

Política migratoria argentina reciente: función simbólica del derecho y derechos humanos

Recent Argentine Migration Policy: Symbolic Function of Law and Human Rights

Fernando Arlettaz¹

RESUMEN

El decreto 70/2017 modificó profundamente el régimen legal de las migraciones en Argentina. El objetivo de este artículo es analizar el uso de esa reforma legal como un instrumento simbólico de la política criminal y contrastar su contenido con los estándares de derechos humanos. La aproximación metodológica combina el análisis jurídico con el estudio teórico de las transformaciones estudiadas. El trabajo muestra que el decreto buscaba vincular inmigración y criminalidad y transmitir un mensaje de firmeza del Estado en la lucha contra el delito y aporta una actualización del debate sobre la reforma legal a luz de lo sucedido con posterioridad. Se concluye que la reforma ha aumentado los márgenes de discrecionalidad estatal, generando un mayor grado de inseguridad jurídica para los migrantes. Aunque limitada a un caso nacional concreto, la investigación puede tener implicaciones teóricas para el estudio de casos semejantes.

Palabras clave: 1. políticas migratorias, 2. función simbólica del derecho, 3. derechos humanos, 4. Argentina, 5. América Latina.

ABSTRACT

Executive Decree 70/2017 profoundly modified the legal regime for migration in Argentina. This article aims to analyze the use of this legal reform as a symbolic instrument of criminal policy and contrast them with human rights standards. The methodological approach combines legal analysis with the theoretical study of the reform. The work shows that the decree sought to link immigration and criminality and convey a message of firmness from the State in the fight against crime. As well as provide an update of the debate on the legal reform considering what happened subsequently. It is concluded that the reform has increased the margins of state discretion, generating a greater degree of legal insecurity for migrants. Although limited to a specific national case, the research may have theoretical implications for the study of similar cases.

Keywords: 1. migration policies, 2. symbolic function of law, 3. human rights, 4. Argentina, 5. Latin America.

Fecha de recepción: 7 de julio de 2020

Fecha de aceptación: 17 de diciembre de 2020

Fecha de publicación web: 15 de noviembre de 2021

¹ Universidad de Zaragoza, España, arlettaz@unizar.es, <https://orcid.org/0000-0002-4372-0855>



INTRODUCCIÓN

La cuestión migratoria ha estado muy presente a lo largo de la historia argentina desde la fundación del Estado nacional en el siglo XIX. Desde entonces se han sucedido cambios importantes en la política migratoria, el último de los cuales se produjo hace cuatro años con el dictado del Decreto 70/2017. El decreto alteró aspectos fundamentales de la política migratoria, como las condiciones de ingreso y permanencia en el territorio, el régimen del procedimiento administrativo y judicial y las circunstancias en las que resulta posible la privación de libertad de los migrantes. El decreto, concebido como un instrumento de política criminal, reforzó los elementos del *paradigma de la seguridad* en materia de migración, en desmedro del *paradigma de los derechos* (Treacy, 2020).

El objetivo de este artículo es examinar este decreto y sus repercusiones desde dos puntos de vista: desde la perspectiva del mensaje que transmite y desde la perspectiva de los derechos humanos². Como se verá, ambas aproximaciones están estrechamente relacionadas. En el apartado dos se realiza una presentación general de la evolución histórica de la política migratoria argentina a modo de contextualización. En el apartado tres se estudia la reforma de manera global para mostrar qué mensajes transmite el decreto, considerado como un dispositivo simbólico. En el apartado cuatro se abordan con mayor detalle algunos aspectos concretos de la reforma, a fin de contrastar sus disposiciones con estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos.

Algunas precisiones metodológicas son necesarias. En primer lugar, debe señalarse que el artículo se propone estudiar la reforma de 2017 como un dispositivo simbólico. En el apartado tres se darán mayores precisiones sobre lo que se entiende por función simbólica del derecho. Lo que debe quedar claro, en cualquier caso, es que este trabajo considera el derecho como una instancia discursiva. En otras palabras, no se aborda aquí el efecto empírico del derecho en la conformación de representaciones sociales ni, inversamente, la incidencia de las representaciones sociales en la creación e interpretación del derecho. Existen trabajos en este sentido y a ellos remitimos (González y Tavernelli, 2018).

En segundo lugar, existe una clara vinculación entre la creación y aplicación del derecho, los *mass media* y la opinión pública (Luhman, 2000, pp. 76-87). Sin embargo, y como consecuencia de lo dicho en el párrafo anterior, este aspecto tampoco será tratado aquí. En este sentido, cuando se mencionan algunos artículos de prensa no es para considerarlos en sí mismos como objeto de análisis, sino solamente porque ellos proveen alguna información relevante para el estudio del derecho en tanto instancia discursiva.

En tercer lugar, aunque el principal mensaje de la reforma era la firmeza del Estado frente al delito, tampoco se abordará aquí en qué medida la reforma migratoria ha sido una herramienta eficaz de política criminal. En cambio, se tratará el modo en que en la búsqueda de ese objetivo

² Después de la aceptación editorial de este trabajo, el Decreto 70/2017 fue íntegramente derogado por el Decreto 138/2021. De este modo, las reformas introducidas en la Ley de Migraciones quedaron sin efecto. No obstante, el estudio realizado en este artículo mantiene su vigencia en cuanto análisis de lo acontecido en un determinado momento de la legislación migratoria argentina.

se modificaron varias disposiciones del régimen migratorio y de la compatibilidad del nuevo estado de cosas con los estándares de derechos humanos. La hipótesis principal es que, más allá de las particularidades de tal o cual modificación concreta, el decreto ha aumentado los espacios de inseguridad jurídica, no solo porque ha dado expresamente mayores potestades discrecionales a la autoridad administrativa, sino también por la gran ambigüedad que resulta de una muy mala redacción de las disposiciones legales modificadas.

En cuarto lugar, debe comprenderse que este análisis no abarca la política migratoria argentina reciente en su totalidad. Por un lado, porque el artículo se enfoca solo en algunos aspectos relevantes de la reforma de 2017. Por otro, porque junto a las políticas migratorias explícitas resultantes de las normas formales como las que aquí se detallan, existen políticas migratorias implícitas en las prácticas de los agentes que intervienen en la gestión de las migraciones (Mármora, 2002). Este artículo no aborda de manera empírica las prácticas de los agentes de gestión migratoria.

Finalmente, se debe dejar claro que la ambigüedad constitutiva de la reforma de 2017, que es como dijimos un elemento esencial en la conformación de espacios de inseguridad jurídica, no es exclusiva de esta reforma legal. Es un hecho reconocido por la sociología jurídica que en muchos países latinoamericanos no resulta sencillo determinar cuál es exactamente el derecho vigente. Esta situación puede deberse no solo a situaciones radicales de *patología jurídica*, derivadas de la imposibilidad de identificar la regla de reconocimiento en términos hartianos (Garzón Valdés, 1982), sino sencillamente al escaso cuidado puesto en la preparación técnica de las normas legales, como es el caso de la reforma que se estudia aquí.

LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA MIGRATORIA ARGENTINA

La Constitución argentina vigente fue adoptada, en su texto original, en 1853. Los autores de la Constitución vieron en la inmigración un elemento clave en la construcción del Estado y en el desarrollo económico. El texto constitucional, aprobado en 1853, trazó un proyecto de población del extenso territorio argentino a través de la inmigración europea. Sin embargo, ni la Constitución de 1853 ni ninguna de sus reformas posteriores equipararon totalmente a los extranjeros con los nacionales argentinos, ni establecieron un derecho ilimitado a ingresar y permanecer en el territorio (sobre la política migratoria en la Constitución, ver Arlettaz, 2018).

El artículo 25 de la Constitución, vigente sin cambios desde 1853, establece el deber del gobierno federal de fomentar “la inmigración europea” y le prohíbe “restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes”. La Constitución de 1853 no protege cualquier tipo de inmigración, sino solamente la inmigración *útil* (es decir, aquella que puede aportar algo en términos de desarrollo del país). Esta circunstancia torna evidente que la política migratoria de la Constitución de 1853 no estaba basada en una –entonces inexistente– concepción de un derecho humano a migrar como parte de un plan personal de vida, sino en un proyecto de desarrollo económico y social de carácter colectivo. Por eso la Constitución distingue entre extranjeros bienvenidos y no bienvenidos. Como dirá años más tarde una sentencia judicial, los extranjeros que no son bienvenidos “no pueden aducir un derecho individual más poderoso que el de la soberanía del Estado en que se

funda el derecho de impedirles su entrada al país o el de expulsarlos de su seno, si ya hubieran entrado” (Cámara Federal de la Capital, 1932, p. 362).

