷ y el objetivo de promover la integración de

¹² Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

¹³ Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá. Resumen oficial emitido por la Corte. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

¹⁴ Ver <http://www.caref.org.ar/rechazo-a-la-creacion-de-un-centro-de-retencion-de-inmigrantes-en-argentina.html>; <http://www.cels.org.ar/web/2016/08/la-irregularidad-migratoria-no-es-motivo-de-detencion/>; <http://www.defensoria.org.ar/noticias/asociar-al-inmigrante-con-la-inseguridad-es-preocupante/>

¹⁵ La Procuración Penitenciaria efectuó una visita en el inmueble donde iba a ser ubicado y constató que las obras habían quedado paralizadas y no había personal de migraciones en el lugar. Ver <http://www.ppn.gov.ar/?q=Constatacion-de-suspension-de-obra>

¹⁶ Ver art. 72 y 114 de la Ley de Migraciones.

¹⁷ El art. 4 dispone: “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”.

los inmigrantes, por lo que no existe necesidad de hacer uso de la detención migratoria ni de crear un centro de detención a tales efectos.

La privación de la libertad como respuesta frente a una situación administrativa de irregularidad migratoria ha sido objeto de cuestionamiento y debate en distintos contextos¹⁸; y en particular los Centros de Internamiento para Extranjeros en España se han revelado como instituciones con un enorme potencial de vulneración de los derechos humanos y una elevada ineficacia en cuanto a sus funciones declaradas, lo que ha motivado que se alcen muchas voces de académicos y defensores de derechos humanos abogando por su abolición (Brandariz / Fernandez, 2016; OCSPI, 2017).

El DNU no modifica el art. 64 sobre expulsión penal sustitutiva

La expulsión está contemplada en el art. 64 de la Ley de Migraciones como sustitutivo penal, precepto que no ha sido modificado por el DNU¹⁹. 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 migratoria²⁰.

El supuesto del inciso a) del art. 64 prevé la expulsión de los extranjeros irregulares una vez hayan cumplido la mitad de la condena²¹, provocando la extinción de la pena. El inciso b), referido a condenas de ejecución condicional, implica que en el caso de extranjeros en situación migratoria irregular condenados a penas inferiores a tres años, no se aplicará la condena condicional prevista en el art. 26 del Código Penal, sino la expulsión del territorio. Por último, el inciso c) se aplicaría a extranjeros también en situación migratoria irregular que puedan ser beneficiados con la suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis del Código Penal) o medidas de carácter curativo (como la del art. 18 de la ley 23.737); o sea, será aplicable a extranjeros imputados por delitos leves cuya pena no supere los 3 años de prisión.

¹⁸ En España al ser introducida en la legislación local en el año 1985 fue objeto de un debate acerca de su constitucionalidad (ver para mayor detalle Monclús Masó, 2008: 475-481)

¹⁹ Para un análisis en profundidad ver Monclús, Brandariz, 2015: 131 y ss.

²⁰ El art. 64 de la Ley de Migraciones dispone lo siguiente: “*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 encontraren 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”.

²¹ La reciente modificación de la Ley de Ejecución Penal 24.660, a cuyo artículo 17 remite la Ley de Migraciones, implicará que el plazo temporal para la expulsión se extienda a mitad de la condena más un año en caso de penas mayores a 10 años, o a mitad de la condena más 6 meses en caso de penas de entre 5 y 10 años. Para las penas menores a 5 años se mantiene el plazo de mitad de la condena.

De lo anterior se desprende que la Ley de Migraciones en su redacción original ya había previsto la expulsión de los extranjeros que entran en conflicto con la ley penal, incluso renunciando al ejercicio del poder punitivo –total o parcialmente- para privilegiar la ejecución de órdenes de expulsión. Esto revela nuevamente que la exposición de motivos del Decreto de Necesidad y Urgencia contiene un discurso falaz para justificar su dictado, pues existía ya previsión suficiente en la Ley 25.871. Es más, el DNU no ha modificado el art. 64, de modo que ninguna expulsión de migrantes involucrados en causas penales podrá ser llevada a cabo si no encuadra en alguno de los incisos del referido precepto, pues es el que habilita que un juez penal deponga el poder punitivo en favor de la política migratoria. Y tratándose el artículo 64 de la Ley de Migraciones de una norma penal desde un punto de vista material (Alderete, 2005), tampoco hubiese podido ser modificada mediante un Decreto de Necesidad y Urgencia, pues lo prohíbe expresamente el art. 99.3 de la Constitución Nacional²².