El programa inmigratorio de la Constitución de 1853 se completa con la igualdad civil entre nacionales y extranjeros consagrada en el artículo 20, también hoy vigente en su redacción original. A pesar de esta equiparación, es posible que la ley subordine el goce de los derechos civiles por los extranjeros a la regularidad de su presencia en el territorio, como lo ha admitido en varias ocasiones la Corte Suprema de Justicia (1932a; 1932b; 1934; 1967; 1980). Sin embargo, hay ciertos derechos que no pueden ser subordinados a esa condición, como por ejemplo los que tienen que ver con la propia dignidad de la persona o con el acceso a los tribunales.

La primera ley en materia de migraciones fue la Ley de Inmigración y Colonización (Ley 817, 1876), conocida con el nombre de *Ley Avellaneda*. La ley, cuya historia está bien documentada (Novick, 2008), tenía por finalidad la promoción de la inmigración. Ella no establecía un régimen general sobre el estatuto de los extranjeros, sino solo reglas específicas sobre la colonización del territorio a partir de la entrada de extranjeros (aunque diversos decretos posteriores fueron regulando la situación de los extranjeros no comprendidos en esa ley).

La inmigración favorecida por la Ley Avellaneda permitió la llegada masiva de europeos, principalmente italianos y españoles, entre finales del siglo XIX y mediados del siglo XX. Entre ellos había militantes anarquistas, socialistas y sindicalistas, que eran percibidos como una amenaza para el orden establecido. Se adoptaron entonces dos leyes que posibilitaron la expulsión de los extranjeros considerados peligrosos para la seguridad y el orden públicos: la Ley de Residencia de 1902 y la Ley de Defensa Social de 1910. El Código Penal de 1921 (Ley 11179) derogó la Ley de Defensa Social (1910). La Ley de Residencia (1902) fue derogada en 1958, restablecida en 1969 y definitivamente derogada en 1973. La finalidad represiva y la inspiración biologicista de ambas leyes era abiertamente admitida. Un observador de la época decía que es un derecho inherente a la soberanía el de “organizarse con exclusión de todos los *elementos malsanos* que puedan ser *gérmenes* de perturbación que no armonicen con la estructura constitucional a que la sociedad organizada obedece” (la cursiva es nuestra) (Procurador Fiscal en Juzgado de Primera Instancia, 1932, p. 350).

En el extenso periodo entre la adopción de la Ley Avellaneda (Ley de Inmigración y Colonización, 1876) y su derogación (1981), una variada normativa de rango inferior completó el régimen legal, de manera no siempre armónica y coherente. De entre las normas de este periodo pueden señalarse las siguientes, que resultan relevantes por su vinculación con el control securitario de las migraciones (los cuatro primeros ejemplos que se citan a continuación) o por su carácter general (el último ejemplo). Durante el gobierno de Victorino de la Plaza se aprobaron dos decretos (Decreto sin número 1916a y 1916b) que exigían ciertos certificados a los inmigrantes que fueran a ingresar al país y que fueron aplicados rigurosamente durante el gobierno de Hipólito Yrigoyen. En 1923, durante el mandato de Marcelo T. de Alvear, se aprobó un reglamento también de carácter restrictivo en el mismo sentido. Un decreto adoptado durante el gobierno de Agustín P. Justo exigía poseer un contrato de trabajo como requisito para la inmigración (Decreto sin número, 1932). Durante el gobierno de Arturo Illia se dictó un nuevo decreto de migraciones (Decreto 4418/1965).

La Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración (Ley 22439, 1981), conocida también como *Ley Videla*, reemplazó en 1981 a la Ley Avellaneda. Dictada bajo la inspiración de la doctrina de la seguridad nacional, estaba fuertemente impregnada de una concepción de las migraciones como problemática de orden público (Novick, 2008). A diferencia de la ley anterior, la nueva ley sí contenía un régimen general sobre el estatuto de los extranjeros. Es un hecho generalmente aceptado que la ley de 1981 favoreció el desarrollo de una lógica burocrática excesiva y de prácticas administrativas arbitrarias en la gestión migratoria (Rodríguez Miglio y Toledo, 2009).

Se produjo entretanto un cambio en el perfil de las migraciones que llegaban a Argentina. Desde los años setenta y con mayor énfasis a partir de los años noventa del siglo XX, el país se convirtió en receptor de migrantes originarios de otros países latinoamericanos y, en menor medida, de Asia. Por otra parte, la recuperación del orden constitucional en 1983 tuvo un efecto ambiguo en la política migratoria. Durante el gobierno de Alfonsín se dictó el decreto reglamentario de la conocida como *Ley Videla* (Decreto 1434/1987), que de alguna manera moderó su rigor pero, al mismo tiempo y como consecuencia de la grave crisis económica de finales de los años ochenta, se restringió el acceso a permisos de residencia a personas de determinado perfil profesional o económico. Durante el gobierno de Menem se dictó un nuevo decreto reglamentario de la ley (Decreto Reglamentario de la Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración, 1992), que amplió las facultades de la autoridad administrativa para el control migratorio, y se adoptaron diversas disposiciones que incorporaban a la gestión migratoria fuertes tintes securitarios (Courtis, 2006; Aruj, Oteiza y Novick, 1996)

En contraposición a esta política restrictiva, una transformación constitucional tuvo un efecto indirecto, y quizá inesperado, en las políticas migratorias. La reforma constitucional de 1994 dio jerarquía constitucional a un conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos. Esto significa que estos tratados, entre los que se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), tienen la misma fuerza normativa que la Constitución (sobre la incidencia de la Convención Americana en materia migratoria, ver Arlettaz, 2014; Arlettaz, 2015). En la medida en que estos tratados contienen muchos derechos de los que son titulares todas las personas (con independencia de su nacionalidad o de su estatus migratorio), la reforma de 1994 supuso una ampliación de la protección constitucional de los migrantes.

En 2004, la *Ley Videla* fue sucedida por la Ley de Migraciones actualmente en vigor y sobre la que existen múltiples estudios (Novick, 2004; Chausovsky, 2004; Hines, 2010). La nueva ley, a pesar de su técnica legislativa francamente mejorable (Gordillo, 2004), tuvo un espíritu garantista mucho más acorde con los principios constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos. Unos años más tarde se adoptó el decreto reglamentario de la ley (Decreto 616/2010). En enero de 2017 el Poder Ejecutivo introdujo, mediante el decreto de necesidad y urgencia 70/2017, una gran cantidad de cambios en la Ley de Migraciones. Se usó una técnica muy defectuosa y que supuso mayor confusión en la redacción de una ley que, como acabamos de decir, no se caracterizaba por la precisión conceptual.

El decreto de 2017 redujo la duración del permiso de residencia precaria (que es aquel que se otorga provisionalmente mientras se tramita el permiso definitivo) y creó un nuevo tipo de

permiso (la residencia transitoria) para el tiempo en que se tramitan los recursos administrativos o judiciales contra la resolución que declara la irregularidad migratoria. Además, amplió las causas que impiden el ingreso y la permanencia de los extranjeros, los supuestos de cancelación del permiso de residencia y la prohibición de reingreso al país a los extranjeros expulsados en ciertos casos. También se instituyó el denominado *procedimiento migratorio especial sumarísimo*, que tiene el objetivo de agilizar las expulsiones de extranjeros, se ampliaron los supuestos de privación de libertad en vistas a la expulsión y se modificaron las condiciones de acceso a ciertas garantías de procedimiento.

LA REFORMA DE 2017 Y LA FUNCIÓN SIMBÓLICA DEL DERECHO

La lucha contra el delito

El uso simbólico del derecho, es decir la función del derecho de *hacer afirmaciones* como opuesta a su función de *controlar conductas*, ha recibido una creciente atención de los especialistas (Díez Ripollés, 2002; Sunstein, 1996; Hassemer, 1995). Se suele contraponer la *función simbólica* del derecho a su *función instrumental*; o en otra terminología, su *función expresiva* a su *función material*. La contraposición quizá tenga algo de artificial: dado el carácter lingüístico del derecho, cualquiera de las funciones que desempeñe será necesariamente simbólica.

De hecho, toda una tradición de sociología jurídica entiende al derecho como la forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado y que puede estar acompañada de la violencia física. Desde esta tradición se explica que, a partir de un lenguaje que se pretende neutro y universal, el cuerpo de textos jurídicos, interpretados autorizadamente por un grupo de especialistas investidos de una competencia social y técnica específica, encarna la visión legítima del mundo social. El Estado, a su vez, es el principio de producción de esa representación legítima, es decir, el principio de organización del consentimiento como adhesión al mundo social (Bourdieu, 2014; Bourdieu, 1986).