El inciso a) del art. 64 es el que mayor aplicación práctica ha tenido, funcionando del siguiente modo: los migrantes sin residencia legal en el país que resultan condenados a pena de prisión, acceden a la expulsión al cumplir la mitad de la condena, previa tramitación de una orden de expulsión, si la misma no se hubiese dictado ya antes de la condena. Dicha expulsión se lleva a cabo directamente desde el establecimiento penitenciario donde se encuentren cumpliendo la pena, lo cual es autorizado por el Juez de Ejecución Penal y ejecutado por la DNM.

Este funcionamiento de la expulsión penal pone de manifiesto nuevamente que no resulta necesario recurrir a la detención migratoria por mera irregularidad migratoria, si lo que se pretende en particular es hacer efectivas las expulsiones de migrantes involucrados en causas penales, como refiere pretender el DNU²³. Pues los migrantes condenados por delitos en la mayoría de los casos se encuentran ya detenidos en prisión, y es desde ahí que son conducidos directamente a la frontera terrestre o aeroportuaria, de modo que no hay que recurrir a ninguna medida cautelar adicional para hacer efectiva la expulsión.

Nuevas previsiones en el art. 86 acerca del derecho a asistencia jurídica gratuita

El art. 86 de la Ley de Migraciones desde su redacción original prevé el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los migrantes que puedan ser objeto de expulsión y

22 El inciso 3 del artículo 99 de la CN dice que el presidente de la Nación: “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia”.

23 Ello ha sido señalado para el caso español por Brandariz / Fernandez (2016), poniendo de manifiesto la inutilidad de los Centros de Internamiento para Extranjeros si lo que se prioriza son las expulsiones de migrantes con causas penales.

carezcan de medios económicos. Ello fue reglamentado por el Decreto 616/2010²⁴, y es la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación la que asumió la función de prestar asistencia jurídica gratuita a los migrantes en los procesos administrativos de expulsión²⁵.

El DNU da nueva redacción al precepto, siendo lo más relevante para destacar los agregados que le hace. Así, agrega un segundo párrafo que reza “*Con la solicitud ante la autoridad administrativa de asistencia jurídica gratuita y acreditada que sea la carencia de medios económicos, la Dirección Nacional de Migraciones notificará al defensor público oficial de turno para que en el plazo de tres días hábiles tome la intervención que le compete*”.

Y un tercer párrafo que dice “*Cuando no haya sido requerida la asistencia jurídica gratuita o no se acreditara de forma fehaciente la falta de medios económicos, se continuará con las actuaciones administrativas sin más trámite*”.

De lo anterior se desprende que el DNU atribuye a la Dirección Nacional de Migraciones la potestad de decidir acerca de la carencia de medios económicos del migrante y, por consiguiente, de habilitar el acceso a la defensa jurídica gratuita. También es la DNM la encargada de recibir el requerimiento de asistencia jurídica gratuita que debe efectuar el migrante. Este intermediación en el acceso al derecho a la asistencia letrada no parece aceptable, y probablemente sea cuestionado por la Defensoría General de la Nación por atribuir a la DNM facultades que son propias del órgano de gobierno de la defensa pública.

Si a ello se suma la restricción de los plazos para recurrir administrativa y judicialmente operada por el DNU mediante el establecimiento del procedimiento de expulsión sumarísimo, se configura un cuadro de situación que pone en serio riesgo el derecho de defensa y asistencia letrada.

La Procuración Penitenciaria ha podido verificar ya con anterioridad a la aprobación del DNU el accionar irregular de la Dirección Nacional de Migraciones tendiente a obstruir el acceso de los migrantes a la asistencia jurídica. Así, en más de una ocasión, en el marco de monitoreos a lugares de detención, la PPN ha encontrado personas migrantes detenidas, las cuales carecían de asistencia letrada y desconocían su derecho a solicitarla (PPN, 2017). Téngase en cuenta la situación de extrema vulnerabilidad en que se encuentran los migrantes, en particular aquellos que no hablan castellano, carecen de información acerca del sistema jurídico argentino y de los derechos que los amparan y no tienen vínculos sólidos en el país. Estas personas pueden ser víctimas de redes de migración irregular y de trata de personas, siendo la respuesta

²⁴ Art. 86 decreto 616/10: “*La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES, ante el planteo que efectúe un extranjero, dará inmediata intervención al MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA, disponiendo la suspensión de cualquier trámite y de los plazos en curso en las actuaciones administrativas, hasta que el referido Ministerio tome intervención o el interesado reciba la asistencia jurídica necesaria para la salvaguarda de sus intereses*”.

²⁵ La Comisión del Migrante de Defensoría General de la Nación fue creada a fines del año 2008. A partir de la sanción del Decreto 616/10, se incluyó en la competencia de la Comisión la defensa técnica en sede administrativa en los casos regulados por la RES DGN. n° 569/11.

del Estado su detención en el marco de un procedimiento migratorio sumario, sin brindarles siquiera la posibilidad de contar con defensa jurídica. Si además tenemos presente que los jueces autorizan la detención migratoria sin siquiera una audiencia con el migrante, nos encontramos con personas que son detenidas y expulsadas del país sin que nunca hayan tenido ocasión de ser oídas por un juez ni entrevistadas por un defensor.