Aun teniendo en cuenta que, de manera general, el derecho funciona siempre como dispositivo simbólico, en este trabajo mantendremos la contraposición señalada más arriba. Así usaremos las expresiones *función instrumental* o *función material* para indicar el modo en que el derecho pretende controlar directamente las conductas; y, en cambio, usaremos las expresiones *función simbólica* o *función expresiva* para referirnos a la capacidad del ordenamiento jurídico de suscitar emociones o representaciones valorativas en la población y orientar así, indirectamente, las conductas. Somos conscientes, eso sí, de que ambas funciones se ubican en un continuo y no en una contraposición radical.

La función simbólica implica un desplazamiento de sentido: se connota en la medida en que se señala un sentido mediato que se añade al sentido inmediato de la propia actuación (Gusfield, 1967). Se han puesto de manifiesto ciertos aspectos negativos del uso simbólico del derecho, como por ejemplo cuando se hipertrofia la dimensión simbólica de un texto constitucional para ocultar su ineficacia material (Neves, 1994, p. 132). Por supuesto, la dimensión simbólica puede tener efectos positivos, por ejemplo cuando el texto constitucional es explotado simbólicamente en favor de la superación de una tradición política autoritaria (Neves, 1994, p. 162). También,

por ejemplo, la explotación simbólica de los derechos humanos puede contribuir a la superación de situaciones concretas de negación de esos derechos (Neves, 2004).

El propio decreto de 2017 enunciaba entre sus finalidades la de incrementar el control estatal sobre la población migrante³. Como se ha mostrado (Canelo, Gavazzo y Nejamkis, 2018), varios funcionarios gubernamentales habían hecho declaraciones públicas avalando el endurecimiento del control sobre la población migrante. Organizaciones de defensa de los derechos humanos habían llamado la atención sobre este endurecimiento del discurso *securitario* (Amnistía Internacional, 2017).

De alguna manera, la función instrumental del decreto era la de orientar la política migratoria en un sentido más restringido, aumentando el poder del Estado para salvaguardar cierto orden público que se presentaba como necesitado de protección, por las razones que, desordenadamente, el propio decreto enunciaba: procesos administrativos y judiciales excesivamente largos; presencia en el país de extranjeros con antecedentes delictivos y vínculo entre criminalidad organizada y extranjería; dificultades para hacer efectivas las expulsiones de extranjeros.

A esta función instrumental del decreto se añadía una función simbólica igualmente visible: la de mostrar la firmeza del Estado frente al delito (Courtis y Penchaszadeh, 2020; García y Nejamkis, 2018). Esta dimensión de la reforma fue reconocida por el propio Presidente Macri quien, al anunciarla, decía que no se podía permitir que “el crimen siga eligiendo a la Argentina como un lugar para venir a delinquir” (El Día, 2017, s/n). Más allá de si la vinculación aludida por el decreto entre criminalidad y extranjería era o no pertinente, existió una sobre-reacción legislativa frente al problema de los delitos cometidos por extranjeros: las modificaciones incluidas en la reforma afectan al universo global de los migrantes con independencia de un eventual conflicto con la ley penal. Estaríamos entonces frente a lo que se ha denominado *leyes activistas* (Díez Ripollés, 2002, p. 92), es decir, leyes que pretenden suscitar en la ciudadanía la confianza de que se está haciendo algo frente a problemas irresueltos, independientemente del efecto real de la norma legal sobre ese problema.

La vinculación entre políticas migratorias y políticas criminales no es nueva ni exclusiva de Argentina, como han mostrado otros estudios (Stumpf, 2006). Es una estrategia conocida la de construir las migraciones como un problema para la seguridad del país de acogida, entrelazando migraciones y derecho penal. Esta construcción sirve para posicionar al Estado (y al gobierno de turno) como un activo defensor de los intereses de los nacionales, frente a los extranjeros extraños y amenazantes. En su acción de transmitir el mensaje de firmeza del Estado frente al delito, la reforma de 2017 construyó una imagen del inmigrante como un *otro* extraño y amenazador, justificando así el ejercicio de un poder estatal de vigilancia acrecentado.

El nuevo Presidente Fernández, que sucedió a Macri en 2019, se mostró favorable a la derogación del decreto que, al impedir el ingreso o la permanencia en el país de personas con antecedentes delictivos pero sin condena penal firme, “castiga [a los migrantes] solo por la

³ No deben identificarse las funciones simbólicas del derecho con funciones ocultas (*funciones latentes* por oposición a *funciones manifiestas*, en lenguaje sociológico). Algunas funciones simbólicas del derecho son claramente reconocidas como tales por los operadores jurídicos involucrados, como es el caso de la que estudiamos aquí.

presunción” de que han cometido un delito (Infobae, 2020, s/n). Sin embargo, un año después de haber asumido como Presidente, el decreto permanecía en vigor⁴. Por otra parte, se debe aclarar que aunque el decreto reforzó el tono securitario de la legislación sobre migraciones, este cambio fue más de grado de calidad: la ley vigente hasta la reforma ya permitía, en algunos casos, tener en cuenta antecedentes delictivos sin condena penal firme.

El poder presidencial exorbitante

Una muestra del carácter activista de la reforma aparece en el medio utilizado para llevarla adelante: un decreto de necesidad y urgencia dictado por el presidente. En el sistema constitucional argentino, la facultad legislativa corresponde al Congreso, con la intervención del Poder Ejecutivo en la medida determinada por la propia Constitución. Según la Constitución, el Poder Ejecutivo no puede por sí solo “en ningún caso[,] bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo” (Constitución de la Nación Argentina, 1853, artículo 99, inciso 3). Sin embargo, la Constitución incluye una excepción. Así, “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por [la] Constitución para la sanción de las leyes” el Poder Ejecutivo puede “dictar decretos por razones de necesidad y urgencia” (Constitución de la Nación Argentina, 1853, artículo 99, inciso 3).

La Corte Suprema ha fijado estándares estrictos para saber cuándo se dan tales circunstancias extraordinarias (Corte Suprema de Justicia, 1998; Corte Suprema de Justicia, 2002; Corte Suprema de Justicia, 2010). Sin embargo, el recurso a los decretos de necesidad y urgencia ha sido creciente, en el marco de una tendencia al reforzamiento de la autoridad presidencial en desmedro de los otros poderes del Estado (Cherny, Feierherd y Novaro, 2010; Ferreira Rubio y Goretti, 1996). La introducción de una reforma a la Ley de Migraciones por la vía de un decreto de necesidad y urgencia parece encuadrarse en esta tendencia de avance del poder presidencial. Según la Constitución, la cuestión migratoria es materia propiamente legislativa (artículo 75, incisos 12, 17, 18 y 19, entre otras disposiciones constitucionales), por lo que su regulación debe ser hecha por el Congreso. Solo en las “circunstancias excepcionales” señaladas más arriba podría admitirse que ella fuera decidida por el poder presidencial.

El mensaje de lucha contra el delito implícito en el decreto y el recurso por parte del Poder Ejecutivo a facultades exorbitantes están íntimamente relacionados. En efecto, fue la *urgente* necesidad de luchar contra el delito lo que configuró, a juicio de quien dictó el decreto, la existencia de las “circunstancias excepcionales” constitucionalmente requeridas. Se construyó así el escenario de urgencia que llamaba a una solución excepcional. Para ello, se desplegó una estrategia discursiva que buscaba transformar un fenómeno social en una situación de crisis que llamaba a una rápida acción estatal. La cuestión migratoria fue elaborada como un *problema social* (Spector y Kitsuse, 2001), es decir, como un conjunto de hechos dañosos o injustos que requieren una respuesta pública.

Sin embargo, como fue puso de manifiesto (Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2017), las estadísticas penales utilizadas para justificar el decreto están fuertemente sesgadas. Fue el propio decreto el que construyó una amenaza, envió el mensaje de que se estaba

⁴ Ver nota 2.

luchando contra esa amenaza y se apoyó en esa lucha como argumento para recurrir a facultades extraordinarias. Desde luego, esto no implica afirmar que no existe criminalidad transnacional (en algunos casos, de mucha gravedad) o que no hay extranjeros en conflicto con la ley penal. Tampoco implica negar que las políticas migratorias pueden ser a veces útiles en la lucha contra el delito. Pero en el caso estudiado no había, al momento del dictado del decreto, una dinámica delictiva extraordinaria que requiriera ser urgentemente atajada. En 2017 y 2018, dos sentencias de importantes tribunales declararon que el decreto de reforma era inconstitucional porque se había hecho sin que estuvieran reunidas esas “circunstancias excepcionales” (Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo, 2018a; Cámara Federal en lo Civil y Comercial, 2018). La cuestión está hoy a la espera de una respuesta definitiva por parte de la Corte Suprema de Justicia.

Más allá de cuál sea la solución correcta desde un punto de vista legal, es claro que el decreto declaraba la intención del presidente de mostrar (otra de las funciones simbólicas de la reforma) su actuación decidida para hacer frente a una situación presentada como problemática. La actuación presidencial se vio favorecida por un régimen institucional que se preocupa poco de controlar el ejercicio presidencial de poderes exorbitantes. En aquellos casos en los que la Constitución (Constitución de la Nación Argentina, 1853) admite, de modo excepcional, el ejercicio de competencias legislativas por parte del Presidente, exige que el decreto dictado sea puesto a consideración de una Comisión Bicameral Permanente que debe informar a las Cámaras del Congreso para que lo traten expresamente (artículo 99, inciso 3). La ley sobre el régimen de los decretos de necesidad y urgencia dispone que mientras el Congreso no rechace el decreto, el mismo sigue en vigor (artículo 17). Ahora bien, para que el decreto se considere rechazado es necesario que ambas Cámaras emitan resoluciones negativas (artículo 24).

El régimen de esta ley es dudosamente conforme al espíritu constitucional, ya que permite a un Presidente que solo tenga apoyo de una de las Cámaras legislar mediante decretos, sin que el Congreso pueda rechazarlos. Más aún: la ley dispone que la aceptación o el rechazo por el Congreso deben ser expesos (artículo 22). Pero no establece qué sucede si el Congreso guarda silencio de manera indefinida. En tal caso, en los hechos, el decreto sigue vigente. Y esto fue lo que sucedió en el caso de la reforma migratoria: el Congreso todavía no se ha pronunciado.

Hay que señalar también la relación entre la función simbólica ejercitada (mostrar la firmeza del Estado y el rol protagónico del poder presidencial en la lucha contra el delito) y la inseguridad jurídica creada por la reforma. La situación de inseguridad es debida, por un lado, al mayor poder de decisión otorgado a la autoridad administrativa, es decir, a una estructura burocrática que depende del poder presidencial. La firmeza estatal y el protagonismo del Ejecutivo aparecen connotados no solo por el instrumento de la reforma (un decreto presidencial) sino también por su contenido (el aumento de la discrecionalidad administrativa).

Por otro lado, la inseguridad se deriva también de una redacción escasamente cuidada de los preceptos legales. No puede descartarse que en este caso la inseguridad esté vinculada al instrumento elegido para la reforma: un decreto de necesidad y *urgencia*. La regulación legal bajo el régimen de emergencia permanente es una constante en Argentina. La inseguridad jurídica es posiblemente un efecto evitable y no evitado de la improvisación legislativa.

LA REFORMA DE 2017 Y LOS DERECHOS HUMANOS

Ingreso y permanencia en el territorio

La facultad estatal de regular el ingreso y permanencia de extranjeros en el territorio no puede ejercitarse de modo absolutamente discrecional. Según una antigua jurisprudencia del máximo tribunal argentino (Corte Suprema de Justicia, 1913, 1990), reforzada por los tratados internacionales de derechos humanos⁵, el ejercicio de esa facultad está sometida al principio de legalidad. La ley debe ser suficientemente clara y previsible, por lo que reviste particular importancia la determinación de las circunstancias que permiten prohibir el ingreso o expulsar a un extranjero del territorio.

La Ley de Migraciones establece estas circunstancias en dos artículos: el artículo 29 contempla los impedimentos de ingreso y permanencia en el territorio; el artículo 62 regula las causales de cancelación del permiso de residencia. La relación entre ambas disposiciones era problemática antes de la reforma de 2017 y lo sigue siendo después de ella. Sin entrar aquí en cuestiones técnico-jurídicas de detalle, asumiremos que el artículo 29 establece una enumeración genérica de impedimentos (aplicables al ingreso y a la permanencia de quienes no tienen un permiso de residencia, incluyendo a quienes se encuentran en situación irregular en el territorio, teniendo en cuenta que la irregularidad es por sí misma un impedimento de permanencia) y que el artículo 62 establece las causales de cancelación de un permiso de residencia ya otorgado. La redacción de ambos artículos era confusa, no solo por su tono recargado, ambiguo y repetitivo, sino también por la existencia de remisiones no siempre claras de un artículo a otro⁶. La reforma de 2017, como veremos, no ha mejorado este aspecto.

Las circunstancias que solo estaban mencionadas como impedimentos para el ingreso y permanencia no se han modificado: existencia de una prohibición de ingreso, elusión del control migratorio, incumplimiento de los requisitos establecidos en la ley (como por ejemplo, no tener un permiso de residencia cuando la ley lo exige, es decir, estar en situación irregular) y existencia

⁵ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, artículo 22, inciso 6) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, artículo 13) explicitan el principio de legalidad en relación con la expulsión, aunque solamente para los extranjeros cuya presencia en el territorio es regular. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990) dispone igualmente que los trabajadores migratorios y sus familiares, en situación regular o irregular, solo pueden ser expulsados en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley (artículo 22, inciso 2); tratándose de trabajadores migratorios o familiares suyos que estén en situación regular, también las causales de expulsión deben estar previstas en la ley (artículo 56, inciso 3).

⁶ Por ejemplo, el inciso b del artículo 62 establecía que la cancelación de la residencia en razón de una condena penal debía pronunciarse de manera definitiva una vez cumplida la condena, con fundamento en “la *posible* incursión por parte del extranjero en los impedimentos previstos en el artículo 29”. ¿Por qué *posible* incursión? El artículo 29 contenía un estándar más bajo que el artículo 62: cualquier condena penal del artículo 62 encajaba *necesariamente* en el artículo 29. Además, el plazo para la cancelación de la residencia resultaba extrañísimo: no antes de los dos años desde que se hubiese cumplido la condena, no después de dos años y treinta días.

de impedimentos de radicación. También se han mantenido sin cambios las circunstancias que solo eran causales de cancelación del permiso de residencia: ausencia del país durante cierto tiempo, incumplimiento de las condiciones de la instalación en el país cuando esta hubiera sido subvencionada y desnaturalización de las circunstancias que habían justificado el otorgamiento del permiso de residencia.

En cambio, se han modificado algunas circunstancias que funcionaban al mismo tiempo como impedimentos de ingreso y permanencia y causales de cancelación del permiso de residencia. Antes de la reforma, era un impedimento al ingreso y permanencia y una causal de cancelación del permiso la presentación de documentación falsa o adulterada; era también una causal de cancelación del permiso la simulación de hechos o el fraude a la ley para obtener beneficios migratorios. A estos impedimentos y causales se agrega ahora la omisión de informar sobre antecedentes penales y requerimientos judiciales o de fuerzas de seguridad, creando así implícitamente la obligación de informar sobre esos antecedentes y requerimientos.

Antes de la reforma, la condena a penas privativas de libertad por al menos tres años era un impedimento de ingreso y permanencia; la condena por delito doloso que merezca pena privativa de libertad mayor de cinco años o la conducta reiterante en la comisión de delitos eran una causal de cancelación del permiso de residencia. Después de la reforma, toda condena (incluso no firme) por un delito que merezca pena privativa de libertad es un impedimento de ingreso y permanencia y una causal de cancelación del permiso; y todo antecedente por esos delitos es un impedimento de ingreso y permanencia. Pero además se enumeran ciertos delitos específicos, que constituyen impedimentos (si hay condena, aunque no sea firme, o antecedente) y causales (si hay condena, aunque no sea firme): tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos, lavado de dinero, inversiones en actividades ilícitas y delitos de corrupción. No se alcanza a ver para qué se agrega esta enumeración especial (como no sea por la ya mencionada función simbólica de mostrar firmeza), ya que prácticamente todos los delitos enumerados tienen previstas penas privativas de libertad y están comprendidos en la regla general.

Otras circunstancias que eran impedimentos y causales se han mantenido sin cambios: la participación en actos de terrorismo, genocidio, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad, otro acto susceptible de ser juzgado por la Corte Penal Internacional o que se encuadre en las normas penales de protección del régimen democrático. Pero la reforma ha hecho que algunas circunstancias que solo eran impedimentos (pero no causales) pasaran a entrar en ambas categorías: la facilitación, con ánimo de lucro, del ingreso, permanencia o egreso ilegal de extranjeros (solo la condena, antes de la reforma; la condena o “haber incurrido o participado”, después de la reforma); la presentación previa de documentación falsa para obtener un beneficio migratorio (antes y después de la reforma, siempre que haya condena o antecedentes); ciertos actos relativos a la prostitución (de redacción tan confusa que no estaba ni está claro si se requería y se requiere una condena, antecedentes o simple participación).

En principio, los defectos de redacción señalados son una cuestión técnica relativa a la redacción de las leyes. Sin embargo, la redacción tiene repercusiones evidentes en relación con los derechos humanos. La Ley de Migraciones reglamenta un derecho reconocido en la Constitución y en los tratados internacionales. La reglamentación de los derechos debe ser clara

y previsible. Una legislación técnicamente defectuosa puede vulnerar el principio elemental de seguridad jurídica. De hecho, la propia Dirección Nacional de Migraciones reconoció en un proceso judicial el error de una decisión de expulsión que ella misma había dictado con base en un precepto legal confusamente redactado (Juzgado Federal en lo Contencioso-administrativo número 4, 2003).