Esta situación vulnera palmariamente los estándares que la Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó en el caso “Vélez Loor vs Panamá”. El referido fallo establece como estándar que “*en procedimientos administrativos o judiciales en los cuales se pueda adoptar una decisión que implique la deportación, expulsión o privación de libertad, la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a favor de éstas es necesaria para evitar la vulneración del derecho a las garantías del debido proceso*”²⁶.

Por consiguiente, cualquier migrante sometido a un procedimiento de expulsión debe tener necesariamente un abogado defensor, al igual que sucede en los procesos penales, y si no designa defensor particular, se le debería asignar en todo caso uno de oficio para poder proceder con el trámite de expulsión. Lo contrario habilita a que se den situaciones de indefensión como las denunciadas por la PPN.

Agreguemos a ello que la PPN no es notificada de las retenciones de migrantes que lleva a cabo la DNM, por lo que sólo en algunos casos puede cumplir su misión de protección de derechos humanos y prevención de la tortura respecto de estas personas²⁷.

Todo lo cual dibuja un cuadro de situación de gravísimas vulneraciones de derechos humanos de los migrantes que son objeto de procedimientos de expulsión, en particular cuando se recurre a la detención migratoria. Esto ha sido constatado con anterioridad al dictado del Decreto de Necesidad y Urgencia, y probablemente se agravará con la modificación normativa analizada en este trabajo.

Bibliografía citada

Alderete Lobo, R. (2005): “La expulsión del país de personas extranjeras en situación irregular que se encuentran cumpliendo pena privativa de la libertad. Un análisis del art. 64 ley 25.871 a partir del fallo Chukura O’Kasili de la Sala 1ª de la CNCP”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, nº 15, págs. 1745-1755.

²⁶ Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá. Resumen oficial emitido por la Corte. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.

²⁷ Los obstáculos que encuentra la Procuración Penitenciaria en el cumplimiento de su misión de protección de los derechos y prevención de la tortura respecto de los migrantes detenidos han motivado la Recomendación N° 847/PPN/2016, donde se emplaza al Director Nacional de Migraciones a informar inmediatamente a la autoridad judicial, a la Defensoría General de la Nación y a la Procuración Penitenciaria cuando se proceda a la retención de una persona extranjera en el marco de la aplicación de la Ley 25.871. También se le recomienda garantizar un acceso irrestricto a la PPN a los expedientes administrativos de expulsión de migrantes, así como la publicación periódica de información estadística sobre retenciones y expulsiones de migrantes dictadas y ejecutadas.

Brandariz García, José Ángel / Fernandez Bessa, Cristina (2016): “Transformaciones de la penalidad migratoria en el contexto de la crisis económica: El giro gerencial del dispositivo de deportación”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 4/2016.

CELS (2008): *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI.

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*, Siglo XXI, Buenos Aires, págs. 421 ss.

Correa, V. (2004): “La nueva ley de migraciones y la participación de las organizaciones de la sociedad civil”, en Giustiniani, R. (coord.), *Migración: un derecho humano*, Prometeo, Buenos Aires, págs. 173-177.

García, Lila (2017): “Decreto 70/2017, ley de migraciones y Poder Judicial”, versión final de autor; circulación limitada.

Giustiniani, Rubén (2004): “Fundamentos de la Ley”, en Giustiniani, R. (coord.), *Migración: un derecho humano*, Prometeo, Buenos Aires, págs. 19-42.

Monclús Masó, Marta (2008): *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Buenos Aires, Del Puerto.

Monclús Masó, Marta y García, María Bernarda (2012): “El impacto de las migraciones en la criminalidad en la Argentina: mitos y realidades”, en Organización Internacional para las Migraciones (OIM), *El impacto de las migraciones en Argentina*, OIM, Buenos Aires, págs. 323-365.

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*, Editorial Didot, Buenos Aires.

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*, Siglo XXI, Buenos Aires, págs. 325-349.

Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona –OSPDH- (2003): *Primer Informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Catalunya*, Virus, Barcelona.

Observatorio del Sistema Penal ante la Inmigración –OCSPI- (2017): *Razones para el cierre de los CIE: Del reformismo a la abolición*, Universidad de Málaga.

Oteiza, E. (2004): “Hacia una nueva Política Migratoria Argentina. Inmigración, integración y derechos humanos”, en Giustiniani, R. (coord.), *Migración: un derecho humano*, Prometeo, Buenos Aires, págs. 87-111.

Procuración Penitenciaria de la Nación (2017): *Informe Anual 2016. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*, PPN, Buenos Aires.