Por otra parte, como se ha visto, el modo de redacción de los impedimentos y de las causales era y es muy variado. En algunos casos se requiere una condena penal, en otros basta con tener antecedentes⁷ y, algunas veces, alcanza con la simple participación en ciertas actividades (dejando abierta la cuestión acerca de cómo se constata que alguien ha incurrido o participado en determinado acto –por ejemplo, en un acto de promoción de la prostitución– si no media una condena por ello). La confusión es tal que ciertos actos (como por ejemplo, el terrorismo) eran y son mencionados dos veces en la ley: en un caso la circunstancia mencionada es “haber incurrido o participado” y en otro “tener antecedentes, haber incurrido o haber participado”.

Este desorden de expresiones no solo atenta contra el principio de seguridad jurídica, sino que también suscita una grave cuestión acerca del principio de inocencia. Porque si en algunos casos puede considerarse admisible que se prohíba el ingreso o la permanencia en el país sobre la base de una simple constatación administrativa (por ejemplo, en el caso de elusión del control migratorio), en otros casos es más que dudoso que la autoridad administrativa pueda actuar sin que exista una condena previa dictada por un juez.

En síntesis, la reforma produjo un endurecimiento de las condiciones de ingreso y permanencia en el territorio por la vía de la modificación del régimen de impedimentos y de las causales de cancelación del permiso de residencia. Este endurecimiento no es, por sí mismo, contrario a estándares de derechos humanos. El problema aquí es la inseguridad que genera una inadecuada redacción de las normas legales. Un régimen legal abstruso entorpece la normal acción de los operadores jurídicos y termina perjudicando a los ciudadanos. Veamos un ejemplo. En mayo de 2018 la Corte Suprema de Justicia decidió que la expulsión de una persona de nacionalidad peruana, dictada en 2010, no era procedente (Corte Suprema de Justicia, 2018). Toda la discusión giraba en torno de la interpretación del artículo 29: no había otras cuestiones de hecho o de derecho debatidas. La imprecisa redacción de un artículo legal llevó a que el sistema administrativo y judicial argentino pasara ocho años discutiendo sobre su interpretación correcta, con la consiguiente incertidumbre para el Estado y, sobre todo, para las personas involucradas.

Reunificación familiar, permanencia en el país y razones humanitarias

La aplicación los impedimentos de ingreso o permanencia y de las causales de cancelación del permiso de residencia no es automática. Por exigencia de los estándares de derechos humanos, el Estado puede verse obligado, en algunos casos, a balancear su interés (legítimo) en prohibir

⁷ La reforma ha aclarado en el texto de la ley qué se entiende por *antecedente* (“todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable”). Sin embargo, el decreto 616/2010, que reglamenta la Ley de Migraciones (2010), contenía (y contiene, porque la reforma de 2017 no la modificó) una definición diferente de lo que se entiende por antecedente (“la condena no firme o el procesamiento firme”).

el ingreso o expulsar a un extranjero con otros intereses (igualmente legítimos) del propio extranjero. Así, múltiples instrumentos de derechos humanos protegen la vida familiar⁸, lo que obliga al Estado a considerar los lazos familiares de la persona afectada por la prohibición de ingreso o la expulsión. La Corte Suprema ha señalado la importancia de la reunificación familiar al indicar que hacer prevalecer en todo caso el interés del Estado en impedir la entrada o en expulsar a un extranjero, rompiendo los vínculos de familia, podría tener “secuelas de daño irreparable para todos sus integrantes por la eventual responsabilidad de uno de sus miembros” (Corte Suprema de Justicia, 2007, p. 4560). Por otra parte, es posible que en algunos casos el Estado deba considerar, antes de ordenar la expulsión, el tiempo que la persona ha permanecido en el país, ya que no resultaría razonable que una infracción menor se imponga sobre un arraigo prolongado (ver Corte Suprema de Justicia, 1944; Corte Suprema de Justicia, 1956). Por último, en algunos casos pueden existir razones humanitarias que desaconsejen prohibir la entrada o expulsar a un extranjero.

La versión original de la Ley de Migraciones establecía la posibilidad de la dispensa de los impedimentos de ingreso y permanencia así como de las causales de cancelación del permiso de residencia (artículos 29 y 62). Existían para esto tres vías: 1) la Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del Interior, *podía* mediante resolución fundada dispensar los impedimentos de ingreso y permanencia por razones humanitarias o de reunificación familiar; 2) el Ministerio del Interior *debía* dispensar las causales de cancelación del permiso de residencia si el extranjero era padre, hijo o cónyuge de argentino, salvo decisión debidamente fundada; 3) el Ministerio del Interior *podía* dispensar algunas de las causales de cancelación del permiso de residencia (fraude en la obtención del permiso, condena penal, ausencia del país o desnaturalización de las circunstancias de concesión) en atención al plazo de permanencia del extranjero en el país (que debía ser no inferior a dos años, legal e inmediatamente anterior a la concurrencia de la causal de cancelación) y teniendo en cuenta sus circunstancias personales y sociales.

La disparidad de las vías señaladas era una incongruencia técnica evidente. Además, dos de las tres vías eran posibilidades pero no obligaciones para la administración, por lo que la situación del extranjero quedaba a merced de la discrecionalidad administrativa (Ceriani, 2005). Después de la reforma de 2017, la dispensa corresponde exclusivamente a la Dirección Nacional de Migraciones (artículos 29 y 62 según nueva redacción), con lo que se suaviza en parte la incongruencia técnica señalada. Sin embargo, se mantiene la disparidad de los motivos de dispensa: 1) los impedimentos de ingreso y permanencia pueden ser dispensados por razones de reunificación familiar, razones humanitarias o razones de auxilio a la justicia (es decir, si el extranjero aporta datos precisos, comprobables y verosímiles sobre la comisión de un delito contra el orden migratorio); 2) las causales de cancelación del permiso de residencia pueden ser dispensadas si el extranjero es progenitor, hijo o cónyuge de argentino. En el segundo de los casos, para conceder la dispensa se debe tener especialmente en consideración el tiempo que la persona lleve residiendo en el territorio nacional. En este sentido, parece que el mecanismo de

⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, artículo 17). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966, artículo 23). Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990, artículo 44).

dispensa de los impedimentos de ingreso y permanencia debería aplicarse también a las causales de cancelación del permiso de residencia, ya que el primero es más amplio que el segundo y no resulta razonable que quien tiene un permiso de residencia se encuentre en peor situación que quien no lo tiene.

Ahora bien, tras la reforma, no cualquier impedimento o cualquier causal de cancelación puede ser dispensada. Pueden ser dispensados los impedimentos de falsedad u omisión de informar sobre antecedentes, el ingreso al país con elusión de los controles, el incumplimiento de los requisitos de la ley y la condena o antecedentes por delitos que merezcan pena privativa de libertad (en este último caso, siempre que el delito doloso no exceda de tres años). Pueden dispensarse las causales de cancelación de fraude, condena penal siempre que se trate de un delito culposo o de un delito doloso que merece para la legislación nacional pena no superior a tres años de prisión y que no se trate de los delitos especialmente graves enumerados por separado, y desnaturalización de las razones de la concesión del permiso. La reforma también aumentó los requisitos para la dispensa por razones familiares de impedimentos o causales: ahora es necesario que se acredite la convivencia y que el extranjero no se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque. Este aumento de requisitos fue criticado por instancias internacionales (Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 2019).

Además, la reforma reforzó el margen de discrecionalidad administrativa, ya que la dispensa es de ejercicio facultativo en todos los casos. En el año 2019 tuvo una importante repercusión mediática el caso de Vanessa Gómez Cueva, de nacionalidad peruana, expulsada del país en razón de una condena a cuatro años de prisión por tráfico de estupefacientes. La expulsión se había producido a pesar de que la sentencia ya había sido íntegramente cumplida y de que ella suponía separar a la señora Gómez de dos de sus hijos de nacionalidad argentina, uno de ellos en etapa de lactancia. Ante las críticas provenientes de organizaciones de la sociedad civil y de instancias internacionales, el Estado argentino finalmente rectificó, otorgó una dispensa y anuló la prohibición de reingreso al país (Centro de Estudios Legales y Sociales, 2019). El carácter puramente discrecional de la dispensa podría ser, en algunos casos, contrario a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990) según la cual al momento de la expulsión de un trabajador migratorio o familiar suyo en situación regular, el Estado *debe* tomar en cuenta las eventuales consideraciones de carácter humanitario y el tiempo que esa persona lleve residiendo en el Estado (artículo 56 inciso 3).

Por otra parte, según el texto reformado, la dispensa de los impedimentos y de las causales de cancelación no puede ser otorgada judicialmente (artículo 62 bis). En 2020, la Corte Suprema declaró, en un caso resuelto a la luz de la Ley de Migraciones en versión anterior a la reforma, que en aquellos casos en que la ley dejaba la dispensa a la decisión discrecional de la administración esta decisión no podía ser sustituida por las autoridades judiciales (Corte Suprema de Justicia, 2020). En otras decisiones adoptadas antes de la sentencia de la Corte Suprema, pero ya con aplicación del régimen de la reforma, aunque la autoridad judicial no otorgó la dispensa, sí anuló la decisión de expulsión y ordenó a la autoridad administrativa volver a estudiar la cuestión considerando la situación familiar del migrante (algo que la autoridad administrativa no había hecho) (Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo, 2018b).

Es lógico que, en los casos en que una norma legislativa deja la apreciación de una circunstancia a la autoridad administrativa, los jueces no puedan reemplazarla (salvo si el acto fuera ilegal o arbitrario). Lo que parece menos adecuado es que el otorgamiento de la dispensa sea dejada en manos de la discrecionalidad administrativa. En otras palabras: lo que resulta en este caso contrario a los estándares de derechos humanos no es la ausencia de control judicial sobre ciertos aspectos discrecionales de un acto, sino la discrecionalidad en sí misma, que torna imposible esa revisión.

El procedimiento migratorio

La Ley de Migraciones no contiene una regulación sistemática del procedimiento administrativo aplicable en materia migratoria, sino solo algunas normas específicas. Salvo estas disposiciones específicas, en lo restante se aplica el régimen del procedimiento administrativo común. Ahora bien, la reforma del decreto 70/2017 (Reforma de la Ley de Migraciones, 2017) creó un procedimiento especial sumarísimo para la determinación de la irregularidad de la presencia de un extranjero en el territorio y la eventual expulsión cuando esa determinación se hace sobre la base de algunos (la mayoría) de los impedimentos y causales de los artículos 29 y 62 de la Ley de Migraciones. El objetivo del procedimiento especial es acelerar al máximo la expulsión del extranjero. Para ello se establecen disposiciones que limitan los plazos, la prueba admisible, la vista del expediente, los recursos disponibles, etcétera (artículos 69 a 69 decies).

Uno de los aspectos más cuestionados de la reforma fue el establecimiento de un plazo muy breve (tres días) para la interposición del recurso judicial contra la decisión administrativa que ordena la expulsión (artículo 69 septies) y para recurrir ante la instancia judicial superior la decisión del juez de primera instancia (artículo 69 nonies). Por otra parte, aunque la reforma mantuvo el principio de que la interposición de recursos administrativos o judiciales suspende los efectos del acto recurrido hasta que los recursos estén resueltos en firme (artículo 82), incorporó una excepción. Mientras tramita ante la Corte Suprema la queja por denegación del recurso extraordinario federal, la decisión de expulsión puede ejecutarse (artículo 69 nonies). La reforma también limitó los recursos administrativos disponibles con carácter previo a la revisión judicial.

El régimen de recursos administrativos y judiciales contra las decisiones de la autoridad migratoria es el principal medio para hacer valer el derecho del interesado, reconocido en tratados internacionales, de presentar alegatos contra la decisión de expulsión y de someter esta decisión a la revisión de la autoridad competente⁹. Una de las sentencias que declaró la inconstitucionalidad del decreto de 2017 indicó acertadamente que no existe una garantía constitucional o convencional a disfrutar de un recurso concreto, de manera que la reducción de los recursos administrativos disponibles no es ilegítima (Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo, 2019). Esta interpretación parece ser acorde con la jurisprudencia de la Corte Suprema según la cual la existencia de recursos administrativos no forma parte de las garantías constitucionales, siempre que se garantice la revisión judicial del acto de la administración

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (1990)

(Corte Suprema de Justicia, 1960; Corte Suprema de Justicia, 1983). Además, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, alcanzaría una única instancia judicial de revisión del acto administrativo para satisfacer las garantías constitucionales y convencionales (Corte Suprema de Justicia, 2014). Una cuestión diferente es la relativa a la brevedad de los plazos establecidos para interponer los recursos judiciales, respecto de la cual el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas manifestó su preocupación (Comité contra la Tortura, 2017). Sobre este punto, la sentencia recién mencionada determinó que los plazos son excesivamente breves y, por ello, atentan contra la efectividad del recurso. Otras sentencias judiciales, sin embargo, no encontraron que esta brevedad supusiera una violación de los estándares de derechos humanos (Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo, 2017; Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo, 2018c).

Privación de libertad

La privación de libertad en los procesos migratorios se encuentra regulada, con carácter general, en el artículo 70 de la Ley de Migraciones (año?). La autoridad administrativa no puede ordenar por sí sola la privación de libertad, sino que debe solicitarla a un juez, quien debe ordenarla mediante una resolución fundada y solamente en la medida en que sea estrictamente necesaria para cumplir la orden de expulsión. La privación de libertad puede ser solicitada una vez que la decisión de expulsión se encuentra firme; sin embargo, de manera excepcional, también puede solicitarse con anterioridad si las circunstancias del caso lo justifican. Salvo una modificación sobre la autoridad competente para solicitar la privación de libertad (antes el Ministerio del Interior o la Dirección Nacional de Migraciones, ahora solo esta última), la reforma de 2017 no innovó en este sistema.

Antes de la reforma, los jueces consideraban que las circunstancias debían ser verdaderamente excepcionales (Cámara Federal de Paraná, 2004a; Cámara Federal de Paraná, 2004b). Luego de la reforma, se ha señalado que si se deniega el recurso extraordinario por la propia Cámara es posible ordenar la retención sin necesidad de probar circunstancias excepcionales ya que la ley permite la ejecución de las decisiones de expulsión mientras la Corte Suprema resuelve la queja (Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo, 2019).

En lo que sí hubo cambios es en los plazos de retención. Según la versión anterior de la ley, el tiempo de retención (con o sin resolución firme) no podía exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero. Ahora, el plazo de retención es, en caso de que exista una decisión de expulsión firme, de treinta días corridos prorrogables por disposición judicial por el mismo término; y en caso de que la decisión de expulsión no se encuentre firme, el estrictamente necesario para materializar la expulsión hasta que se encuentren agotadas las vías recursivas. Sin embargo, la nueva redacción no ha eliminado la expresión preexistente según la cual el tiempo de retención no puede exceder el estrictamente indispensable para hacer efectiva la expulsión del extranjero; esto resulta redundante en el caso de las decisiones no firmes (porque es exactamente lo mismo que se dijo antes) y plantea dudas interpretativas en el caso de las decisiones firmes (¿el plazo máximo en este caso es de treinta días o del tiempo estrictamente indispensable?).

Se ha discutido si esta configuración del régimen de privación de libertad resulta contraria a estándares de derechos humanos (en el sentido de que la privación de libertad sería desproporcionada: Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo, 2018a; en el sentido contrario: Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo, 2018c; Cámara Federal en lo Contencioso-Administrativo, 2018d). Lo que resulta indiscutible es que la reforma ha incrementado, también en este punto, los márgenes de inseguridad jurídica. Y esto lleva como consecuencia una ampliación del ámbito de discrecionalidad administrativa y judicial al momento de decidir sobre la privación de libertad. Es verdad que la reforma mantuvo la facultad de la autoridad administrativa de disponer la libertad provisoria bajo caución si no puede realizarse la expulsión en un plazo prudencial o median causas que lo justifiquen (artículo 71). Pero se trata, una vez más, de una facultad discrecional de la administración.

De lo dicho hasta aquí resulta que para que sea posible la privación de libertad del extranjero es necesario que exista una decisión de expulsión (firme o no firme). Sin embargo, el artículo 69 bis incorporado por la reforma puso en duda esta interpretación, porque dispone que el pedido de retención puede hacerse al comienzo o en cualquier momento del procedimiento administrativo o del proceso judicial. En otras palabras: que puede haber privación de libertad sin que haya todavía decisión de expulsión. No está claro, sin embargo, si esto es aplicable solo al procedimiento sumarísimo o también al procedimiento administrativo migratorio común.

La posibilidad de privación de libertad sin decisión firme (ya prevista en la versión anterior de la ley para casos excepcionales) o incluso sin decisión ninguna (es decir, mientras se tramita el procedimiento que puede desembocar, eventualmente, en una expulsión, no prevista en la versión anterior) resulta problemática desde una perspectiva de derechos humanos. El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de las Naciones Unidas manifestó su preocupación por el hecho de que se permita la privación de libertad antes del dictado de la orden de expulsión (Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina de Alto Comisionado, 2017). Además, entendió que el decreto de 2017 eliminó el requisito de justificar la necesidad y proporcionalidad de la detención ante una autoridad judicial, lo que supondría que la privación de libertad ha dejado de ser una medida excepcional. Una crítica semejante apareció en el informe del Comité contra la Tortura (Comité contra la Tortura). La confusa redacción de los preceptos legales hace difícil determinar cuál es realmente la necesidad de justificación para que la privación de libertad sea posible.

La privación de libertad es un elemento clave en el uso del derecho migratorio para transmitir el mensaje de firmeza frente al delito. Poco antes de la reforma que comentamos, el gobierno había anunciado la creación de un centro de detención para migrantes en la ciudad de Buenos Aires (La Nación, 2016). El anuncio generó rechazo en muchas organizaciones de la sociedad civil vinculadas al colectivo inmigrante (Tuchin, 2017). El centro nunca llegó a inaugurarse (Procuración Penitenciaria de la Nación, 2017).

CONCLUSIONES

En 2017, un decreto de necesidad y urgencia dictado por el presidente argentino modificó en profundidad la Ley de Migraciones, produciendo un giro importante en el espíritu de la política migratoria. La función instrumental de la reforma, según se admitía expresamente en los párrafos

introductorios del decreto, era tornar más eficiente la administración de las migraciones y hacer frente a algunos problemas de orden público relacionados con la comisión de delitos por parte de los extranjeros. Como hemos explicado, el decreto cumplía también la función simbólica (confesada) de enviar un mensaje de firmeza frente a la cuestión delictiva y la función simbólica (menos confesada) de que era el propio presidente quien se estaba ocupando del problema. Esta segunda función era vehiculizada por la forma que había asumido la modificación legislativa: un decreto del presidente ejercitando funciones exorbitantes, en lugar de una ley discutida por el Congreso.

Obviamente, señalar que una reforma legislativa cumple ciertas funciones simbólicas no es poner en cuestión esta reforma. Toda norma legal comporta la afirmación pública de emociones y valores. Un asunto diferente es el contenido concreto a través del cual se ejerce esa función expresiva. En el caso que nos ocupa, el mensaje de firmeza en la lucha contra el delito se transmitió afirmando la existencia de un vínculo fuerte entre criminalidad y extranjería. Como lo han puesto de manifiesto estudios especializados, este vínculo es mucho menos claro que lo que insinúa el autor de la reforma.

Por otra parte, el contenido concreto de la reforma debe ser analizado a través de los estándares de derechos humanos. Más allá de los cuestionamientos que puedan hacerse de cada fragmento legislativo en particular, la reforma ha tenido un resultado global claro. Este resultado ha sido el aumento de la discrecionalidad estatal en la gestión de las migraciones. Esto no solamente porque la reforma ha incrementado expresamente los márgenes de discrecionalidad de la norma legal, sino fundamentalmente porque la reforma vino a sumar mayor confusión en un texto legal que era de por sí muy poco claro. Cuando la norma legal es poco clara, la autoridad estatal aumenta sus márgenes de discrecionalidad. Y con ellos, las posibilidades de decisiones arbitrarias y la inseguridad jurídica de los ciudadanos.

REFERENCIAS

- Amnistía Internacional. (2017). *Algunas consideraciones sobre la modificación de la Ley de Migraciones (Decreto de Necesidad y Urgencia 70/2017)*. Recuperado de <https://amnistia.org.ar/wp-content/uploads/delightful-downloads/2017/02/Migraciones-QyA-1.pdf>
- Arlettaz, F. (2014). Extranjeros, migrantes y trabajadores migrantes en la jurisprudencia interamericana. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, (36), 247-260.
- Arlettaz, F. (2015). El caso *Familia Pacheco Tineo*: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo. *Anuario de Derechos Humanos*, (11), 85-94.
- Arlettaz, F. (2018). Admisión y expulsión de extranjeros en el derecho argentino. *Estudios Constitucionales*, 16(1), 281-326.
- Aruj, R., Oteiza, E. y Novick, S. (1996). Política inmigratoria, inmigración real y Derechos Humanos en la Argentina. *Documentos de Trabajo del Instituto de Investigaciones Gino Germani*, (5), 1-33.
- Bourdieu, P. (1986). La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique. *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 64, 3-19.

- Bourdieu, P. (2014). *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992)*. Barcelona: Anagrama.
- Cámara Federal de la Capital. (1932). Sentencia en el asunto *Transporte Chaco*, 1932, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 164, p. 344.
- Cámara Federal de Paraná. (2004a). Sentencia en el asunto *Azeng Xiankai s/habeas corpus*, 22/06/2004.
- Cámara Federal de Paraná. (2004b). Sentencia en el asunto *Ali, Yun, Lingyan Zheng y Yu Junyun s/habeas corpus*, 10/12/2004.
- Cámara Federal en lo Civil y Comercial. (2018). Sentencia en el asunto *Li, Zhen s/solicitud de carta de ciudadanía*, sala II, 10/07/2018.
- Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo. (2017). Sentencia en el asunto *Galindo Ramírez, Merleny c/Estado Nacional-DNM*, sala IV, 07/11/2017.
- Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo. (2018a). Sentencia en el asunto *Centro de Estudios Legales y Sociales c/EN-DNM s/amparo*, sala V, 18/03/2018.
- Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo. (2018b). Sentencia en el asunto *Huanachin c/EN-DNM s/recurso directo*, sala V, 09/11/2018.
- Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo. (2018c). Sentencia en el asunto *Heredia, Agustina c/Estado Nacional-DNM*, sala IV, 03/04/2018.
- Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo. (2018d). Sentencia en el asunto *Barrionuevo García, Franklin c/EN-DNM*, sala IV, 27/02/2018.
- Cámara Federal en lo Contencioso-administrativo. (2019). Sentencia en el asunto *Ojeda Hernández*, sala IV, 02/2019.
- Canelo, B., Gavazzo, N. y Nejamkis, L. (2018). Nuevas (viejas) políticas migratorias en la Argentina del cambio. *Si Somos Americanos*, 18(1), 150-182.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. (9 de julio de 2019). *Hace 5 meses fue separada de sus hijos, hoy cumple años y no podrá celebrar con ellos* [Página web]. Recuperado de <https://www.cels.org.ar/web/2019/07/hace-5-meses-fue-separada-de-sus-hijos-hoy-cumple-anos-y-no-podra-celebrar-con-ellos/>
- Ceriani, P. (2005). *A dos años de la nueva Ley de Migraciones: avances, cuestiones pendientes y casos preocupantes*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.
- Chausovsky, G. (2004). Apuntes jurídicos para la nueva Ley de Migraciones. En R. Giustiniani (Ed.), *Migración. Un derecho humano* (pp. 159-171). Buenos Aires: Prometeo.
- Cherny, N., Feierherd, G. y Novaro, M. (2010). El presidencialismo argentino: de la crisis a la recomposición del poder (2003-2007). *América Latina Hoy*, 54, 15-41.
- Comité contra la Tortura. (2017). *Observaciones finales sobre el quinto y sexto informe conjunto de Argentina adoptadas por el Comité en su sexagésima sesión*.
- Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (2019). *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina*.
- Constitución de la Nación Argentina. (1853). Constitución de la Nación Argentina, adoptada en 1853 y con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Adoptada el 22/11/1969.

- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. (1990). Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18/12/1990.
- Corte Suprema de Justicia. (1913). Sentencia en el asunto *Pedro Miguel, Esteban Juan y otros*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 117, p. 165.
- Corte Suprema de Justicia. (1932a). Sentencia en el asunto *Transporte Chaco*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 164, p. 344.
- Corte Suprema de Justicia. (1932b). Sentencia en el asunto *Bertone*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 164, p. 290.
- Corte Suprema de Justicia. (1934). Sentencia en el asunto *Psaradelis*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 171, p. 310.
- Corte Suprema de Justicia. (1944). Sentencia en el asunto *Cuesta Urrutia*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 200, p. 99.
- Corte Suprema de Justicia. (1956). Sentencia en el asunto *Lino Sosa*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 234, p. 203.
- Corte Suprema de Justicia. (1960). Sentencia en el asunto *Fernández Arias*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 247, p. 646.
- Corte Suprema de Justicia. (1967). Sentencia en el asunto *Argüello Argüello*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 268, p. 393.
- Corte Suprema de Justicia. (1980). Sentencia en el asunto *Carrizo Coito*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 302, p. 604.
- Corte Suprema de Justicia. (1983). Sentencia en el asunto *Madala*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 305, p. 129.
- Corte Suprema de Justicia. (1990). Sentencia en el asunto *Cardozo Galeano*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 313, p. 101.
- Corte Suprema de Justicia. (1998). Sentencia en el asunto *Verrocchi*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 322, p. 1726.
- Corte Suprema de Justicia. (2002). Sentencia en el asunto *Zofracor*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 325, p. 2394.
- Corte Suprema de Justicia. (2007). Sentencia en el asunto *Zhang*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 330, p. 4554.
- Corte Suprema de Justicia. (2010). Sentencia en el asunto *Consumidores argentinos*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 333, p. 633.
- Corte Suprema de Justicia. (2014). Sentencia en el asunto *Ojeda Hernández*, referencia O. 113. XLVIII. RHE, 2014.
- Corte Suprema de Justicia. (2018). Sentencia en el asunto *Apaza León*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 341, p. 500.
- Corte Suprema de Justicia. (2020). Sentencia en el asunto *Barrios Rojas*, referencia CAF 31968/2011/CA1-CS1, 2020.
- Courtis, C. (2006). Hacia la derogación de la Ley Videla. La migración como tema de labor parlamentaria en la Argentina de la década de 1990. En A. Grimson, y E. Jelin (Eds.), *Migraciones regionales hacia la Argentina. Diferencia, desigualdad y derechos* (pp. 165-205). Buenos Aires: Prometeo.

- Courtis, C. y Penchaszadeh, A. (2020). Los poderes del Estado frente a la población extranjera residente en la Argentina: la naturalización como campo de disputa. *POSTData. Revista de Reflexión y Análisis Político*, 24(2), 301-329.
- Decreto 1033/1992. (1992). Decreto Reglamentario de la Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración, publicado en el Boletín Oficial de 26/06/1992.
- Decreto 138/2021. (2021). Derogación del decreto de necesidad y urgencia 70/2017, publicado en el Boletín Oficial de 05/03/2021.
- Decreto 1434/1987. (1987). Decreto Reglamentario de la Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración, publicado en el Boletín Oficial de 17/09/1987.
- Decreto 4418/1965. (1965). Decreto Reglamentario de Migraciones, publicado en el Boletín Oficial de 14/06/1965.
- Decreto 616/2010. (2010). Decreto Reglamentario de la Ley de Migraciones, publicado en el Boletín Oficial de 06/05/2010.
- Decreto 70/2017. (2017). Reforma de la Ley de Migraciones, publicado en el Boletín Oficial de 30/01/2017.
- Decreto sin número. (1916a). Decreto de 03/05/1916.
- Decreto sin número. (1916b). Decreto de 12/12/1916.
- Decreto sin número. (1932). Decreto de 26/11/1932.
- Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires. (2017). *Informe técnico DNU 70/2017*. Recuperado de <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2017/03/INFORME-T%C3%89CNICO-DNU.pdf>
- Díez Ripollés, J. (2002). El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 35(103), 409-447.
- El Día. (16 de enero de 2017). No permitiremos que elijan Argentina para delinquir. *Autor*. Recuperado de <https://www.eldia.com/nota/2017-1-18--no-permitiremos-que-elijan-argentina-para-delinquir>
- Ferreira Rubio, D. y Goretti, M. (1996). Cuando el presidente gobierna solo. Menem y los decretos de necesidad y urgencia hasta la reforma constitucional (julio 1989-agosto 1994). *Desarrollo Económico*, 36(141), 443-474.
- García, L. y Nejamkis, L. (2018). Regulación migratoria en Argentina: del "modelo" regional al recorte de derechos. *Autoctonía. Revista de Ciencias Sociales e Historia*, 2(2), 219-241.
- Garzón Valdés, E. (1982). Acerca de las funciones del derecho en América Latina. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 3, 21-47. Recuperado de <https://raco.cat/index.php/CuadernosDerecho/article/view/172440>
- González, A. y Tavernelli, R. (2018). Leyes migratorias y representaciones sociales: el caso argentino. *Autoctonía. Revista de Ciencias Sociales e Historia*, 2(1), 74-91.
- Gordillo, A. (2004). El inmigrante irregular en la Ley 25871. Otra modificación transversal al derecho argentino. *La Ley*, 2004-B, 1123.
- Gusfield, J. (1967). Moral Passage: The Symbolic Process in Public Designations of Deviance. *Social Problems*, 15(2), 175-188. <https://doi.org/10.2307/799511>
- Hassemer, W. (1995). Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos. En *Pena y Estado* (pp. 23-36). Santiago: Editorial Jurídica Conosur.

Hines, B. (2010). The Right to Migrate as a Human Right: The Current Argentine Immigration Law. *Cornell International Law Journal*, 43(3), 471-511.

Infobae. (24 de enero de 2020). Alberto Fernández cuestionó el decreto de Macri para expulsar a extranjeros que delinquen: "No se debe castigar solo por la presunción". *Autor*. [Sitio web]. Recuperado de <https://www.infobae.com/politica/2020/01/24/alberto-fernandez-cuestiono-el-decreto-de-macri-para-expulsar-a-extranjeros-que-delinquen-no-se-debe-castigar-solo-por-la-presuncion/>

Juzgado Federal en lo Contencioso-administrativo número 4. (2013). Sentencia en el asunto *Benítez Alicia y otros c/Estado Nacional-DNM*, 12/08/2003.

La Nación. (26 de agosto de 2016). Genera polémica la apertura de un centro para alojar a infractores de la ley de migraciones. *Autor*. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/buenos-aires/genera-polemica-la-apertura-de-un-centro-para-alojar-a-infractores-de-la-ley-de-migraciones-nid1931902>

Ley 11179. (1921). Código Penal, publicado en el Boletín Oficial el 03/11/1921.

Ley 22439. (1981). Ley General de Migraciones y de Fomento de la Inmigración, publicada en el Boletín Oficial el 27/03/1981.

Ley 4144. (1902). Ley de Residencia, publicada en el Boletín Oficial de 21/11/1902.

Ley 7029. (1910). Ley de Defensa Social, publicada en el Boletín Oficial de 08/09/1910.

Ley 817. (1876). Ley de Inmigración y Colonización (Ley Avellaneda), publicada en el Registro Nacional 1874/77.

Luhman, N. (2000). *The Reality of the Mass Media*. Londres: Polity Press.

Mármora, L. (2002). *Las políticas de migraciones internacionales*. Buenos Aires: Paidós Ibérica.

Naciones Unidas Derechos Humanos Oficina de Alto Comisionado. (18 de mayo de 2017). Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria: Hallazgos preliminares de la visita a la Argentina. *Naciones Unidas Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21636&LangID=S>

Neves, M. (1994). *A Constitucionalização Simbólica*. Sao Paulo: Academica.

Neves, M. (2004). La fuerza simbólica de los derechos humanos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 143-180.

Novick, S. (2004). Una nueva ley para un nuevo modelo de desarrollo en un contexto de crisis y consenso. En R. Giustiniani (Ed.), *Migración. Un derecho humano* (pp. 67-85). Buenos Aires: Prometeo.

Novick, S. (2008). Migración y políticas en la Argentina: tres leyes para un país extenso (1876-2004). En S. Novick (Ed.), *Las migraciones en América Latina. Políticas, culturas y estrategias* (pp. 131-152). Buenos Aires: CLACSO.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16/12/1966.

Procuración Penitenciaria de la Nación. (14 de junio de 2017). La Procuración Penitenciaria constata la suspensión de las obras del centro de detención de migrantes y recorre el Centro de Alojamiento Provisorio de Contraventores de CABA. *Autor*. Recuperado de <https://www.ppn.gov.ar/institucional/noticias/946-la-procuracion-penitenciaria->

constata-la-suspension-de-las-obras-del-centro-de-detencion-de-migrantes-y-recorre-el-centro-de-alojamiento-provisorio-de-contraventores-de-caba

- Procurador Fiscal en Juzgado de Primera Instancia. (1932). Dictamen en el asunto *Transporte Chaco*, publicada en la colección oficial *Fallos*, tomo 164, p. 344.
- Rodríguez Miglio, E. y Toledo, L. (2009). Jurisprudencia argentina en materia de derechos de migrantes. En P. Ceriani y R. Fava (Eds.), *Políticas migratorias y Derechos Humanos* (pp. 337-384). Lanús: Ediciones de la UNLa.
- Spector, M. y Kitsuse, J. I. (2001). *Constructing Social Problems*. Nueva York: Taylor and Francis.
- Stumpf, J. (2006). The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power. *American University Law Review*, 56(2), 367-419.
- Sunstein, C. (1996). On the Expressive Function of Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 144(5), 2021-2053.
- Treacy, G. (2020). Los principios de Derechos Humanos como límites a las políticas migratorias: avances y retrocesos en la legislación argentina. *Pensar en Derecho*, 15, 225-261. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revista-15.php>
- Tuchin, F. (16 de enero de 2017). Argentina se revuelve contra la detención de inmigrantes. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/elpais/2016/12/07/3500_millones/1481137831_245392.html